

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Marzo 2023
Volumen 4 - Número 1

Editorial	Afectación de terceros por el convenio colectivo. Aspectos sustantivos y procesales <i>Affectation of third parties by the collective agreement. Substantive and procedural aspects</i> José María Goerlich Peset	4
Artículos doctrinales	El trabajo “transnacional”. Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales <i>“Transnational” work. Present and future challenges of cross-borders employment contracts executed extraterritorially</i> Olga Fotinopoulou Basurko	21
	Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital <i>Social security in post-pandemic international telework and in the specific case of digital nomadism</i> Dolores Carrascosa Bermejo	59
	La directiva 2020/1057 sobre desplazamiento de trabajadores en el sector de transporte por carretera. Primeros pasos de una regulación necesaria y esperada <i>The directive 2020/1057 on posting of workers in the road transport sector. First steps of a necessary and expected regulation</i> Juan Pablo Parra Gutiérrez	93
Artículos jurisprudenciales	Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas <i>Problems related to the termination of contracts work in public administrations</i> Remedios Roqueta Buj	112
	Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología <i>The right to disconnect and prevention of occupational hazards related to the use of technology</i> Anna Ginès i Fabrellas / Juan Peña Moncho	130

Debate	La lógica de la reforma. Un análisis sistemático de las reformas emprendidas. Aciertos, lagunas y errores <i>The basis of the labour law reform. A systematic analysis of the reforms launched.</i> <i>Guesses, gaps and errors</i> Icár Alzaga Ruiz	152
	La contratación laboral tras un año de reforma <i>Labor recruitment after a year of reform</i> Jesús Lahera Forteza	161
	Balance de la reforma de la negociación colectiva <i>Balance of collective bargaining reform</i> Henar Álvarez Cuesta	171
	Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral 2021 <i>Suspensions and reductions in working hours. What we have learned from the 2021 labor reform</i> Jesús Cruz Villalón	189
Reseña bibliográfica	El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica María Gema Quinterio Lima	206

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

EDITORIAL

Afectación de terceros por el convenio colectivo. Aspectos sustantivos y procesales

Affectation of third parties by the collective agreement.
Substantive and procedural aspects

José María Goerlich Peset
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València
ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: 10.20318/labos.2023.7637

1. Una cuestión de actualidad

Nuestro modelo de negociación colectiva parte de la eficacia general del convenio colectivo; pero ello no implica que los firmantes puedan extenderla más allá de lo razonable. En este sentido, aunque “los convenios colectivos... obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación” (art. 82.3 ET), la libre delimitación de este a la que alude el art. 83.1 ET viene condicionada por la representatividad de las partes. Desde este punto de vista, no es posible incluir en la unidad de negociación a terceros extraños al ámbito de representatividad de las organizaciones firmantes. La STS 288/2022, 31 marzo, una de las que motivan las reflexiones que siguen, lo ha explicitado con total claridad al afirmar que “el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”; la referencia del art. 82.3 ET “a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación” se refiere solo a “quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio”.

No hace falta insistir mucho en esta idea, que se encuentra perfectamente consolidada en nuestra jurisprudencia y cuyas implicaciones son suficientemente conocidas. Desde una perspectiva macroscópica, puede generar la invalidez de la determinación de la unidad de negociación cuando esta no guarda cierta homogeneidad o no queda amparada por la representación de los firmantes (véanse, por ejemplo, SSTS 16 junio 2003, rec. 32/2002, 3 mayo 2006, rec. 104/2004, 21 septiembre 2006, rec. 27/2005, o 378/2017, 27 abril.). Desde un punto de vista microscópico, este tipo de extralimitacio-

nes permite objetar la aplicación del convenio colectivo en los casos en que la empresa afectada queda fuera de su ámbito de aplicación, por mucho que sus relaciones laborales puedan desarrollarse en la proximidad de la unidad de la negociación. Son muchos los pronunciamientos que podrían traerse a colación en este último sentido; pero me limitaré a recordar uno bien reciente, recaído en relación con las cláusulas existentes en la negociación del sector limpieza que imponen en ciertos casos (contratación de nuevo personal) la subrogación de los trabajadores de la contratista por las empresas principales cuando estas revierten la prestación del servicio. La STS 963/2022, de 15 de diciembre, ha optado por la inaplicación de una cláusula de este tipo tras recordar de forma detallada los precedentes existentes sobre este particular.

Habida cuenta la claridad de esta interpretación, llama la atención que, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo se haya pronunciado con cierta reiteración sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan ser aplicados más allá de su ámbito natural. En efecto, en el último año se detecta un número relativamente significativo de pronunciamientos del Alto Tribunal que abordan cuestiones relacionadas con la afectación a terceros. De un lado, se ha pronunciado dos veces en relación con cláusulas de convenios sectoriales que miran a garantizar determinadas condiciones de trabajo a quienes trabajan en empresas contratistas de las incluidas en su ámbito de aplicación. De este tipo de estipulaciones, que, entre otros, Jesús Mercader (2022, pp. 168 ss.) ha denominado cláusulas colonizadoras o invasoras, se ha ocupado el Tribunal Supremo en dos sentencias diferentes: la STS 664/2022, 13 julio, a propósito del convenio colectivo de empleados de fincas urbanas de la Comunidad Valenciana, y la STS 718/2022, 13 septiembre, en relación con el convenio de hostelería de Las Palmas, pronunciamiento este último cuyo supuesto guarda una clara relación con los resueltos por las previas STS 250/2020, 12 marzo, y STS 1110/2021, 11 noviembre, relativas respectivamente a los convenios de hostelería de Alicante y Sevilla. De otro, se refieren a un solo sector, en este caso el de limpieza, los dos pronunciamientos que han enjuiciado las restricciones convencionales a la actuación de las empresas de trabajo temporal: la STS 288/2022, 31 marzo, respecto del convenio de A Coruña, y STS 328/2022, 6 abril, sobre el de Toledo.

No todas las sentencias abordan el fondo del asunto; en varias, prevalecen las cuestiones procesales, fundamentalmente las relacionadas con la legitimación. Pero, en todo caso, no deja de resultar curiosa la reiteración de este tipo de cuestiones relacionada seguramente con los intentos de combatir la precariedad derivada de la descentralización. La reforma laboral de 2021 ha insistido en que, sin una adecuada tutela, puede actuar “como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas”. Mas es obvio que esta aproximación no es novedosa: aparte de su presencia en otras normas legales anteriores –arts. 101.2, 102, 122.2 y 149.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público–, es una preocupación que se detecta en muchos convenios colectivos, algunos referidos a sectores de suma importancia. Es cierto que, desde una perspectiva teórica, la asociación entre descentralización y precariedad no es forzosa. Después de todo, y siempre en este plano abstracto, los trabajadores afectados por aquella cuentan con idénticas posibilidades de organización y

acción colectivas que los restantes. No es menos cierto, sin embargo, que, en la realidad, existen extraordinarias dificultades para la penetración de las instituciones colectivas de tutela y, por lo aquí interesa, de la negociación colectiva. A la postre, no existen convenios colectivos específicos o los que existen prevén niveles de tutela inferiores a los aplicables en las empresas principales. No es por ello de extrañar que, en la negociación que se desarrolla en las unidades que integran a estas, se plantee el establecimiento de específicas reglas de protección con vocación de incidir más allá de sus límites.

Ahora bien, ni ser capaz de explicar el fenómeno ni percibir las razonables finalidades que puedan haber detrás de él nos exime de la necesidad de valorar las soluciones que se están dando por los tribunales. Antes al contrario, resulta particularmente necesario en la medida en que suponen una quiebra de la interpretación tradicional que, además, no siempre se produce: junto a casos que continúan apegados a ella, se detectan otros que parecen rupturistas. En este contexto, las reflexiones que siguen describen, ante todo, los problemas planteados y las soluciones recibidas. Se advierte la disparidad de estas desde la perspectiva sustantiva y se reflexiona sobre la corrección del fundamento aducido para alcanzarlas. A la postre, se intenta averiguar cuál es el margen de licitud de las cláusulas de afectación a terceros. Finalmente, se abordan las cuestiones de carácter procesal, que miran a determinar cuáles son los instrumentos a disposición de los terceros que se consideren afectados por un convenio colectivo.

2. Dos soluciones divergentes

Comenzando por los aspectos sustantivos, observamos que las resoluciones judiciales que dan pie a este análisis aplican soluciones aparentemente divergentes. En primer lugar, en la STS 288/2022, 31 marzo, se aborda la impugnación de un convenio provincial de limpieza (A Coruña 2016-2018) cuyo artículo 35 prevé, como hacía en versiones anteriores, que el contrato eventual por circunstancias del mercado, cuya duración se alargaba respecto de la legalmente establecida, solo era de aplicación para el personal que preste servicios directamente para las empresas del sector y no para los trabajadores de empresas de trabajo temporal. Puesta en marcha por una organización empresarial de ETT, la acción fue desestimada en la instancia ante el TSJ Galicia; pero este primer pronunciamiento fue revocado por el TS, que procedió a la anulación de la parte del precepto que impedía la actuación de este tipo de empresas.

La línea argumental del TS se sitúa claramente en clave tradicional. No en vano las afirmaciones que encabezan este trabajo se han tomado precisamente de esta sentencia. Es verdad que se recogen al final de la fundamentación, en lo que parece un *obiter dictum* encabezado por la expresión “todo ello al margen”. Pero no cabe duda de que, en realidad, la *ratio decidendi* se encuentra en la consideración, reforzada por una extensa cita de precedentes de que “el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran

incluidas en su ámbito de aplicación”. De hecho, la respuesta que reciben el resto de los argumentos de la sentencia dictada en instancia o formulados por las partes recurridas, defensoras de la legalidad de la cláusula, parte claramente de ella.

De entrada, la idea de que la cláusula restrictiva discutida encuentre su sustento en la autonomía colectiva de los firmantes del convenio es completamente intrascendente: se incurre claramente en petición de principio “porque, precisamente, lo que se denuncia es lo que colectivamente se ha acordado y ello puede ser objeto de control judicial”, sin que esta conclusión varíe en atención a que la jurisprudencia europea haya admitido que los convenios colectivos pueden establecer limitaciones a la utilización de ETT sin vulnerar la correspondiente directiva (STJUE 17 marzo 2015 C-533/13), ni mucho menos sobre la base de que la cláusula se ha introducido en versiones anteriores del mismo convenio o esté presente en otros. Tampoco se puede aceptar, por otro lado, que implique “una mejora de los derechos laborales de los trabajadores afectados por el convenio, para reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo” puesto que perseguir esta finalidad “no impide que se vean afectados los derechos de otros sujetos a los que el propio convenio limita su específico ámbito de actuación, cuando el establecimiento de estas empresas está dirigido a la creación de puestos de trabajo y participación e inserción de los trabajadores en el mercado de trabajo –en este caso, además, con repercusión a otros trabajadores, como los de las ETTs–”. Esta consideración no se altera ni siquiera por la posible diferenciación en materia de riesgos laborales: “el que se presenten datos sobre una mayor siniestralidad de los trabajadores puestos a puesta a disposición, respecto de los directamente contratados” no impide restringir las facultades de las ETT “porque en realidad la protección frente a los riesgos que pueden estar presentes en unos y otros trabajadores, sea cual sea el ámbito en el que actúen, debe llevarse a cabo para todos ellos, bajo los mandatos y previsiones legales que se hayan establecido, no pudiendo verse justificada la prohibición de acudir a las ETTs porque ellos tengan una mayor exposición a los riesgos laborales cuando el legislador contempla las medidas necesarias para que ello no sea así”. A la postre, pues, una cláusula restrictiva como la que estamos considerando “alcanza e invade los intereses de la demandada de forma grave afectando claramente a la libre competencia en el ejercicio de la actividad empresarial de las afiliadas a la demandante ya que, en ese ámbito de contratación temporal, se excluye a estas y a sus trabajadores del acceso a una actividad tan importante como esencial”.

Sin embargo, las sentencias recaídas en relación con las cláusulas que buscan la igualación salarial entre quienes prestan servicios para contratistas y subcontratistas y quienes lo hacen para las empresas principales parecen situarse en un terreno de reflexión diferente. En el supuesto resuelto por la STS 664/2022, 13 julio, se discutía el art. 2 del convenio colectivo de empleados de fincas urbanas de la Comunidad Valenciana, sobre ámbito personal y funcional, en cuya virtud, “cuando la Comunidad de Propietarios decida externalizar servicios prestados por los empleados y empleadas de fincas urbanas, les será de aplicación el Convenio colectivo de empleados/as de fincas urbanas”. Por su parte, la inmediatamente posterior STS 718/2022, 13 septiembre, se refiere al convenio de hostelería de Las Palmas, cuyo art. 1 imponía su aplicación tanto a “las empresas y

establecimientos dedicados a la actividad de hostelería que figuran en el ámbito funcional del vigente Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería” como a “todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al Anexo I”.

Ambas sentencias entienden que estamos ante estipulaciones perfectamente válidas puesto que no desbordarían los límites naturales del convenio. No implican, en este sentido, su aplicación a terceras empresas, sino que obligan solo a las estrictamente incluidas en la unidad de negociación. En la primera de ellas, se afirma en este sentido que “la regulación de la externalización, ya sea mediante empresas multiservicios o mediante cualquier otro tipo de fórmula de externalización de los trabajos desempeñados por los trabajadores de las comunidades de propietarios, tiene como destinatarios a las comunidades de propietarios y no a las empresas multiservicios o, a cualesquiera otras empresas, que asuman dicha actividad”. Dicho de otro modo, “el convenio colectivo se limita a obligar a las comunidades de propietarios, integradas en su ámbito funcional, a que las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas externalizadas disfruten de las mismas condiciones que los trabajadores propios de las comunidades de propietarios, lo cual comportará que, cuando la comunidad de propietarios presenta externalizar estos servicios, deberá advertir a las empresas interesadas sobre las condiciones convencionales, que la comunidad está obligada a respetar”. En esta misma línea, el segundo pronunciamiento interpreta que lo perseguido en la cláusula convencional es “que la externalización de los servicios, actividades o tareas propios del servicio de hostelería, que incluye los servicios generales de limpieza, asegure que los trabajadores afectados disfruten de las mismas condiciones que si no se hubiera producido dicha externalización. Consiguientemente, cuando se produzca la externalización, la empresa principal estará obligada a garantizar dicha equiparación, lo cual comporta necesariamente... que el cumplimiento de dicha obligación repercuta en el precio de la contrata”. De este modo, estamos ante una obligación convencional que resulta “exigible directamente a las empresas principales”, perfectamente admisible al haber sido pactada por sus representantes en la negociación del convenio, conforme a la previsión del art. 82.3 ET.

Por lo demás, tanto una como otra se fundamentan en la doctrina previamente establecida por la STS 250/2020, 12 marzo, que enjuició, entre otros, el art. 20 del convenio de hostelería de Alicante. Este precepto, establecía que, “a fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que

éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET. La empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente, de las obligaciones previstas en el presente artículo”. Habida cuenta de esta redacción, la Sala llegó a la conclusión de que “la obligación mencionada se dirige única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio, quienes se obligan a garantizar que los trabajadores y trabajadoras, que presten servicios en empresas contratistas o subcontratistas en las áreas mencionadas, cobrarán, al menos, las mismas retribuciones del convenio” y aceptó la validez del precepto.

3. ¿Es razonable la diferenciación utilizada?

No me parece muy convincente la diferenciación que se introduce en la argumentación de las sentencias citadas. La proyección del convenio colectivo sobre empresas terceras es, desde mi punto de vista, indudable en todos los casos resueltos. Es obvio en el supuesto de las ETT, que quedarían privadas por la estipulación de la posibilidad de desarrollar su actividad en el ámbito de la unidad de negociación. Pero no puede negarse que existe también en el de las empresas contratistas, que quedan obligadas a satisfacer los salarios más elevados previstos en un convenio al que, conforme al criterio general, no habrían de estar sujetas. Para salvar este último tipo de cláusula, se pone el acento en la forma en que se produce la afectación a terceras empresas, a través de una suerte de deber de influencia que se impone a las que sí están incluidas en el ámbito de aplicación del convenio. Obligadas solo ellas a trasladar al precio de la contrata el sobrecoste que supone la previsión convencional, el convenio no se proyectaría sobre las contratistas. En esta línea, y siempre en relación con la determinación del convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas, algún otro pronunciamiento reciente del TS ha especulado sobre esta diferencia, bien que a mayor abundamiento. En la STS 1110/2021, 11 noviembre, se acaba excluyendo la aplicación de la cláusula de un convenio de hostelería que equiparaba las condiciones esenciales de empleo del personal de aquellas al propio de las empresas principales por ser posterior a los hechos enjuiciados. Pero, en consideraciones incidentales, se distingue este tipo de cláusulas –que resultan inviables por no estar prevista “la fuerza vinculante del convenio respecto de empresas no incluidas en su ámbito de aplicación– de aquellas otras, como la estudiada en la STS 250/2020, 12 marzo, en las que “la obligación de equiparación” obliga solo “a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de las empresas “principales”.

Sin embargo, por más que esta diferenciación cuente con el beneplácito de la reflexión doctrinal (por ejemplo, Thibault Aranda, 2022, p. 127 y 128, con otras referencias), no deja de ser algo artificiosa. Acaso podríamos aceptarla en el caso resuelto por la última sentencia citada, puesto que el precepto convencional impugnado parecía ofrecer literalmente esta solución. Pero ni siquiera esto es seguro; y, en todo caso, es muy

difícil proyectarla en las dos sentencias dictadas el año pasado. Por lo que se refiere a lo primero, el precepto enjuiciado por la STS 250/2020, 12 marzo, el art. 20 del convenio de hostelería de la provincia de Alicante (BOP 28 septiembre 2017), si bien configuraba la garantía salarial como obligación de las empresas principales, que deberían “incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo”, establecía también una responsabilidad subsidiaria y, en su caso, solidaria de las empresas principales. Creo que hay que llamar la atención sobre esta última puesto que presupone la existencia de una obligación para las empresas contratistas o subcontratistas ajenas al convenio para con sus trabajadores. Solo en ese caso, es posible concebir una responsabilidad de las principales respecto de estos últimos.

Por otro lado, uno de los preceptos convencionales enjuiciados en 2022 tenía una literalidad bien distinta a la de la cláusula anterior. Me refiero al art. 1 del convenio de hostelería de Las Palmas (BOP 17 marzo), abordado por la STS 718/2022, 13 septiembre, que tras establecer que “el presente convenio colectivo afecta y obliga a todas las empresas y establecimientos dedicados a la actividad de hostelería”, añadía que “igualmente afectará a todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo”. La claridad de este último inciso hace innecesario cualquier comentario.

Por último, y no por ello menos importante, aceptar el criterio del TS obligaría a dar la vuelta a otros casos, siempre que los mismos pudieran ser reconstruidos sobre la base del pretendido deber de influencia de las empresas incluidas en la unidad de negociación. En otras palabras, y manteniéndonos en los que son objeto de este trabajo, las restricciones convencionales a la utilización de empresas de trabajo temporal, a las que se refieren las SSTS 288/2022, 31 marzo, y 328/2022, 6 abril, deberían ser admitidas si fuera posible interpretarlas como dirigidas a las empresas usuarias: al quedar estas directamente afectadas por el convenio colectivo, no estaríamos ante una extensión indebida de su ámbito de aplicación. Es claro, sin embargo, que el efecto final, el perjuicio de un tercero, sería equivalente, con independencia del modo en que la cláusula se articulase. Esta equivalencia viene, por lo demás, perfectamente ilustrada por la evolución literal de la cláusula convencional discutida en la STS 664/2022, 13 julio, en relación con la proyección del convenio de empleados de fincas urbanas sobre las empresas contratistas. La misma, que la resolución narra con detalle¹, permite advertir que el resultado puede alcanzarse por cualquiera de las dos vías.

¹ Originalmente, el art. 2 del convenio colectivo de empleados de fincas urbanas de la Comunidad Valenciana establecía que, “cuando la comunidad de propietarios externalice servicios y la empresa contratada o subcontratada sea una empresa de servicios, multiservicios o de gestión integral, a los trabajadores/as que prestan servicios en dichas contratas o subcontratas les será de aplicación el convenio colectivo de empleados/as de fincas urbanas de las provincias de Valencia y Castellón” (DOGV 26 julio 2018). Con posterioridad (DOGV 31 julio 2019), se acordó “modificar la entrada en vigor del presente convenio respecto de las em-

4. Una aproximación alternativa

Desde mi punto de vista, la legitimidad de cláusulas como las analizadas pasa, más que por la valoración de su estructura formal, por la de la determinación de si es posible o no configurar un deber de soportarlas por las terceras empresas afectadas. Y ello pasa seguramente por ponerlas en relación con el Derecho de la competencia. De hecho, la idea no es ajena a algunos de los pronunciamientos que estamos considerando. En efecto, hemos visto, en relación con la restricción de actividades de las ETT, como el TS destaca que las mismas afectan “claramente a la libre competencia en el ejercicio de la actividad empresarial”. Pero este aspecto aparece también en algunos de los pronunciamientos en relación con la determinación del convenio aplicable a contratistas y subcontratistas: en este sentido, la cláusula convencional enjuiciada por STS 250/2020, 12 marzo, encontraba expreso fundamento en la evitación de la competencia desleal y de la discriminación; fines a los que el razonamiento del TS alude en dos ocasiones –siendo la doctrina reproducida en la posterior STS 718/2022–. Aunque no creo que esté en juego la competencia desleal al menos en su sentido técnico², su sola mención permite situar el problema en el marco del derecho de la competencia.

En este plano de reflexión, los dos tipos de acuerdos que estamos valorando enjuiciado tendrían en abstracto una significación análoga, si bien, en una aproximación más concreta, cabría introducir matices a la vista de las finalidades perseguidas. Por lo que se refiere a la primera idea, tanto las restricciones al recurso a las empresas de trabajo temporal como la imposición a las empresas contratistas del convenio de la principal, con independencia de que se produzca o no de forma directa, parecen conductas que encajan en los diferentes supuestos de acuerdos anticompetitivos aludidos en el art. 1.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La prohibición de la contratación de puesta a disposición por ETT podría encajar en sus letras b) y c). Por su parte, la obligación de las contratistas de aplicar el convenio de la empresa principal afecta,

presas de servicios, multiservicios o de gestión integral, en el sentido de ampliar el periodo transitorio para la aplicación de este convenio a las citadas empresas”. Y, finalmente, en la redacción que fue enjuiciada por el TS, se orilló la aplicación directa a las empresas contratistas, dando una nueva redacción a tenor de la cual la delimitación del “ámbito personal y funcional del convenio” pasaba a decir que, cuando la comunidad de propietarios decidiera “externalizar servicios prestados por los empleados y empleadas de fincas urbanas, les será de aplicación el Convenio Colectivo de Empleados/as de Fincas Urbanas de las provincias de Valencia y Castellón”, de modo que cabía concluir que “el presente artículo únicamente hace referencia y regula la subcontratación que realicen las empresas a las que les es de aplicación el presente convenio por estar incluidas en sus ámbitos funcional y territorial”.

² Aunque en el ámbito jurídico-laboral suele relacionarse esta noción con las ventajas competitivas que pueden derivar de las normas aplicables, en su configuración técnica la categoría requiere la existencia de antijuridicidad en el comportamiento de la empresa que hace competencia desleal (arg. ex art. 4 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Es difícil aceptar que ello se produzca por el hecho de preferir a contratistas que aplican un convenio diferente al de la empresa principal. Ello es perfectamente legal y, por tanto, no parece posible reconducir este tipo de decisiones al art. 15 de la Ley 3/1991 que, bajo la rúbrica “violación de normas”, solo considera desleal “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”.

“de forma directa o indirecta”, a la fijación de los precios del servicio que desarrollan en el mercado y, por tanto, puede entenderse comprendida en la previsión de la letra a). Ahora bien, como sabemos desde la conocida sentencia Albany (STJCE 21 septiembre 1999, C-67/96), “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores” pero “los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos (a las normas antitrust) en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo” (§ 59). Por ello, hay que entender que “los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado” –actualmente, art. 101.1 TFUE–. De este modo, no basta detectar en una estipulación convencional un determinado efecto anticompetitivo, sino que es preciso reflexionar sobre la finalidad perseguida y determinar si la misma se sitúa en la línea de buscar la mejora de las condiciones de empleo y trabajo.

En la reflexión doctrinal sobre las cláusulas restrictivas de la descentralización a la luz de la normativa antitrust –o en el vecino tema de su relación con la libertad de empresa del art. 38 CE–, existen diferentes aproximaciones. Por un lado, hay quien ha sostenido que las restricciones a la subcontratación, ampliando la responsabilidad de las empresas principales o limitando el recurso a ella, no suponen vulneración del derecho de la competencia puesto que cabe reconducir su fundamento “al mantenimiento o incremento del empleo estable” (Gordo González, 2022, p. 235); y asimismo, las relativas a la utilización de ETT en atención a las “razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos” a las que se alude en la disp. adic. 4ª LETT. (Gordo González, 2022, p. 240). En el otro extremo, se han rechazado ambos tipos de cláusulas por considerarlas contrarias a la libertad de empresa en (Pérez de los Cobos, 2010, p. 37 ss.). Es posible sin embargo que quepa una aproximación intermedia en la que coexiste la prohibición de que los convenios restrinjan el campo de actuación de las empresas de trabajo temporal (Thibault Aranda, 2010) con la admisión de que puedan intervenir a favor de los trabajadores de las empresas contratistas, siempre que ello se relacione con el mantenimiento del nivel de empleo o la garantía de su calidad (Cristóbal Roncero, 2010, p. 242 ss.). Jesús Cruz (2019, pp. 37 ss.) ha llegado a esta última conclusión, en una aproximación al problema al hilo precisamente del análisis de las relaciones entre negociación colectiva y derecho de la competencia.

A la vista de la doctrina Albany, esta posición intermedia parece razonable, si bien no dejan de subsistir algunas dudas al respecto. Vayamos por partes. Desde luego, la indicada doctrina no puede amparar cláusulas convencionales de prohibición del recurso a empresas de trabajo temporal. Habida cuenta la evolución de su regulación, señaladamente la equiparación de las condiciones esenciales de trabajo en los términos del art.

11.1 LETT, no es fácil encontrar qué finalidad social se alcanza mediante la prohibición de recurrir a las empresas de trabajo temporal. Si los contratos temporales tienen un régimen similar con independencia de que se celebren de forma directa o previa puesta a disposición, la prohibición convencional del recurso a las ETT no es sino una barrera de mercado a la que no se puede encontrar ningún fundamento en el terreno de “la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”. De este modo, adquiere todo su sentido la afirmación del TS respecto a que la misma afecta “claramente a la libre competencia en el ejercicio de la actividad empresarial”.

Sin perjuicio de los matices que introduciré de inmediato, la dimensión de mejora de las condiciones de empleo y de trabajo es, sin embargo, mucho más fácil de detectar en relación con la extensión directa o indirecta del convenio de la empresa principal a las contratistas o subcontratistas. No hace falta ser un lince para advertir que lo que se trata de evitar mediante este tipo de cláusulas es la depauperación de las condiciones de trabajo que habitualmente acompaña a la descentralización. Cabría, en este sentido, pensar que este tipo de cláusulas, y las sentencias recientes que las avalan, se sitúan en la línea abierta por pronunciamientos anteriores en los que, sobre la base de la razonable finalidad perseguida, se han convalidado estipulaciones afectantes a terceras empresas, una de las cuales trata precisamente a un problema similar al que ahora nos ocupa. Me refiero, claro está, a las SSAN social 95/2001, 7 noviembre, y 174/2013, 30 septiembre, referidas la primera a los límites a la subcontratación con cooperativas de trabajo asociado establecidos en el convenio de mataderos avícolas y la segunda a los requisitos de las entidades formativas de acuerdo con las previsiones del convenio de la construcción.

Ahora bien, no creo que con ello pueda darse por zanjado definitivamente el tema, en la medida en que el RDL 32/2021 ha introducido una solución expresa a la muy polémica cuestión del convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. No entraré ahora a discutir la interpretación que corresponde a las reglas del nuevo art. 42.6 ET pues ello desbordaría el espacio a mi disposición. Lo que sí me parece interesante es destacar la finalidad perseguida por el precepto y, con ello, la diferente posición en que sitúa el problema que nos ocupa. Por lo que se refiere a lo primero, parece claro que el art. 42.6 ET, que guarda una relación bastante evidente con alguna de las reglas modificadas en el Título III del Estatuto, ha buscado garantizar a los trabajadores un estándar de protección adecuado a los afectados por la descentralización. En este sentido, y al margen la polémica sobre su alcance real, cabe pensar que la situación normativa actual no es exactamente igual a la existente con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo que aquí interesa, desde el RDL 32/2021 tenemos solución expresa de origen legal al problema del convenio aplicable a contratistas o subcontratistas. En este nuevo contexto, podría ser difícil aceptar la concurrencia de la finalidad que se exige a los convenios colectivos para poder interferir en el funcionamiento del mercado sin lesionar los imperativos de la competencia; cabría pensar, en este sentido, que, tras la intervención legislativa ha desaparecido el déficit de protección que legitimaba la extensión del convenio más allá de sus límites naturales; y, si así fuera, cabría pensar en la futura revisión de las interpretaciones jurisprudenciales. Es probable que así sea; pero tampoco me atrevo

a asegurarlo. El nuevo precepto nace con una vocación tan polémica que incluso se ha visto en él un posible fundamento para las cláusulas invasoras (Esteve Segarra, 2023, pp. 148 y 149). Iremos viendo.

5. Los terceros y su tutela procesal frente al convenio: algunos aspectos críticos

En todo caso, la glosa de los pronunciamientos del TS que nos interesan no quedaría completa sin dar cuenta de la reconstrucción que contienen algunos de ellos de las cuestiones vinculadas a la impugnación del convenio por terceros, con base en la lesividad. Se trata de un aspecto que cuenta con regulación legal y que presenta una aplicación jurisprudencial relativamente extensa, tras más de cuatro décadas de vigencia estatutaria. Con todo, es posible que, para supuestos como los que estamos considerando, presente algún punto crítico que merece la pena destacar.

La idea de que los terceros puedan proceder a la impugnación de lo convenio arranca, como es sabido, de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores en 1980, cuyo artículo 90.5 abría la posibilidad de impugnar el convenio colectivo a la autoridad laboral si “estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros”. El precepto, que continúa vigente a fecha de hoy con algún ligero cambio en su literalidad, abría toda una suerte de interrogantes que fueron siendo resueltos, primero por la reflexión doctrinal y la aplicación judicial y, después, por la legislación procesal laboral. Por lo que aquí interesa, debemos centrarnos en la previsión del art. 165.1.b) LRJS que, al regular la legitimación activa, clarifica algunos puntos esenciales del propio objeto de la impugnación. Este precepto indica que aquella corresponde, “si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado”; y añade que “no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio”.

A partir de esta regla, cabe hacer tres órdenes de reflexiones, presentes en los diferentes pronunciamientos que motivan este comentario. El primero de ellos es relaciona con la legitimación para la impugnación del convenio, a través de la delimitación de la condición de tercero; el segundo se refiere a la definición de la lesividad, como requisito que posibilita el acceso a la misma, y el último, al objeto procesal limitado que tiene el procedimiento y sus relaciones con la impugnación por ilegalidad. Al hilo de esta última idea, cabría pensar además en la posibilidad de que existan otras vías procesales para la defensa de los intereses de terceros frente al convenio.

Por lo que se refiere al primer aspecto, parece obvio que la noción se delimita por vía negativa. De este modo, son terceros los sujetos ajenos al convenio, tanto desde la perspectiva colectiva como desde la individual. En este último terreno, es muy claro el último inciso del art. 165.1.b) LRJS, que excluye de esta condición a los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de negociación, incluso en el caso de que el convenio no les sea aplicable por existir otro al que corresponda la prioridad aplicativa conforme a las reglas del art. 84 ET. Este tipo de conflictos –u otros como los relacionados con la

delimitación del ámbito geográfico del convenio (arg. ex STS 22 diciembre 2015, rec. 53/2015)– no afectan a la validez de una norma convencional sino a la selección de la aplicable y, por tanto, no encajan en un procedimiento dirigido a su impugnación. En el plano colectivo, no son terceros los firmantes del convenio; ni tampoco las organizaciones sindicales o patronales que actúan en el ámbito de que se trate pero que no lo hayan firmado, voluntariamente o por carecer de la legitimación requerida. No es esta una cuestión pacífica en la reflexión doctrinal (Cabeza Pereiro, 1995, p. 34; López Cumbre, 2006, p. 125; Rivera Sánchez, 2021, p. 1500), si bien la jurisprudencia parece clara en el sentido de que no son terceros las organizaciones que agrupan a empresas afectadas por el convenio (cfr. SSTs 15 marzo 2004, rec. 60/2003, 30 mayo 2005, rec. 70/2004, y 11 febrero 2014, rec. 742/2013). La cuestión tiene, en todo caso, importancia marginal puesto que organizaciones firmantes y no firmantes tienen a su alcance la posibilidad de impugnar por ilegalidad conforme a las previsiones de la letra a) del art. 165.1 LRJS, cuyo objeto, como se verá luego, es aparentemente más amplio.

Por lo demás, y viéndola ahora en positivo, la condición de tercero puede postularse tanto de sujetos individuales –concretas personas físicas o jurídicas cuyo interés se reputa lesionado gravemente– como de sujetos colectivos, sean del tipo de los que operan en el marco de las relaciones laborales colectivas o no. En este último sentido, las sentencias que nos ocupan muestran ejemplos de lo uno y de lo otro. En efecto, mientras en STS 718/2022, 13 septiembre, la impugnación viene protagonizada por empresas concretas afectadas por un convenio ajeno, en las SSTs 288/2022, 31 marzo, o 328/2022, 6 abril, la acción es interpuesta por una organización patronal que agrupa a empresas de trabajo temporal y en la 664/2022, 13 julio, por otra de empresas multiservicios. Con anterioridad se registra algún caso en los que la demanda por lesividad es sostenida por un colegio profesional (STS 50/2017, 24 enero).

En cuanto a la lesividad que abre esta particular vía de impugnación convencional, el art. 165.1.b) LRJS permite identificarla con la existencia de un interés gravemente lesionado por el convenio. Por lo que se refiere al daño grave, lo primero que conviene destacar es que, desde antiguo, se ha sostenido que no se requiere una específica intención lesiva en los firmantes del convenio colectivo y que debe ser real. Ya la STS 15 marzo 1993, rec. 1730/1991, excluyó que se requiriera un específico *animus nocendi* para aceptar la existencia de lesividad. En cuanto a la realidad, es un lugar común en la jurisprudencia que aplica el precepto. En este sentido, por ejemplo, la STS 288/2022, 31 marzo, con cita de varios precedentes, indica que la lesividad del convenio requiere “la existencia de un daño con tal origen, no potencial o hipotético, sino verdadero y real”. Ello no parece implicar, sin embargo, una especial exigencia probatoria del daño sino una razonable previsibilidad del mismo. En este sentido, el TS utiliza la expresión “prudente grado de verosimilitud” del daño como criterio que permite la apertura de la vía impugnatoria (sentencias 328/2022, 6 abril, y 664/2022, 13 julio). Son particularmente interesantes en este sentido las consideraciones que se hacen en la STS 288/2022, 31 marzo, en cuyo supuesto la sentencia de instancia había rechazado la legitimación por no constar acreditado el daño. Frente a esta consideración, el TS permite deducir el daño de la previsibilidad de

los efectos de la cláusula que restringe la utilización de ETT: “la realidad del daño no es necesario constatarla mediante la aportación de informes sobre contrataciones realizadas en el sector de limpieza de la provincia de A Coruña con la modalidad de contratación temporal restringida (eventual por circunstancias de mercado) porque el daño no se evalúa o existe por el mayor o menor número de aquellos contratos eventuales que pudieran concertar las empresas de limpieza”. Incluso si no consta acreditada la intención de realizar una sola contratación, el daño debe darse por suficientemente acreditado pues “es la previsión de prohibición la que en sí misma limita y grava la actuación de las empresas de trabajo temporal que se proyecta sobre actividades ordinarias y normales y para atender necesidades de las empresas usuarias, en un sector de actividad como el de limpieza de locales y edificios, de especial relevancia”.

De este modo, el daño “verdadero y real” al que se refieren el TS resulta equivalente a la posibilidad de que se produzca, en función de la previsión convencional de referencia. Ello explica probablemente que, en relación con las cláusulas convencionales de extensión de condiciones de trabajo a contratistas y subcontratistas, se haya negado su existencia en los casos en los que las empresas terceras que las impugnan dispongan de su propio convenio de empresa: habida cuenta la prioridad aplicativa de las condiciones salariales establecida en el art. 84.2 ET vigente en el momento de plantearse el conflicto, esta circunstancia permite excluir que el convenio de sector pueda provocar perjuicio para ellas (STS 718/2022, 13 septiembre) –sin perjuicio, hay que entender, que quede expedita la vía impugnatoria si se produce un cambio de circunstancias–.

En otro orden de consideraciones, el interés dañado ha de ser un interés jurídicamente protegido en grado suficiente como para que pueda prevalecer sobre los daños derivados del convenio colectivo. La STS 15 marzo 1993, rec. 1730/1991, ha indicado en este sentido que lo decisivo es “determinar si el interés... lesionado se halla o no jurídicamente protegido o si la lesión causada deriva de acuerdo que excede de lo permitido por el ordenamiento jurídico”. Por eso, en las sentencias más recientes, se indica que, la admisión de la impugnación requiere que el “eventual derecho” aducido por el tercero aparezca mínimamente fundado (SSTS 328/2022, 6 abril, y 664/2022, 13 julio). Desde este punto de vista, y aunque se trata de un tema discutido (Cabeza Pereiro, 1995, p. 32), cabe pensar que existen relaciones entre lesividad e ilegalidad (Rivera Sánchez, 2021, p. 1481), bien porque el convenio cercena intereses de tercero específicamente protegidos por el derecho bien porque afecta a facultades de orden general, de forma desproporcionada o sin un título adecuado.

Ahora bien, y con ello entramos en el tercer tema cuyo tratamiento anuncié, la existencia de relaciones entre lesividad e ilegalidad no implica convertir la impugnación basada en aquella en una alternativa al control genérico de legalidad del convenio. Ello es así porque en la configuración jurisprudencial el objeto del proceso impugnatorio por lesividad queda constreñido a la estricta valoración de esta. No cabe ampliarlo al cuestionamiento del convenio por razones diferentes. Dicho de otro modo, la diversificación causal de la impugnación del convenio abre dos procedimientos separados de forma estanca en las organizaciones “interesadas”, en los términos del art. 165.1.a) LRJS pueden

cuestionar, sin límite, la legalidad del convenio colectivo; los terceros que actúen con base en la letra b) únicamente pueden discutir su eventual lesividad y no otros aspectos.

Esta idea, de larga tradición en nuestra jurisprudencia, impide que en casos como los que nos ocupan sea admisible el análisis del convenio en aspectos diferentes, ni siquiera cuando el procedimiento es sostenido por organizaciones representativas de intereses empresariales. Se entiende en este sentido que, en el proceso de lesividad, actúan como representantes de intereses de terceros, lo que les impide acceder a la condición de “interesadas” para sostener pretensiones de ilegalidad autónomas respecto de la lesividad (STS 288/2022, 31 marzo). Ello hace, de un lado, que las organizaciones representativas de las ETT únicamente puedan cuestionar los extremos convencionales que les afectan, sin poder abrir el debate respecto del correcto cumplimiento de las reglas sobre legitimación para negociar o constitución de la mesa negociadora (véase ya STS 14 mayo 1998, rec. 3729/1997). Y, de otro, que las organizaciones representativas de las empresas contratistas afectadas por las cláusulas de expansión de las condiciones de trabajo de determinados convenios sectoriales puedan plantear parecidas cuestiones. Esta idea se advierte tanto en la STS 664/2022, 13 julio, como en la STS 718/2022, 13 septiembre. La última descarta que quepa argüir en sede de lesividad aspectos referidos “a la falta de legitimación de las asociaciones empresariales firmantes del convenio para representar a empresas, que no son propiamente empresas de hostelería”; la primera, que pueda ser objetada la falta de legitimación de la organización empresarial firmante del convenio a la luz del art. 87.3.c) ET –que debía ser harto discutible y, de hecho, había sido apreciada en la instancia–.

Con toda probabilidad, la reconstrucción del objeto limitado del proceso de lesividad es razonable. Ello no obstante, es posible que las últimas conclusiones que se extraen de este punto de partida hayan de ser revisadas. Se hace necesario pensar si en casos como los que hemos examinado estamos siempre ante terceros o, por el contrario, la evolución del ordenamiento los ha convertido en verdaderos sujetos afectados por el convenio, cuyas organizaciones podrían cuestionar íntegramente su legalidad. Este fenómeno se relacionaría con la determinación indirecta de las condiciones de trabajo que se ha producido por ministerio de la ley, primero para las ETT, y más recientemente, para las empresas contratistas y subcontratistas al menos en algunos casos. No es fácil en este sentido aceptar que las organizaciones de empresas de trabajo temporal no sean “interesadas” a los efectos del art. 165.1.a) ET en relación con convenios que, desde 1999, les resultan directamente aplicables por imperativo del art. 11.1 LETT. Y algo parecido cabría pensar en relación con el mundo de la subcontratación de obras o servicios al menos, por lo que se refiere, a las de empresas multiservicios que, con base, inicialmente, en la interpretación jurisprudencial y ahora en art. 42.6 ET se ven constreñidas a la aplicación del convenio de la actividad. De hecho, existe un precedente jurisprudencial que avalaría esta posible revisión: me refiero a la STS 781/2016, 27 septiembre, que excluye que sea tercero una empresa de servicios auxiliares respecto del convenio del metal.

Por lo demás, y para terminar, conviene advertir de las posibles limitaciones del procedimiento de impugnación del convenio por lesividad para la defensa de los intereses

de tercero afectados por él. En este sentido, lo primero que cabe indicar es que, al ubicarse en el terreno de la impugnación abstracta de una disposición convencional, su objeto se ciñe necesariamente a la obtención de una decisión judicial sobre su validez o no. No es posible, por el contrario, que se refiera a la aplicación o no del convenio colectivo a la empresa tercera como ha declarado recientemente el Tribunal Supremo a propósito de la impugnación por un Ayuntamiento de un convenio colectivo provincial que afectaba a una sociedad constituida por aquel para prestar determinado servicio. Habida cuenta los estrechos vínculos de esta con el ente público, la aplicación del convenio implicaba incrementos salariales superiores a los permitidos por la normativa presupuestaria aplicable y, por ello, se consideraba lesivo. Rechazada inicialmente la legitimación por considerarse que el Ayuntamiento era el verdadero empleador, la STS 52/2020, 23 enero, revocó la sentencia y consideró que tenía la condición de tercero. La casación contra la nueva sentencia dictada fue resuelta por STS 673/2022, 14 julio, que desestima definitivamente la pretensión por no encajar “en el diseño legislativo de la modalidad de impugnación de convenio por cuanto ninguna anulación, ni total ni parcial podría declararse al no ser así peticionada” ya que lo que se pide es “la inaplicación de aquél (el convenio) a una sociedad mercantil local, no cuestionando su proyección sobre el restante ámbito subjetivo del convenio”.

Este planteamiento puede dejar fuera de la impugnación por lesividad determinadas cuestiones que pueden suscitarse en supuestos como los que nos han ocupado. La diversidad de situaciones que se advierte en el art. 42.6 ET puede hacer que las cláusulas extensivas puedan tener un tratamiento diferente en función de la naturaleza de las empresas contratistas o subcontratistas. Cabe concebir, por otro lado, casos en los que no se discuta la cláusula convencional en abstracto sino la forma en que se ha aplicado y/o la imputación de las responsabilidades derivadas de ella. En este último sentido, la manera en que la jurisprudencia viene interpretando las cláusulas en materia de extensión. Algunos de estos problemas tienen seguramente solución a través de los mecanismos ordinarios. En este sentido, los relacionados con la posible inaplicación de parcial de cláusulas pueden desembocar en cuestiones incidentales respecto a la aplicación del convenio colectivo, del estilo de las que se contemplan en el art. 163.4 LRJS. Pero otros suscitan cuestiones algo más complejas, que afectan incluso al orden jurisdiccional competente para decidir. Ha aparecido ya algún pronunciamiento judicial del orden civil que revisa las decisiones tomadas por las fundaciones constituidas por la negociación colectiva en algunos sectores, que repercuten sobre las empresas que dispensan la formación (SJ 1ª inst. Sevilla-19 293/2022, 27 septiembre). Habrá que seguir con atención este tipo de problemas y su tratamiento judicial.

Bibliografía citada

CABEZA PEREIRO, J. (1995). La impugnación por lesividad de los convenios colectivos. *Civitas. Revista Española de Derecho Del Trabajo*, 69, 15-52. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=96956>

- CRISTÓBAL RONCERO, R. (2010). Subcontratación de obras y servicios. In F. Pérez de los Cobos (Ed.), *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva* (pp. 235-263). Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2019). El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 147, 13-46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=7064660>
- ESTEVE SEGARRA, A. (2023). *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*. Tirant lo Blanch.
- GORDO GONZÁLEZ, L. (2022). Restricciones convencionales a la descentralización y a la organización del trabajo. In I. (investigador principal) García-Perrote (Ed.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva* (pp. 222-242). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2006). *La impugnación del Convenio Colectivo por sujeto firmante*. Ediciones Cinca.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2022). Determinación de la unidad de negociación, ámbito funcional y barreras del mercado. In I. (investigador principal) García-Perrote (Ed.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva* (pp. 161-181). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (2010). Naturaleza jurídica de las normas reguladoras de los supuestos estudiados. In F. Pérez de los Cobos (Ed.), *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva* (pp. 15-46). Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R. (2021). La modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos. In Á. Blasco & M. Alegre (Eds.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social* (2ª, pp. 1457-1511). Tirant lo Blanch.
- THIBAUT ARANDA, J. (2010). Sobre la utilización de las empresas de trabajo temporal y las “empresas de multiservicios”. In F. Pérez de los Cobos (Ed.), *Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva* (pp. 199-233). Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- THIBAUT ARANDA, J. (2022). Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas. *Trabajo y Empresa*, 1(1), 115-135.prol

ARTÍCULOS DOCTRINALES

El trabajo “transnacional”. Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales

“Transnational” work. Present and future challenges of cross-borders employment contracts executed extraterritorially

Olga Fotinopoulou Basurko

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Economía y Empresa-sección Álava. UPV/EHU*

ORCID ID: 0000-0002-0395-9933

Recibido: 16/2/2023

Aceptado: 8/3/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7638

Resumen: El objeto de este trabajo es realizar una reflexión sobre la problemática derivada de los conflictos jurídico-laborales que surgen de la prestación de servicios plurilocalizada no sujeta al modelo tradicional de trabajador que presta servicios con carácter habitual en un lugar físico-territorial en el que se va a insertar socio-económicamente hablando. Así, se analizan desde la perspectiva de la Ley aplicable los supuestos de extraterritorialidad en la ejecución de servicios. Se parte del análisis de los supuestos clásicos de trabajos ejecutados en el dominio marítimo y/o aéreo, siguiendo con los supuestos de extraterritorialidad más recientes ligados a la “cuarta o quinta dimensión” en el espacio digital o en el ciberespacio, para finalizar con la ejecución de servicios extraterritorial futura (o no tan futura) en espacios o ciudades marítimo-artificiales o en el espacio ultraterrestre.

Palabras clave: contrato de trabajo plurilocalizado, ley aplicable, extraterritorialidad.

Abstract: The purpose of this work is to reflect on the problems of cross borders employment contracts in which work is carry out outside of a physical-territorial place. In this sense, the article focuses on cases of extraterritoriality in the execution of services from the perspective of the applicable Law. It starts with the analysis of the classic extraterritorial work in the maritime and/or air domain, continuing with the most recent assumptions of extraterritoriality linked to the “fourth or fifth dimension” in the digital space or in cyberspace. Finally, it analyses the work execution of future (or not so future) extraterritorial services in maritime-artificial spaces or cities or in outer space.

Keywords: cross-borders employment contract; applicable law, extraterritoriality.

*olga.fotinopulos@ehu.eus

1. Introducción

No es ningún secreto que la movilidad internacional de trabajadores se ha visto incrementada cuantitativa y cualitativamente a lo largo de los años. Tanto es así, que junto con los tradicionales movimientos de personas a la búsqueda de un empleo en un país distinto al de origen, nos encontramos con una movilidad en el empleo cuyas manifestaciones son muy diversas entre sí¹. Esto es, no sólo responden a los casos en los que la movilidad tiene por objeto la prestación de servicios en los territorios de otros Estados en los que el trabajador o trabajadora móvil se integra de manera temporal y/o permanente, sino que, a su vez, nos enfrentamos a supuestos, ya sean más o menos tradicionales o relativamente recientes que nacen al albur de las estrategias organizativas y/o productivas que emplean las empresas y/o como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información² y/o de las infraestructuras, cuya característica común es la de desenvolverse en espacios sustraídos a la soberanía nacional. Esta realidad propicia que los litigios que puedan surgir a propósito de la plurilocalización del contrato de trabajo en esos contextos se resuelvan con dificultad, dado que los mecanismos, reglas y criterios recogidos en las normas de Derecho Internacional privado del trabajo europeas, contenidos en los Reglamentos Bruselas I bis, Roma I o, incluso en el marco de la Directiva 96/71/CE modificada mediante la Directiva 2018/957, no están adaptados o pensados para responder a la tipología variada de relaciones laborales en las que la extraterritorialidad es uno de los elementos principales sobre los que se asienta la conexión de algunos contratos de trabajo con más de un ordenamiento jurídico.

En efecto, la fisionomía de la que parten dichas normas es la de atribuir –con carácter principal y prioritario– al ordenamiento jurídico designado por el criterio del *locus laboris*, la responsabilidad de resolver los conflictos de leyes y de jurisdicciones que pudieran surgir, esto es, la de identificar un espacio físico territorial en el que o desde el cual se prestan servicios. Si bien ello es así, el patrón de trabajador móvil sobre el que las normas de competencia judicial internacional y/o ley aplicable centran principalmente su atención han ido variando progresivamente³, habiéndose incrementado los supuestos

¹ En este marco introductorio, es imprescindible citar el trabajo del Prof. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A: *La relación laboral internacional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que constituye –a mi juicio– un estudio extenso y riguroso sobre la materia en el que el autor recorre, como él mismo señala, la relación laboral internacional de manera secuencial (desde el nacimiento de la relación laboral hasta su extinción). En este contexto, el autor establece una configuración de la relación laboral internacional en función de las condiciones de ésta (condiciones temporales y condiciones especiales), así como por la cualificación del trabajador y/o por la naturaleza del empleador transfronterizo, pp. 125-195.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”, *Revista del ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social* nº 132, 2017, pp. 17-48 o también más recientemente, VILLA FOMBUENA, M y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “La nueva movilidad internacional de trabajadores: de la libre circulación a las nuevas formas de empleo”, *Revista del ministerio de trabajo y economía social* nº 151, 2021, pp. 77-109.

³ No sólo del trabajador móvil, sino de los trabajadores en general. Vid CHATZILAO, K y MIHMAN, N (Dirs): *La figure du travailleur à l'épreuve de l'internationalisation du droit du travail*, Lejep editorial, Institute de droit de travail Strasbourg, 2023.

en los que la ejecución de servicios se presta en ámbitos o dominios sustraídos a la soberanía de algún país (espacio marítimo, aéreo, espacial o en el ciberespacio), generando la dificultad de buscar y concretar un *locus* fijo/territorio físico de ejecución. Y es que junto con los clásicos trabajadores que prestan servicios en alta mar y/o en el espacio aéreo, encontramos prestaciones de servicios que se realizan de manera remota en el entorno digital o en el ciberespacio, así como prestaciones de servicios futuribles, como los supuestos de realización de servicios en instalaciones artificiales marítimas o en el espacio ultraterrestre. En esencia, y para ser más exactos, el problema principal al que nos enfrentamos en términos generales es el de cómo articular el principio de territorialidad o los conceptos de espacio-tiempo que son básicos para el Derecho del trabajo y también para el Derecho Internacional Privado del trabajo. En otras palabras, estos fenómenos ponen en jaque la visión antropocéntrica (y, en su caso, geocéntrica) que ha venido impregnando la construcción de las ciencias jurídicas desde antiguo y que no permiten delimitar o demarcar fácilmente aquellos espacios no territoriales (o sustraídos a la soberanía nacional) donde también se ejecutan relaciones jurídico-laborales plurilocalizadas⁴.

Así, tomando en consideración el contexto general expuesto, es voluntad de quien suscribe estas páginas, realizar una reflexión sobre la problemática derivada de los conflictos jurídico-laborales que surgen de la prestación de servicios plurilocalizada no sujeta al modelo tradicional de trabajador que presta servicios con carácter habitual en un lugar físico-territorial en el que se va a insertar socio-económicamente hablando, si bien –por razones de espacio– se adelanta que estas elucubraciones se circunscribirán al ámbito del *Ius* o de la Ley aplicable. Así, a continuación, voy a centrar la atención en distintos supuestos de esta naturaleza, para lo cual seguiré una escala de extraterritorialidad que toma como punto de partida los supuestos clásicos de trabajos ejecutados en el dominio marítimo y/o aéreo, siguiendo con los supuestos de extraterritorialidad más recientes ligados a la “cuarta o quinta dimensión” en el espacio digital o en el ciberespacio⁵, para

⁴ La aplicación del principio de territorialidad en el contexto de las relaciones de trabajo transnacionales se encuentra en entredicho. En efecto, las diversas transformaciones operadas sobre la disciplina (a propósito de la progresiva deslocalización de las industrias y la movilidad de los trabajadores), ha originado que hablemos de una cierta desnacionalización y/o des-territorialización del Derecho del Trabajo, que pone en relativo jaque la concepción tradicional de esta disciplina, calificada como un proyecto doméstico vinculado a un territorio, tal y como sostuviera Kahn-Freund en el año 1972. Así, SUPLOT, A: “Reflexions sur le deperissement de l’Etat”, *Lex Social-Revista jurídica de los Derechos sociales* n° 1, vol. 8, 2018, pp. 365-381. De manera similar se pronuncian los teóricos del DIPr., donde ponen de manifiesto que la edificación de esta disciplina sostenida en la existencia de diversos Estados no encuentra su acomodo en la realidad actual, al encontrarse fuertemente afectada por el impacto que sobre el Derecho produce la globalización económica. En este último sentido, y entre otros trabajos de MUIR WATT, H, vid. “Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours* t. 307 (2004), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004. También de la misma autora: “La globalisation et le droit international privé” en ANCEL, B; AUDIT, M y LAGARDE, P (Eds): *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, pp. 591-606.

⁵ Me refiero a la cuarta o quinta dimensión en función de si se considera necesario diferenciar entre el espacio aéreo y el espacial o ultraterrestre o no. En otras palabras, los espacios o dimensiones a tomar en consideración serían el espacio terrestre, marítimo, aéreo, espacial y cibernético o, en segundo lugar, el espacio

finalizar con la ejecución de servicios extraterritorial futura (o no tan futura) en espacios o ciudades marítimo-artificiales o en el espacio ultraterrestre.

2. La extraterritorialidad clásica: el trabajo ejecutado a bordo de buques y aeronaves

La constatación de la inadaptación de las normas de Derecho Internacional privado del trabajo y, en concreto, de la regla principal de la *lex loci laboris* tanto en la vertiente del *Forum* como del *Ius*, ante los supuestos de prestaciones de servicios extraterritoriales no constituye novedad alguna. Cabe remontarse a la primera mitad del siglo XX para constatar que en los trabajos preparatorios de algunas conferencias internacionales dirigidas al establecimiento de normas sobre Ley aplicable al contrato de trabajo⁶, ya sea planteaba el problema sobre la conveniencia o no de establecer un criterio o criterios específicos para los trabajos desempeñados a bordo de buques y de aeronaves (u otros sectores del transporte). En este contexto, se ha de subrayar que la problemática principal sobre la cual se focalizaba la atención inicialmente era la del trabajo marítimo-comercial⁷, ya que la aparición temprana de subterfugios especulativos en este contexto socio-económico que permitían (y permiten) eludir la aplicación de los ordenamientos jurídico-laborales más protectores socialmente hablando han venido siendo una realidad asentada desde principios del siglo XX, a diferencia –por ejemplo– del sector aeronáutico⁸ u otros sectores del transporte⁹, tradicionalmente sujetos al intervencionismo regulador estatal y objeto de liberalización en fechas mucho más recientes.

aéreo-espacial como dimensión única, dado que hasta la fecha no se ha conseguido delimitar o establecer una línea divisoria entre ambos espacios.

⁶ Vid. a tal efecto, el trabajo de SIMON-DEPITRE, M: “Droit du travail et conflits de lois devant le deuxième Congrès international de droit du travail”, *Revue critique de Droit International Privé* T. 47, 1958, pp. 285 a 320, y especialmente p. 288-289 y 293 y ss., donde –a propósito del análisis de los trabajos desarrollados en el 2º Congreso internacional de Derecho del Trabajo celebrado los días 12 a 14 de septiembre de 1957– recoge los intentos llevados a cabo tanto por la *International Law Association* en 1926, como por el *Institut de Droit International* en 1937 en relación con los contratos de trabajo marítimos internacionales, así como en relación con el contrato de trabajo aeronáutico, carretera y navegación interior o fluvial. Y de manera similar se expresaba también el Profesor ZAMORA CABOT, F.J: “El contrato de trabajo internacional”, *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro* 1977, p. 93 donde con carácter expreso señala la ausencia de idoneidad en la aplicación de la *lex loci laboris* en trabajos imbuidos de este tipo de movilidad.

⁷ Baste recordar el Informe Giuliano-Lagarde relativo al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L282, de 31 de octubre de 1980), donde por una parte se señalaba que la regla de la *lex loci celebrationis* entonces contenida en el art. 6.2.b) del CR podían aplicarse a los supuestos de trabajos realizados fuera de la jurisdicción de algún Estado, como es el caso de las plataformas petrolíferas o el trabajo en alta mar para, a continuación señalar que el grupo de expertos no ha previsto una norma especial para el trabajo de las tripulaciones a bordo de buques. Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29> (último acceso el día 8 de marzo de 2023).

⁸ Con la diferencia de que entonces la aviación o el derecho aeronáutico era materias aún incipientes. Vid. RODRÍGUEZ ROMERO, R.M: *La liberalización del sector aeronáutico y su impacto sobre las relaciones laborales individuales del personal a bordo de aeronaves*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁹ COURSIER, P, hace referencia a ellos: espacio terrestre o aéreo, así como a los espacios jurídicamente ads-

En todos estos supuestos, caracterizados por la intrínseca itinerancia en la ejecución de servicios de sus trabajadores, cabe advertir la existencia de alguna que otra diferencia sustancial a los efectos de la localización de estos contratos con un ordenamiento jurídico-laboral concreto. Y es que mientras que en el caso del trabajo ejecutado a bordo de buques y/o de aeronaves (y, en determinados casos, en plataformas petrolíferas-eólicas), el desenvolvimiento de la prestación se produce en espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado; en el caso del trabajo ejecutado en los restantes sectores del transporte (carretera, ferrocarril y/o navegación interior), la ejecución de servicios se desarrolla en múltiples territorios de manera sucesiva¹⁰. A pesar de ello, es cierto que los trabajos ejecutados en los distintos sectores del transporte internacional comparten –eso sí– una misma característica, dado que, en todos los supuestos, el trabajo se ejecuta a bordo de un bien móvil registrable destinado a desplazarse continuamente de un lugar a otro. Sin embargo, y por extraño –o más bien curioso– que pudiera parecer, no todas las relaciones jurídico-laborales con elemento de extranjería vinculadas a los distintos medios de transporte se han venido solucionando a través de la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el mecanismo del registro o matrícula de aquéllos y por su exteriorización en forma de bandera, pabellón o matrícula a los efectos de su localización en un ordenamiento jurídico u otro¹¹.

critos a un país, como el trabajo en embajadas o en plataformas petrolíferas en *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*, LGDJ editorial, Paris, 1993, pp. 96-99. Ahora bien, considero que hay que distinguir en el caso del trabajo ejecutado a bordo de plataformas *offshore*, los supuestos de plataformas fijas y/o móviles, así como su localización en el mar. Para un estudio en profundidad vid. THOMAS, F: *Les relations de travail offshore. Contribution a l'étude du pluralisme juridique*, tesis defendida el 5 de febrero de 2018 en la Universidad de Nantes bajo la dirección del Prof. Chaumette. Su contenido puede consultarse en <https://www.theses.fr/230317650>. Por su parte, se debe señalar que desde aquí no se comparte la conclusión que alcanza el Prof. COURSIER en relación con los supuestos de prestación de servicios en embajadas y consulados. A estos efectos, se ha de señalar que el problema es distinto, ya que el trabajo se desempeña en un territorio identificable a los efectos de la aplicación del art. 6.2.a) CR y del art. 8.2 Roma I. De este modo, la cuestión objeto de controversia es determinar si el trabajo se ejecuta en el territorio del Estado donde se encuentre la embajada o el consulado o si, por el contrario, se presta en los países de referencia de cada representación diplomática. Sobre esta materia, me remito –por todos– al trabajo de LÓPEZ TERRADA, E: *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración española en el exterior: especial referencia a las cuestiones relativas a la competencia judicial y determinación de la ley aplicable*, Aranzadi editorial, Cizur menor, 2020.

¹⁰ En este sentido, el Prof. ESPINIELLA MENÉNDEZ distingue entre el trabajo con prestación transnacional, la prestación de servicios plurilocalizada y el trabajo en espacios internacionales. El primero sería aquél que se desarrolla necesariamente a lo largo de distintos Estados, como en el caso de las tripulaciones terrestres y aéreas, cuando el origen se produce habitualmente desde un mismo Estado. Esto es, no cabe identificar un lugar de prestación habitual, aunque sí un Estado de residencia habitual desde el que se inicia regularmente la prestación transnacional. El segundo, haría referencia a los servicios que se desarrollan en distintos Estados o espacios internacionales sin que pueda determinar un lugar de prestación habitual de servicios, ni siquiera un punto de partida habitual de la prestación, poniendo como ejemplo al trabajo de los periodistas y de los representantes comerciales. Finalmente, alude al trabajo en espacios internacionales, esto es, no sometidos a la soberanía de ningún Estado, citando el caso de los trabajos en instalaciones fijas o flotantes situadas en la plataforma continental adyacente a un Estado miembro. Así, lo indica en su obra *La relación laboral internacional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 145 y ss.

¹¹ Sobre esta materia, vid. en extenso, ALOUPI, N: *La nationalité des véhicules en droit international public*, Editorial Pedone, Paris, 2020. Por su parte, considero que quizá sería oportuno que se reflexionara de manera

En efecto, a diferencia de lo que acaece en el marco de los transportes “terrestres”, la solución mencionada ha sido aplicada a los trabajos ejecutados en espacios extraterritoriales donde, de manera más o menos pacífica y durante cierto tiempo, se ha aplicado este criterio tanto para el caso del contrato de embarque como para el caso del contrato aeronáutico¹². Y es que, a pesar del evidente carácter ficcional que supone atribuir la localización del contrato de trabajo al país en el que se haya registrado/matriculado el buque y/o la aeronave (nacionalidad), éste ha sido el criterio de aplicación mayoritario para resolver esta tipología de controversias. Ahora bien, la capacidad y/o amplia libertad que ofrecen las normas de Derecho internacional público aplicables a dichos espacios [Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar /CMB de 1982¹³ y el Convenio sobre Aviación civil Internacional/Convenio de Chicago de 1944 respectivamente] para que las empresas puedan registrar dichos bienes muebles en aquellos países más convenientes socio-económicamente hablando¹⁴, ha dado lugar a que se haya reaccionado frente a la aplicación del criterio analógico y ficticio de la *lex loci laboris*-ley del país en el que/ma-

más detallada sobre las nociones de registro, de nacionalidad de los buques y del pabellón de éstos, dado que no son conceptos idénticos, tal y como lo demuestra la reciente sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, Asunto C-786/19, North England P&I Ass. Ltd/Bundeszentralamt für Steuer, en el que el TJUE debate sobre estas nociones a propósito de determinar a qué Estado corresponde gravar las primas de los contratos de seguro de un Club de Protección e Indemnización inglés (P&I Club) relativo a las operaciones de varias embarcaciones alemanas, fletadas a casco desnudo (Bareboat Charter registration), temporalmente bajo bandera maltesa o liberiana pero registradas en el segundo registro de buques alemán. Véase, CHAUMETTE, P: “De l’immatriculation du navire et de l’affrètement coque-nue. De la taxation des primes de contrats d’assurance”, *Neptunus, e.revue*, Université de Nantes, Vol. 27, 2021/4 www.cdmo.univ-nantes.fr

¹² En nuestro Derecho interno, ésta también fue la solución adoptada para el caso de buques y aeronaves, así como para el caso del transporte por ferrocarril, tal y como todavía hoy se contiene en el art. 10.2 del Código civil. Si bien ello es así, a diferencia de los bienes muebles mencionados, los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedan sujetos a la ley del lugar donde se hallen, a pesar de que, como señala la Profa. BOUZA I VIDAL, N, “En el Derecho internacional privado español, la sustitución de la *lex rei sitae* por una conexión distinta, más seria y estable que la del lugar en que ocasionalmente pueda hallarse el buque o la aeronave, fue contemplada por la Ley 3/1973, de 17 marzo, de Bases para la reforma del Título Preliminar del Código civil al admitir la posibilidad de un “tratamiento especial” para determinados bienes, entre los cuales se mencionaban los buques y las aeronaves. En el primer anteproyecto de texto articulado se propuso que todos los bienes muebles registrables, fuesen o no medios de transporte, quedasen sujetos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Esta propuesta fue rechazada por el Pleno de la Comisión General de Codificación, por exceder de lo previsto en la Ley de Bases 3/1973, de 17 marzo, y por englobar bienes muebles que normalmente no suelen ser objeto de registro alguno. En su lugar se propuso una nueva redacción, que recogiendo la enmienda presentada por el profesor Alberto Bercovitz, circunscribía la aplicación de la ley del lugar del abanderamiento, matrícula o registro de la ley del lugar del abanderamiento, matrícula o registro a los buques, aeronaves y demás medios de transporte. Esta nueva formulación también fue rechazada, esta vez por el Consejo de Estado, al estimar que la sumisión de los automóviles a la ley del lugar de su matrícula era improcedente. El principal argumento que se esgrimió fue de orden práctico: la gran afluencia de automóviles extranjeros, que por razones turísticas se desplazan a nuestro país, aconseja evitar su sumisión a otra ley que no sea la ley española del lugar de su situación” en VV.AA: “Comentario al art. 10.2” en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

¹³ Me refiero a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. Instrumento de ratificación BOE nº 39, de 14 de febrero de 1997.

¹⁴ En consonancia con los procesos de desregulación/liberalización de dichos sectores.

trícula-registro buque/aeronave, por cuanto que estos binomios conducían y conducen a la aplicación de un ordenamiento alejado y/o muy alejado de la realidad socio-económica subyacente. Así, tras algunos avatares en sede jurisprudencial, el TJUE resolvió inadmitir dicha aplicación analógica en el contexto del *Forum* para los supuestos de contratos de trabajo aeronáuticos en el célebre asunto Nogueira de 2017¹⁵. Y esta misma conclusión es perfectamente trasladable al contrato de embarque y a la vertiente conflictual, a pesar de que todavía no hayamos asistido a un pronunciamiento tajante en el mismo sentido. Sin perjuicio de ello, esa misma tendencia, esto es, el abandono de la ley del pabellón en analogía con el criterio del *locus executionis* se venía advirtiendo desde antiguo (con anterioridad al caso Nogueira) no sólo para el contrato de trabajo desde la perspectiva del *forum* y/o desde la aplicación de algunas normas de política social comunitaria, sino también desde la perspectiva de la seguridad social; algo especialmente relevante si tomamos en consideración que el TJUE hace tiempo que está “huyendo” de la aplicación de la ley del pabellón en estos casos, recurriendo a otros criterios distintos con la finalidad de generar un verdadero “*genuine link*”¹⁶ entre el contrato de trabajo con un determinado sistema de seguridad social.

¹⁵ Si bien desde la perspectiva del *Forum*. Sentencia de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, Caso Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Oscar contra Ryanair Designated Activity Company [ECLI:EU:C:2017:688]. Véase, VAQUERO LÓPEZ, C: “La determinación del lugar de ejecución laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16: Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company), *La Ley-Unión Europea* nº 54, 2017. Asimismo, TUO, C: “La nozione di «luogo di abituale svolgimento dell’attività lavorativa» ancora al vaglio della Corte di giustizia UE: il caso degli assistenti di volo”, *Il Diritto Marittimo* nº 2, 2018, pp. 402-421.

¹⁶ Adviértase que entrecumulo el término de “*genuine link*” para diferenciarlo del sentido estricto que tales vocablos tienen en el art. 91.1 del Convenio de Montego Bay de 1982. En realidad, supra me estoy refiriendo a los intentos del Tribunal de Luxemburgo por ofrecer una aproximación de vinculación auténtica y/o “*genuine link*” en el sentido de entender que para el establecimiento de esta conexión se deben tomar una serie de elementos que permitan conectar el contrato de embarque con un determinado ordenamiento jurídico con el que la relación jurídica muestre una verdadera vinculación económica. Así, la primera vez que el TJUE se enfrentó al estudio del empleo del criterio de la ley del pabellón y su aplicación analógica con respecto al criterio del *locus laboris* se produjo en el caso Torline 2004 [Sentencia de 5 de febrero de 2004, C-18/02, caso Torline. ECLI:EU:C:2004:74] donde el Tribunal de Luxemburgo se enfrentó a la interpretación de este criterio desde la perspectiva de la competencia judicial internacional en un asunto vinculado a la interpretación del foro delictual o cuasidelictual (el entonces art. 5.3 Convenio de Bruselas) en el marco de un conflicto que tenía por objeto una reclamación indemnizatoria contra varios sindicatos de distintos Estados parte (Suecia y Dinamarca) por los eventuales perjuicios sufridos por un armador a consecuencia de la notificación de sendas acciones colectivas (principal y de solidaridad) que habían provocado la inmovilización de un buque de la empresa marítima y el arrendamiento de otra nave de sustitución por ese motivo. Por su parte, y por lo que se refiere a la interpretación de las normas conflictuales contenidas en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, debemos citar dos asuntos paradigmáticos. Por una parte, el caso Bakker Asunto C-106/11, de 7 de junio de 2012, que versaba sobre la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social a un marino de nacionalidad neerlandesa residente en España que prestaba servicios para una empresa establecida en los Países Bajos y que realizaba su actividad a bordo de dragas que navegan bajo pabellón neerlandés en las aguas territoriales chinas y de Emiratos Árabes Unidos.

De manera paralela a la evolución jurisprudencial operada, el legislador comunitario ha venido siendo cada vez más consciente de la problemática que presenta la determinación de la ley aplicable en esta tipología de supuestos. En efecto, las dudas aplicativas originadas por la aplicación del criterio de la *lex loci laboris* en el sentido de “en el lugar” donde se presta servicios con carácter habitual a los contratos de trabajo cuya ejecución no se desempeña en espacios sometidos a la soberanía de algún estado, dio paso a la incorporación en el actual art. 8.2 Roma I del criterio “el país desde el cual y/o a partir del cual” el trabajador presta servicios. Esta incorporación se produjo en el proceso o en el transcurso de conversión del Convenio de Roma de 1980 en Reglamento Roma I. En dicho proceso surgieron voces expertas tendentes a dar alguna que otra solución específica a estas controversias, si bien focalizando su atención en el contrato aeronáutico principalmente¹⁷ ante la irrupción (hoy ya consolidada) de las denominadas compañías aéreas low cost¹⁸. Así, es sabido que la introducción del elemento del “lugar o país desde el cual o a partir del cual” con carácter habitual el trabajador presta servicios en el criterio de la *lex loci laboris* (art. 8.2 Roma I), supuso la ampliación de este criterio para permitir la localización de los contratos de trabajo aeronáuticos con el país donde se encuentre la base operacional de la aeronave, en el bien entendido de que ése es el lugar desde el cual o a partir del cual el trabajador presta servicios¹⁹, lo que a su vez –y en el caso de temporalidad en la ejecución

Las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos (Antillas neerlandesas). Lo interesante de este asunto, desde la perspectiva que abordamos es que el TJUE va a aplicar la normativa europea y, en concreto, la conexión de la ley del pabellón contenida en el art. 13.2.c) del Reglamento 1408/71, irrumpiendo en la formulación clásica y tradicional de los espacios marítimos, donde se considera que las aguas territoriales son parte del territorio del Estado ribereño. Junto con esta sentencia, debe destacarse la interpretación emitida a propósito del caso fechado el 19 de marzo de 2015, Asunto C-266/13, Caso KIK [ECLI:EU:C:2015:18] donde el TJUE alcanza su solución aplicando la teoría de la vinculación más estrecha con la UE en un supuesto donde el TJUE interpreta el Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social para determinar su aplicabilidad a un trabajador que desenvolvía su actividad en un buque de nacionalidad panameña; solución ésta que el TJUE volvió a emitir en el asunto Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2019, Asunto C-631/17, Caso SF [ECLI:EU:C:2019:381]. Finalmente, y desde la perspectiva de las Directivas de política social, cabe mencionar la sentencia emitida en el caso Stroumpoulis, de 25 de febrero de 2016, Asunto C-292/14 [ECLI:EU:C:2016:116], donde, de manera indirecta, el TJUE aborda la cuestión que aquí tratamos, si bien desde la perspectiva de la extensión extraterritorial de la protección que otorga la Directiva 80/987 sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia de su empleador a trabajadores de nacionalidad griega abandonados en el Puerto del Pireo (Atenas), pero que habían sido contratados para prestar servicios en un buque de nacionalidad maltesa, que en el momento de suscitarse el litigio no era un Estado miembro de la UE.

¹⁷ Y digo principalmente, porque sí se trató de dar una solución al contrato de embarque. En efecto, se propuso entender aplicable la ley del pabellón, incluso para los supuestos de ejecución de servicios a bordo de buques con pabellón de conveniencia, salvo que en los casos en los que el único elemento que conectara el contrato de trabajo con el ordenamiento designado por la bandera del buque fuera precisamente éste, en cuyo caso sería necesario recurrir a la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos. Vid. en extenso, FOTINOPOULOU BASURKO, O: *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 44 y ss y específicamente en pp. 48-49.

¹⁸ Así, MANKOWSKI, P: “Employment contracts under Article 8 of the Rome I Regulation” en FERRAN, F y LEIBLE, S: *Rome I Regulation*, Sellier-European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 177-178.

¹⁹ El empleo del criterio de “base operacional” de la aeronave es una atracción al ámbito del contrato de

de servicios— ha servido como criterio para aplicar la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores, modificada mediante la Directiva 2018/957. Ahora bien, a pesar de los loables intentos por tratar de localizar estos contratos con un ordenamiento jurídico laboral concreto, lo cierto es que esta solución tampoco se ha mostrado demasiado propicia para tratar de ahuyentar los fantasmas de la elección por parte de la empresa de un ordenamiento jurídico laboral torticero, que es el que emplean dichas compañías para reducir costes laborales. Y es que la selección de la base o bases operacionales (fenómeno de las multi-bases²⁰) es una facultad exclusivamente empresarial al albur de las posibilidades que ofrece el ejercicio de las libertades económicas europeas y de las normas liberalizadoras aeronáuticas existentes a nivel europeo.

La razón apuntada ha dado lugar, a que de manera paralela a la situación descrita a propósito de la aplicación del art. 8.2 Roma I, hayan surgido dudas razonables sobre la aplicabilidad de la Directiva de desplazamiento a los trabajadores aeronáuticos a bordo de aeronaves coincidiendo —a su vez— con el fortalecimiento por parte de las instituciones comunitarias del régimen jurídico aplicable a esta tipología de trabajadores en general. Y centro la cuestión sobre este colectivo de trabajadores porque, como se sabe, la gente de mar con funciones náuticas está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE²¹. En este contexto, y sin necesidad de reiterar hasta la saciedad lo que ya se ha dicho en otras ocasiones, debe anotarse que las instituciones y el legislador comunitarios atienden a estas dos realidades de trabajo ejecutado en régimen de plurilocalización (el trabajo aeronáutico y el trabajo marítimo) de manera diferenciada, a pesar de que los mecanismos empresariales de elusión de las normas socio-laborales de los Estados son similares entre sí, y casi que me atrevería a señalar que algo más sofisticados para el trabajo aeronáutico que para el trabajo marítimo. En efecto, la situación descrita se debe a que las instituciones comunitarias siempre han dudado de que en el marco de la

trabajo procedente de la modificación operada en el año 2012 del Reglamento 883/2004 ex Reglamento nº 465/2012, de 22 de mayo (DOUE L149, de 8 de junio de 2012). Ahora bien, en realidad, no se trata de una noción extraída del régimen de seguridad social, sino contenida en la regulación sobre tiempo de trabajo aplicable a este sector industrial. En este sentido, se define base operacional como el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante”. Dicha noción se encuentra contenida en el anexo III, subparte FTL, punto 14, del Reglamento (UE) nº 965/2012 de la Comisión, de 5 de octubre de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L296, de 25 de octubre de 2012. Este Reglamento deroga el Anexo III del Reglamento (CEE) nº 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos aplicables a la aviación civil [DO L 373 de 31 de diciembre de 1991].

²⁰ Sobre este fenómeno, vid. DELEUZE, Q: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho, Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis:7839>, pp. 63 y ss. Para un análisis en profundidad, me remito al trabajo de RODRÍGUEZ ROMERO, R: *La liberalización del sector aeronáutico y su impacto sobre las relaciones laborales individuales del personal a bordo de aeronaves*, Aranzadi, Cizur menor, 2022.

²¹ Cuando señala ex art. 1.2 que “la presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante”.

relación laboral a bordo de buques se pudiera producir un verdadero desplazamiento de trabajadores²², al entender que es en el buque donde se desarrolla con carácter habitual la prestación de servicios y que, por lo tanto, no es factible asimilar la nacionalidad del buque (pabellón) con un determinado territorio²³, ni construir –por tanto– una ficción de habitualidad en tal sentido.

Así, y por lo que respecta al trabajo aeronáutico y a la aplicación de la normativa de desplazamiento, la situación reinante en estos momentos es algo confusa, en el sentido de que, a diferencia de lo que acaece con el transporte por carretera donde hay una norma expresa que señala la aplicabilidad de la Directiva 96/71/CE²⁴ y que ha dado lugar a la adopción de una *lex specialis* (Directiva 2020/1057) que se aplica en función de si

²² Conclusión ésta quizá influenciada también por la existencia de un marco normativo específico para la libre prestación de servicios en los transportes en el TFUE, lo que dio lugar en su momento a la adopción del Reglamento nº 3577/92 sobre cabotaje marítimo que contiene una disposición dirigida a determinar la legislación aplicable al contrato de embarque en este tipo de transportes. En todo caso, se ha de anotar que la Comisión reconoció en el Documento COM (2007) 591, p. 7 que sí cabría considerar situaciones de desplazamiento en el caso de la marina mercante. Así, señalaba que esta situación se producía en los casos en los que un trabajador que presta servicios a bordo de un buque que enarbola un pabellón es desplazado a otro buque que enarbola otro pabellón, lo cual sucede en muy pocas ocasiones. Recientemente, y a propósito de los trabajos preparatorios para la modificación de determinadas Directivas de política social relativas a los despidos colectivos, insolvencia, transmisión de empresas e información y consulta con el fin de incluir a los trabajadores del mar en los mismos, que el colectivo de trabajadores que presta servicios a bordo de un buque que navega por alta mar *no puede ser considerado como trabajador desplazado al territorio de otro Estado miembro*, en la medida en que la aplicación de la ley del pabellón se basa en la noción de nacionalidad del buque, más que en un asimilación a la prestación de servicios en el territorio que otorga su nacionalidad a la nave. Véase el Documento SWD (2013) 462 final, de 18 de diciembre de 2013.

²³ Circunstancia ésta que se vuelve a reiterar en el art. 7 de la Directiva 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, si bien con la agravante de que esta norma excluye a la totalidad de la gente de mar de su ámbito de aplicación, esto es, también a quienes no prestan servicios náuticos, por no decir –además– que esta última Directiva no sólo excluye a estos colectivos de trabajadores de su ámbito de aplicación en los supuestos de desplazamiento temporal, sino también de los supuestos de movilidad temporal distintos del desplazamiento. Véase lo dispuesto en el artículo 1.8 de la Directiva 2019/1152 que excluye de su ámbito de aplicación a la gente de mar cuando señala que (y cito textual) que: “El capítulo II de la presente Directiva es aplicable a la gente de mar y a los pescadores, sin perjuicio de las Directivas 2009/13/CE y (UE) 2017/159, respectivamente. Las obligaciones establecidas en el artículo 4, apartado 2, letras m) y o), y en los artículos 7, 9, 10 y 12 no serán aplicables a la gente de mar ni a los pescadores”. A mayor abundamiento, MIRANDA BOTO, J.M en el imprescindible trabajo que ha realizado analizando esta Directiva y que es, a mi juicio, de lectura obligada si se analiza la Directiva 2019/1152 titulado “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español”, *Temas laborales* nº 149, 2019, pp. 71-100. Asimismo, me remito al trabajo del mismo autor titulado *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, donde desarrolla en extenso la problemática que se plantea con respecto al art. 7 de la Directiva en su aplicación a la gente de mar, pero también a otros colectivos de trabajadores. Aprovecho la ocasión para agradecer al Prof. Miranda Boto la deferencia y el tiempo invertido con quien suscribe estas páginas para contrastar pareceres a propósito de esta cuestión.

²⁴ Y del mismo modo lo señaló el TJUE en la sentencia de 1 de diciembre de 2020, Asunto C-815/18, Caso Federatie Nederlandse Vakbeweging [ECLI:EU:C:2020:976].

existe o no vínculo suficiente con el Estado de acogida (cuyo eje central –por cierto– no es el conductor sino el tipo de transporte que se realice); no ocurre lo mismo en el sector aeronáutico o en el caso de otros trabajadores móviles [o altamente móviles (sic)] vinculados a otros sectores del transporte²⁵. Lo anterior ha conducido a que se debata sobre la aplicabilidad de la Directiva de desplazamiento en este sector, ya sea doctrinal o jurisprudencialmente. Desde la primera perspectiva, contamos con intentos más o menos perfeccionados en los que se aborda en qué supuestos la Directiva de desplazamiento sería de aplicación a los trabajadores de vuelo y de cabina y en cuáles no²⁶, señalando en esencia que el desplazamiento temporal en este sector puede existir cuando el trabajador es asignado a una base secundaria en otro Estado miembro distinto al del Estado donde estuviera situada la base operacional (*home base*) desde la cual aquél presta habitualmente servicios²⁷. Así, la doctrina especializada señala que existirían, en su caso, supuestos de desplazamiento temporal en los supuestos de modificación de base y en el marco del *wet lease* (arrendamiento de aeronaves con tripulación), movilidad intragrupal o en los casos de desplazamiento a través de agencia de contratación temporal, esto es, en los supuestos del art. 3.1 b) y c) Directiva 96/71/CE²⁸.

Como es visible, las soluciones dadas por la normativa europea y la doctrina son divergentes por lo que respecta a la aplicabilidad de la Directiva de desplazamiento temporal en el marco del transporte marítimo y del transporte aéreo. Esta realidad puede llegar a causar extrañeza, dado que la postura jurisprudencial del TJUE con respecto al transporte aeronáutico según el caso *Nogueira* 2017 –y que asimismo compartimos– es la de entender que tampoco la base operacional (*home base*) de la aeronave puede asimilarse al *locus laboris* desde la perspectiva del *Forum*; conclusión ésta –entiendo y añado yo– extensible a las bases secundarias que pudieran existir y al ámbito de la ley aplicable. Cuestión distinta es considerar, como también hace el tribunal de Luxemburgo que ese lugar (base operacional) pueda servir como indicio –entre otros– de conectividad de la relación laboral con la

²⁵ Ni tampoco en el sector del ferrocarril, donde se ha planteado la misma duda con respecto a los trabajadores a bordo de un tren que realiza un trayecto internacional que no ejecutaban una prestación de servicios vinculados al transporte. STJUE de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-16/18, Caso *Dobersberger* [ECLI:EU:C:2019:1110]. Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O: “¿Inaplicación de la Directiva de desplazamiento a los trabajadores del tren Eurostar?: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 56, 2020, pp. 590-623. Ni qué decir tiene que la misma controversia se plantea para el caso de la navegación interior para lo cual me remito a TOURNAYE, C: “Inland Water Transport workers and the posting of workers Directive”, *European Labour Law Journal*, 2022, pp. 1-25.

²⁶ Véase el Informe de BUSSCHAERT, G. y PEXINNOVSKY, P: ‘The application of the EU posting rules to aircrew’, EU project Research Report for a ‘Support for social dialogue’ in the Civil Aviation Sector, Brussels, 2019. Research report funded by the Commission and requested in the context of the call for proposals VP/2018/001 (support for Social Dialogue) for a project submitted by three social partner organisations in the EU Sectoral Social Dialogue Committee on Civil Aviation under the grant agreement VS/2019/0030.

²⁷ BUSSCHAERT, G y PEXINNOVSKY, P: “The (non) Application of the posting of workers Directive to Aircrew: How a lack of legal certainty leads to a failure to apply the posting rules in the aviation industry”, *European Employment Law Cases*, issue 4, 2020, pp. 226-240.

²⁸ A diferencia de lo que ocurre con el transporte por carretera.

jurisdicción y/o con el ordenamiento jurídico de un determinado país²⁹. Ahora bien, a mi juicio, ese elemento debe emplearse en el contexto del *Ius* como un indicio más –concurrente con otros– para determinar la vinculación más estrecha o, si se prefiere, real y no ficticia del contrato de trabajo plurilocalizado aéreo con el ordenamiento jurídico de un país, pero no como un elemento indicativo del criterio del *locus laboris*, puesto que estos trabajadores no prestan servicios habituales en el territorio de un país, sino a bordo de bienes muebles³⁰. Y esta afirmación que ahora se realiza –con la finalidad de evitar crear ficciones de habitualidad– podría ser extensible al marco del contrato de embarque, pues los buques también están adscritos a un puerto de matrícula (*home port*), que es el puerto donde se realiza la anotación en el registro de buques³¹. Si bien ello es así, hay dos cuestiones que, en ambos casos, deben tomarse en consideración a los efectos de la aplicación indiciaria y, en algunos casos restrictiva, de este elemento: a) el *home port* o la base de la aeronave sirven a finalidades distintas a la de la identificación de un lugar de prestación de servicios habitual, dado que son elementos dirigidos al control administrativo y/o técnico del buque o de la aeronave, y b) la elección de ambos (*home port/base* de la aeronave) corresponde a la empresa marítima y/o al operador aeronáutico, luego es la parte contractualmente fuerte la que puede seleccionarlos en función de intereses variados, inclusive –lógicamente– como elemento para reducir los costes laborales.

Por su parte, es sabido que el art. 8.3 Roma I atribuye –ante la imposibilidad de localizar un lugar habitual de prestación de servicios– al *locus celebrationis*/establecimiento contratante el encargo de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado. Desde esta perspectiva, se ha de señalar que el TJUE ha adjudicado un papel secundario o subsidiario al citado criterio, tal y como fácilmente se puede deducir de una lectura conjunta de las sentencias Koelzch-Voogsgeerd, ambas de 2011³². Y lo hace bajo

²⁹ Véanse considerandos 65 a 72 de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, Caso Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Oscar contra Ryanair Designated Activity Company. En efecto, este concepto se define en la OPS 1.1095 del anexo III del Reglamento n.º 3922/91 como el lugar a partir del cual el personal de vuelo comienza sistemáticamente su jornada de trabajo y en el cual la termina, organizando en él su trabajo cotidiano, y cerca del cual los empleados, durante el período de cumplimiento de su contrato de trabajo, han establecido su residencia y están a disposición del transportista aéreo (Considerando 70). Según la OPS 1.1110 de este anexo, los períodos de descanso mínimo de unos trabajadores como los demandantes de los asuntos principales difieren en función de si el tiempo de descanso se les atribuye fuera de la “base”, en el sentido del anexo III del Reglamento n.º 3922/91, o en la propia base (considerando 71). Por otra parte, es preciso señalar que ese lugar no se determina aleatoriamente ni tampoco lo determina el trabajador, sino que, en virtud de la OPS 1.1090, punto 3.1, de dicho anexo, es el operador quien lo determina para cada miembro de la tripulación (considerando 72).

³⁰ La postura sostenida por el TJUE en este sentido es lógica, por cuanto que en el Reglamento Bruselas I bis no existe un punto de conexión de vinculación más estrecha como sí existe en el Reglamento Roma I a efectos del *Ius*.

³¹ Que no debe confundirse con la regulación específica que, por ejemplo, existe en nuestro país para el sector pesquero. Vid. Real Decreto 1035/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula el establecimiento y cambio de puerto base de los buques pesqueros, y por el que se modifica el Real Decreto 1549/2009, de 9 de octubre, sobre ordenación del sector pesquero y adaptación al Fondo Europeo de la Pesca.

³² Sentencia del TJ (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Koelzsch, ECLI:EU:C:2011:151 y Sentencia del TJ (Sala Cuarta) de 15 de diciembre de 2011, Asunto C-384/10, Voogsgeerd [ECLI:EU:2011:842].

el prisma de utilizar una serie de elementos indiciarios que constituyen lo que el TJUE denomina el vínculo significativo constitutivo del criterio del *locus laboris*, precedente en esencia, de la interpretación realizada previamente (Asuntos Mulox y Rutten³³) en varios litigios relativos a la competencia judicial internacional surgidos a propósito de casos en los que se producía un verdadero desplazamiento temporal en aquellos momentos en los que no existía Directiva específica al respecto³⁴; amén de ayudado por la atracción de conceptos y criterios procedentes del Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social³⁵. Esa construcción de origen jurisprudencial es, al menos para mí, difícilmente distinguible del criterio de los vínculos más estrechos contenido en el apartado 4º del art. 8 Roma I a efectos conflictuales, que considero debería ser la piedra angular a emplear para dar solución a los supuestos que analizamos. Pero es que además de ello, el resultado de resolver otorgar un papel subsidiario y muy restrictivo al *locus celebrationis*, casa mal o es poco coherente, por ejemplo, con aquellas propuestas realizadas a propósito de supuestos similares en el contexto del teletrabajo internacional, puesto que no faltan voces que consideran pertinente y/o fundamental la aplicabilidad de este criterio a dichos supuestos de plurilocalización³⁶.

Si lo que aquí se afirma es cierto, entonces nos encontramos ante una diversificación de soluciones, de acuerdo con la cual, para algunos casos de trabajos ejecutados en régimen de extraterritorialidad (transporte marítimo y por extensión aéreo), la aplicación de la *lex loci celebrationis* devendría en subsidiaria, pero sería –por el contrario– principal para los supuestos de trabajos extraterritoriales cibernéticos de acuerdo con algunas de las soluciones propuestas doctrinalmente. Sin embargo, y desde mi humilde punto de vista: ni una cosa, ni la otra, puesto que la interpretación jurisprudencial operada por el TJUE sobre el juego de relación subsidiaria entre los arts. 8.2 y 8.3 Roma I no se asienta bien en la letra de dichos preceptos, ya que no aparecen –a diferencia de lo que afirma el Tribunal de Luxemburgo– jerarquizados y subordinados entre sí. Además, no se puede perder de vista que a la construcción jurisprudencial de la vinculación significativa constitutiva de la *lex loci laboris*, se incorporan elementos puramente organizativo-empresariales que no designan un territorio habitual de prestación de servicios y, que son, en consecuencia, maleables por la parte contractualmente fuerte³⁷. Y si a lo anterior añadimos que si el

³³ y Sentencia del TJ de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92, Mulox. [ECLI:EU:1993:306] y Sentencia del TJ (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, Rutten.[ECLI:EU:C:197:7].

³⁴ Maravillosamente bien expuesto por MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 63-68.

³⁵ FOTINOPOULOU BASURKO, O: “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* nº 142, 2019, pp. 71-100.

³⁶ Sobre esta cuestión, NOGUEIRA GUASTAVINO, M, quien afronta un tema muy complejo y que solventa con brillantez; tanto es así que por este trabajo recibió el premio de Estudios Financieros 2022 por el trabajo titulado “Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo”, *Revista de trabajo y Seguridad Social-CEF* nº 471, 2022, pp .17-53 y particularmente p. 36 y p. 38.

³⁷ Me remito a los considerandos 48 y 49 sentencia Koelzsch, donde se señala cuanto sigue: 48. “Para

carácter subsidiario de este criterio trae causa en el hecho de que la contratación de este tipo de trabajadores hace ya tiempo que se efectúa de manera intermediada a través de agencias especializadas en el *manning* marítimo y/o aéreo precisamente para eludir la normativa jurídico-laboral de los países donde se sitúan los verdaderos receptores de la ejecución de servicios de estos colectivos de trabajadores, no se alcanza a comprender las razones por las cuales se insiste en emplear criterios organizativo-empresariales para generar una vinculación significativa/*locus laboris* dado que, de igual modo a lo que acontece con la eventual aplicación del art. 8.3 Roma I; la inclusión de aquellos elementos de manera ficcional también permite a los operadores económicos buscar la legislación que les sea más satisfactoria desde el punto de vista de la reducción de costes laborales.

Por ende, y sin perjuicio de otras opiniones mucho mejor fundamentadas que la mía, el criterio –como he adelantado– que considero debe emplearse para resolver la mayor parte de supuestos de esta naturaleza no es otro que el criterio de los vínculos más estrechos, en el que habrá que insertar con carácter indiciario todos los elementos concurrentes que existieren, junto con los ya expresados por el TJUE en el asunto Schlecker de 2013³⁸, relativos fundamentalmente al lugar donde el trabajador esté afiliado a la Seguridad Social o el país donde paga sus impuestos. Ciertamente, se trata de un criterio poco querido por el jurista continental, ya sea por la enorme inseguridad jurídica a la que su empleo aboca³⁹, ya sea por el hecho de que, como es obvio, este criterio no origina –necesariamente– la aplicación del ordenamiento más favorable al trabajador. Si bien ello es así, quizá esa misma incertidumbre puede servir para contener alguna que

ello, como sugirió la Abogado General en los puntos 93 a 96 de sus conclusiones, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector del transporte internacional, como el controvertido en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador. 49. En particular, dicho órgano debe determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo, debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones”.

³⁸ Sentencia del TJ (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-64/12, Schlecker [ECLI:EU:C:2013:551].

FOTINOPOULOU BASURKO, O: “Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas laborales* n° 123, 2014, pp. 79-108. Por su parte, y aunque supra no nos hayamos referido en ningún momento al empleo del art. 1.4 ET, a pesar de que su funcionalidad es parecida a la contenida en el art. 8.4 Roma I, considero necesario remitir al lector que quisiera profundizar sobre esta última disposición al trabajo del Prof. GARDEÑES SANTIAGO, M: “De nuevo sobre la aplicabilidad (o no) del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores” en FOTINOPOULOU BASURKO, O; MAGALLÓN ELOSEGUI, N (Dir) y GORROCHATAGUI POLO, M (Coord): *Derecho transnacional del trabajo, derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinaria*, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, pp. 113-148, por cuanto que es un trabajo que analiza de manera pormenorizada y, me atrevería a decir, que definitiva la cuestión de la aplicabilidad (o no) de dicha disposición estatutaria.

³⁹ Por ejemplo, CARRILLO POZO, L.F: “La cláusula de escape en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo”, *Aranzadi social* n° 8, vol. 6, 2013, p. 309 o CLERICI, R: “Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?” en VENTURINI, G y BARIATTI, S (Eds): *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, vol. 2, Milán, 2009, p. 215 y pp. 219-222.

otra práctica empresarial elusiva, puesto que no será sino hasta posteriori cuando se pueda eventualmente corregir la aplicación de un ordenamiento distinto al designado por cualquiera de las ficciones territoriales que se han empleado hasta la fecha (matrícula o el pabellón de aeronaves/buques) o de las ficciones de habitualidad sobre las que hemos dado cuenta (base operacional o por extensión el *port base*, así como los criterios organizativos empleados para generar la denominada como vinculación significativa anudada al criterio del *locus laboris*).

3. La extraterritorialidad presente en el ciberespacio

El problema principal que presenta la localización de los contratos de trabajo ejecutados en régimen de extraterritorialidad antes vistos, esto es, la ausencia de un lugar físico territorial de prestación de servicios se ha empleado como paradigma en el que reflejarse para resolver algunos de los supuestos de ejecución de servicios en el ciberespacio⁴⁰. Se habla o se hace referencia a supuestos tales como el *crowdworking*⁴¹, trabajadores del metaverso⁴² o incluso al caso de los teletrabajadores móviles y, entre ellos, particularmente de los nómadas digitales como ejemplos de estas nuevas formas de trabajo que ponen en jaque el principio de territorialidad del Derecho en general y, del Derecho del Trabajo en particular. Es probable que la incorporación de todas y cada una de esas manifestaciones bajo un mismo abrigo de extraterritorialidad, similar a los anteriormente señalados, se deba a una concepción que tuvo un cierto éxito en su momento, cuando se proclamó que el ciberespacio⁴³ era un ámbito completamente sustraído a la soberanía nacional, en el sentido de entender que se trataba de un lugar independiente con respecto a la legislación y jurisdicción estatales⁴⁴. Si bien ello es así, ha de decirse que este tipo de afirmaciones no se han materializado

⁴⁰ Vid. CHERRY, M.A: *Regulatory options for conflicts of law and jurisdictional issues in the on-demand economy*, ILO-International Labour organization, conditions of work and employment series N° 106, Ginebra, 2019.

⁴¹ Entendiendo por tal, de acuerdo con TATAY PUCHADES, C: “a aquellos trabajadores que realizan actividades de corta o muy corta duración para múltiples y cambiantes destinatarios a través de plataformas informáticas” en “El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales”, *e-RIPS. Revista internacional de la protección social*, n° extraordinario, 2022, p. 141.

⁴² Insisto en remitirme a NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo”, *loc. cit.* pp .17-53.

⁴³ Se ha definido el ciberespacio como “el espacio global en el entorno de la sociedad de la información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del internet de las cosas (IoT)”. Consecuentemente, el Derecho del ciberespacio son las normas que regulan dicho espacio, tanto nacionales como internacionales. Estamos, pues, dentro del espacio no físico donde se interconectan e interrelacionan las redes de comunicación e información que internet une. Internet es la red que crea y canaliza esa conexión. Los ordenadores (portátiles, de mesa, *smartphones*, etc.) son los aparatos físicos que permiten la misma. Ambos mundos se conectan en permanente evolución y transformación. Así se expresa ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I: “El Derecho del ciberespacio. Una aproximación”, *Revista de internet, Derecho y Política* n° 30, 2020, p. 2.

⁴⁴ BARLOW, J.P: *A declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, que ha sido re-impreso y se puede

en la práctica, no en vano se han producido intervenciones normativas del mundo real para tratar de regular el contexto digital, esto es, para aplicar los derechos estatales a este espacio virtual⁴⁵. De ahí que sea necesario corregir aquéllas narrativas iniciales en las que se señalaba que las actividades en internet acaecen en un lugar virtual sin fronteras y sea necesario, por tanto, determinar cómo conectar ese tipo de actividades o prestaciones de trabajo, en nuestro caso, con el territorio de un determinado país.

Realizada esta precisión básica, a continuación, voy a tratar de realizar algunas consideraciones distinguiendo entre aquellos supuestos en los que los trabajadores desarrollan su actividad en un espacio o espacios físico-territoriales múltiples de aquellos otros que ejecutan su actividad en el propio espacio virtual. Asimismo, voy a focalizar la atención sobre todos estos supuestos desde la perspectiva de la existencia en dichas relaciones laborales de algún elemento de extranjería, esto es, que la localización del trabajador, el de la empresa o, por ejemplo, el lugar de contratación se sitúe en distintos Estados o incluso en el espacio digital, etc.; algo que –desde luego– no sucede siempre. Así, por ejemplo, los teletrabajadores transfronterizos normalmente prestan servicios en una localización o localizaciones sometidas a la soberanía y jurisdicción de algún país o países, por cuanto que lo habitual será que presten servicios en tierra (desde un lugar o lugares diversos), si bien empleando como herramienta de trabajo principal diversos medios electrónicos e internet. Y en estos casos, conviene distinguir el supuesto de los teletrabajadores transfronterizos puros de otros móviles o, incluso, “altamente móviles” como se ha llegado a calificar a los nómadas digitales, cuya característica –la de estos últimos– es la de poder desarrollar su actividad a través de medios telemáticos desde cualquier lugar o lugares territoriales de manera sucesiva y a su elección, siempre que tengan

consultar en la revista *Duke Law & Technology Review* nº 18, 2019, pp. 5-9. De acceso online, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr> (última consulta el 31 de enero de 2023).

⁴⁵ En efecto, sin ánimo alguno de exhaustividad, podemos referirnos, para el caso de servicios a través de plataformas digitales, al Reglamento (UE) 2019/1150 de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y la nueva Directiva UE 2019/2161 de 27 de noviembre de 2019 de mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que ha modificado la Directiva 2005/29/UE, de prácticas desleales, la Directiva 2011/83/UE de derechos del consumidor y la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas. Para un análisis de estas normas que confieren una cierta protección a los consumidores y sobre los que cabría reflexionar desde nuestra perspectiva también en cuanto que sujetos contractualmente débiles, vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A: “Plataformas digitales y actividades transfronterizas” y ESTEBAN DE LA ROSA, F: “La economía colaborativa y las nuevas iniciativas europeas en el ámbito de la contratación a través de plataformas digitales de intermediación: la transformación del modelo de protección internacional de la parte débil” en JIMÉNEZ BLANCO, P y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A: *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 279-411 y 412-457 respectivamente. Asimismo, es más que obligado referirse al Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que también contiene normas de alcance extraterritorial. A estos efectos, CHERRY, M.A y DE STEFANO, V: “Reflecting on the roundtable: Online worker’s rights and conflict of law” en PETRELLI, I (ed): *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales* Publications de l’Institut Suisse de droit comparé, Genève / Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2018, pp. 213-224

una buena conexión a internet⁴⁶. Por su parte, en el caso de los trabajadores *crowdworking*, esto es, de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales, debemos distinguir entre lo que la doctrina alemana define como trabajo *offline* o trabajo *online*⁴⁷, esto es, entre aquellos trabajadores que prestan su actividad en el mundo real, aunque estén sujetos a la *website* o la *app* correspondiente, como es el caso de Uber⁴⁸ o Grubhup (comida a domicilio), etc., de aquellos otros supuestos cuya actividad, de acuerdo con lo que señalan expertos en la materia, se desempeña enteramente online, como, por ejemplo, ocurre con Amazon’s Mechanical Turk (AMT⁴⁹). Finalmente, y de manera similar a estos últimos, se vaticina que existirán *metaworkers*, esto es, trabajadores que, a través de su avatar, presten servicios en y dentro del Metaverso, que no es sino una realidad

⁴⁶ En relación con la distinta tipología de teletrabajadores en función del elemento espacial, véase MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á: El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional... op. cit. pp. 34 y ss.

⁴⁷ Me remito a estos efectos al trabajo del prof. MARTINEZ GIRÓN, J: “La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español”, *Revista crítica de Relaciones de trabajo-Laborum* nº 1, 2021, pp. 181-193 y en concreto a las pp. 183-184, cuando a propósito del análisis que realiza en torno a una sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal alemán de trabajo de 1 de diciembre del año 2020, señala que la doctrina científica laboralista alemana venía sosteniendo tradicional y teóricamente la existencia de dos tipos distintos de trabajadores al servicio de plataformas digitales, según que el trabajo contratado y desarrollado por los mismos fuese, bien trabajo *offline* (como el de los “riders”, transportistas-repartidores de cosas, o el de los “drivers”, transportistas de personas, a desarrollarse en la realidad física), bien trabajo *online* (a desarrollarse, por el contrario, en la realidad virtual), reservando la palabra “crowdworker” para calificar este segundo tipo de trabajadores en línea. Pero esta proyección doctrinal no aparece confirmada por la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo, en la que se califica como “crowdworker” al trabajador de autos, a pesar de que el mismo realizaba su trabajo (que nada tenía que ver ni con el transporte de cosas o personas, ni tampoco con el reparto de mercancías) en plena realidad física e, incluso, al aire libre. Lo describe con claridad la Sentencia, al referirse al empresario demandado (luego recurrido en casación), en los siguientes términos literales: “La demandada es una de las denominadas “empresas de *crowdsourcing*”, que ofrece, entre otras cosas, el control de la presentación de productos de marca en el comercio minorista y en gasolineras. Opera una plataforma en línea, sobre la que desglosa los pedidos de sus clientes en un gran número de pequeños pedidos individuales (“microtrabajos”) para transmitirlos a los denominados “crowdworker”, que llevan a cabo los correspondientes controles, a cambio de una retribución”. Más adelante, la Sentencia aclara –sobre la base de que “dichos pedidos podían ser, por ejemplo, sacar una foto de un estante de productos o responder un par de preguntas en una valla publicitaria de una parada de autobús”– que el trabajador realizaba (“en una semana de cinco días”) una media de “12,5 pedidos al día”, lo que suponía una carga de trabajo muy inferior a la del prototípico “rider” español (según la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, antes citada, el “rider” de dicho caso venía a realizar, siempre sobre la base de una semana de trabajo de cinco días, una media diaria de alrededor de 30 repartos, también calificados como “recados, pedidos o microtarefas”), percibiendo una remuneración promedio anual (de casi 21.000 euros) significativamente superior a la que percibía el “rider” español (según la propia Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, la suma de lo por él percibido durante un año totalizaba “18.184,08 euros”).

⁴⁸ Me remito a ARROYO ABAD, C: “Las dificultades en la configuración de un régimen jurídico laboral en el marco de las plataformas digitales: el antecedente de los factores indiciarios de laboralidad en el transporte”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* nº 63, 2022.

⁴⁹ Realiza esta distinción, DE STEFANO, V: “The Rise of the Just-in-time workforce: On demand work, Crowd work and labour protection in the Gig Economy”, *Comparative Labor law and Policy Journal* vol. 37, nº 3, pp. 471 y ss.

alternativa ajena a la del mundo físico territorial que conocemos y en el que los usuarios (o eventuales trabajadores) se conectarán a través de gafas de realidad virtual y sensores para teletransportarse a un mundo completamente nuevo⁵⁰.

Tomando en consideración esta distinción general que parte, lo asumo, de mi más absoluta ignorancia sobre las tecnologías digitales y la IA en general, lo cierto es que, como señalo, los primeros –teletrabajadores– no desarrollarían su actividad en un mundo sustraído a la soberanía nacional. En efecto, en los supuestos de teletrabajo transnacional móvil, la prestación de servicios –a través de medios informáticos– se desenvuelve en diversos espacios territoriales de manera sucesiva; situación ésta que no es novedosa, dado que se acerca a la prestación de servicios de otros colectivos de trabajadores itinerantes y también de, manera singular, a los trabajadores del transporte internacional terrestre, como pudiera ser el transporte por carretera o por ferrocarril. Por su parte, los trabajadores de plataformas que prestan servicios enteramente en el mundo virtual, así como el trabajo prestado en y dentro del Metaverso, prestan o prestarán servicios en ese entorno digital virtual no territorial, por lo que cabe que éstos últimos sean asimilados a los trabajadores marítimos y/o aéreos, con la diferencia de que aquellos navegan “a bordo” de herramientas digitales, mientras que los segundos lo hacen a bordo de un buque o de una aeronave atravesando espacios sometidos o no a la soberanía o jurisdicción estatales.

Todas estas fórmulas no son sino consecuencia de las enormes facilidades que ofrecen las tecnologías de la información, cuyo impacto en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social es –de manera innegable– muy relevante⁵¹. Asimismo, son fenómenos que aceleran la creación y asentamiento de lo que se ha denominado como *global work-spaces*, resquebrajando los sistemas jurídico-laborales nacionales. Es más, incluso se ha considerado la necesidad de desarrollar un Derecho del Trabajo desterritorializado para estos supuestos, de acuerdo con el cual las soluciones territoriales vigentes no se adaptarían a estas realidades, siendo necesario –por tanto– localizar esas relaciones laborales en aquellos lugares donde se encuentren los beneficiarios últimos de los productos y servicios que los trabajadores presten⁵². Pues bien, sin perjuicio de resultar algo provocativa en este estadio del discurso, he de confesar que ninguna de estas afirmaciones me resulta novedosa, seguramente porque quienes nos dedicamos al sector marítimo, conocemos desde antiguo no sólo la existencia de una fuerza de trabajo global, sino también la

⁵⁰ Me remito a estos efectos a NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo”, *loc. cit.* pp .17-53.

⁵¹ Como bien lo atestiguan los innumerables trabajos que se ocupan de esta materia. Me remito, entre otros y en la literatura jurídico-laboral española a los trabajos realizados por MERCADER UGUINA, J.R: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, así como también del mismo autor, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. También, vid. los trabajos de la profesora RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L: *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo, Albacete, 2020, así como, de la misma autora: *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

⁵² Así lo señalaba MUNDLAK, G: “Deterritorializing labor law”, *Journal of Law and Ethics in Human Rights*, vol 3, nº 2, pp. 189-222.

búsqueda de soluciones conflictuales que impidan conectar los contratos de trabajo con ordenamientos jurídicos alejados de la realidad económica que las suscita, intentando a través de diversas vías establecer un verdadero *genuine link*.

Dicho esto, conviene adentrarse –a grandes rasgos– en el sistema actualmente vigente contenido en el Reglamento Roma I en relación con su aplicabilidad a las relaciones jurídicas antes mencionadas. Y para ello, se va a partir de considerar que, en los casos anotados existe relación de laboralidad (lo que dependerá de la calificación que a tal efecto realice el juzgador en función de la *lex fori*⁵³) y que, por lo tanto, es de aplicación lo dispuesto en el art 8 Roma I. Como se ha avanzado, el art. 8 Roma I parte (en defecto de *electio iuris*) de priorizar la aplicación del criterio del *locus laboris*, esto es, de desempeño de la actividad en un determinado territorio físico, ya sea en el que y/o desde el cual se presten servicios. Así, resulta obvio que este criterio se adapta muy difícilmente a los supuestos en los que el lugar de prestación de servicios se desenvuelve completamente en el mundo virtual, en tanto que no es factible identificar un lugar de ejecución territorial de la actividad. Asimismo, se trata de un criterio que se adapta con enormes dificultades a los supuestos en los que si bien es factible localizar un territorio físico, éste es cambiante o muy cambiante, como acaece –por ejemplo– en el caso de los teletrabajadores transfronterizos móviles en cualquiera de sus variantes⁵⁴ y, en concreto, en el caso del nómada digital (también

⁵³ En caso de considerar inexistencia de relación laboral, entonces sería necesario acudir a las reglas conflictuales generales contenidas en Roma I que establecen que, en defecto de elección, se habrá de aplicar la ley del país donde la parte que deba realizar la prestación característica del contrato tenga su residencia habitual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1.b) Roma I, así como de los vínculos más estrechos cuando no sea posible determinar aquélla.

⁵⁴ Realizo la precisión en torno a los teletrabajadores móviles, por cuanto que los teletrabajadores internacionales puros no plantean mayores dificultades a la hora de aplicar el criterio del *locus laboris*, salvo que el contrato de trabajo se encuentre mejor vinculado con otro ordenamiento jurídico, en cuyo caso sería de aplicación la ley designada mediante la aplicación del art. 8.4 Roma I. Me remito para una clasificación sobre los teletrabajadores al informe de la OIT: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo: Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio, Ginebra, 22 de julio de 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_758333.pdf (último acceso el 31 de enero de 2023). Por lo que respecta a la movilidad de esta tipología de trabajadores, este informe refiere cuanto sigue: “Los trabajadores a distancia o los teletrabajadores podrían desempeñar su trabajo desde una o múltiples ubicaciones alternativas. Por ello, es necesario identificar la movilidad de dichos trabajadores a fin de distinguir entre los teletrabajadores que trabajan frecuentemente en varios lugares diferentes (trabajadores con alta movilidad) y aquellos que trabajan en un número de lugares más limitado y con menor frecuencia (trabajadores con baja movilidad) (Eurofound y OIT 2019, pág. 7). Desde el punto de vista operativo, dicha delimitación podría determinarse estableciendo una distinción entre los trabajadores que hayan desempeñado trabajo a distancia o teletrabajo al menos dos veces por semana en dos ubicaciones diferentes en las últimas cuatro semanas (trabajadores con alta movilidad) y los trabajadores que hayan desempeñado trabajo a distancia o teletrabajo con menor frecuencia, pero al menos una vez en las últimas cuatro semanas (trabajadores con baja movilidad)”. Adviértase que esta suerte de movilidad no es indicativa de la existencia de una relación laboral plurilocalizada, por cuanto que los teletrabajadores o trabajadores a distancia considerados altamente móviles no tienen por qué tener conexiones con más de un ordenamiento jurídico. Asimismo, pueden acceder a otras clasificaciones de teletrabajadores como, por ejemplo, la realizada por MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 34-41.

denominados *workation* o *teleworkation*⁵⁵), por cuanto que su actividad se caracteriza por la prestación de servicios en continua itinerancia, a través de medios telemáticos, viajando de un país a otro en el que (o en los que) residen temporalmente. Así, desde el punto de vista del trabajador, el modo de ejecución de la actividad en estos casos se distinguiría de las situaciones de movilidad típica consistentes en un desplazamiento temporal a otro país; del supuesto de expatriación por una duración determinada, así como del supuesto de los trabajadores migrantes, no en vano el entorno físico de desempeño del trabajo es esencialmente cambiante (residencia principal y/o secundaria, un hotel, un domicilio, un cibercafé, un avión, un tren, un buque con acceso a internet, etc..).

Por estas razones, desde aquí se rechazan las propuestas dirigidas a sostener la creación de un *locus* virtual de ejecución de servicios, por cuanto que ello nos llevaría a emplear como *locus* virtual, ya sea, por ejemplo, la IP del ordenador, la localización de la *website* o el de la plataforma digital; lo que en términos generales originaría la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el domicilio y/o residencia del trabajador o, en su caso, con algún otro lugar elegido por la empresa, pero en todo caso localizaciones no necesariamente vinculadas con la relación laboral. En esencia, entiendo que la ubicación geográfica del ordenador desde el que se realizan las funciones pierde todo su significado en este contexto, ante la inexistencia de una relación de proximidad entre el lugar de realización del trabajo y los resultados de la actividad desarrollada⁵⁶. Ciertamente,

⁵⁵ En este sentido, vid. el excelente trabajo de CARRASCOSA BERMEJO, D: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, *Adapt-Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo* vol. 10, nº 2, 2022, pp, 2017-249, quien distingue entre el Teletrabajo puro; el Teletrabajo híbrido; el *Teleworkation* o *south working* internacional y el Teletrabajo pandémico.

⁵⁶ A diferencia de lo sostenido supra, hay quien sostiene que este tipo de servicios no originan demasiados problemas desde la perspectiva del DIP, por cuanto que siempre existe un lugar en el que los trabajadores prestan servicios habituales, aun cuando dicho resultado podría corregirse a través de la aplicación de una ley de policía a favor del teletrabajador, prevista por la ley del Estado de establecimiento a través del cual se le contrató. Así se expresa ESPINIELLA MENÉNDEZ, A: La relación laboral... op. cit. pp. 154-156 y en concreto en p. 155. Asimismo, este autor hace mención a la ausencia de una autorización para prestar servicios en España en el caso de que no se presten servicios en un centro de trabajo del empleador en España. A estos efectos, el pasado día 22 de diciembre de 2022, en España se adoptó la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes en el BOE, más conocida como Ley de *Startups*. La norma tiene como finalidad establecer un marco normativo específico para apoyar la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España, dirigido a fomentar la relocalización de estas en España, atraer talento y capital internacional, así como para estimular la inversión pública y privada en ellas, entre otros objetivos. En este contexto general, la norma incorpora un Capítulo V bis relativo a los teletrabajadores de carácter internacional, donde no se establece regulación alguna en relación con la materia que tratamos, dado que se dirige a regular la residencia por teletrabajo de carácter internacional de los nacionales de terceros Estados, que estarán autorizados a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, señalando que en el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20% del total de su actividad profesional. Asimismo, se establecen los requisitos que se deben cumplir para obtener los visados (para extranjeros que se propongan residir en territorio español con el fin de teletrabajar para una empresa no ubicada en España durante un máximo de un año) y las autorizaciones de residencia (para extranjeros en España de forma regular o que hayan accedido median-

también se ha considerado la posibilidad de aplicar este criterio en el sentido del criterio de la *lex loci laboris* en su versión de vinculación significativa a la que hacía alusión el TJUE en el contexto de los trabajadores del transporte. Como se sabe, el TJUE opta por la aplicabilidad de este criterio tras la realización de un análisis global de los elementos fácticos del litigio con la finalidad de determinar el país con el que el trabajador presente una vinculación significativa, tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Esta solución se extrae, como se ha avanzado, de los litigios vinculados al *forum* relacionados con supuestos en los que se producía un verdadero desplazamiento temporal cuando la Directiva específica de desplazamiento no existía y ha servido, en su evolución jurisprudencial, para tratar de aplicar la Directiva de desplazamiento al marco de las relaciones laborales plurilocalizadas en los distintos sectores del transporte terrestre (por carretera y/o por ferrocarril), si bien con efectos bien distintos entre ambos⁵⁷. Pues bien, tal y como he referido con anterioridad, tampoco considero que el recurso a la vinculación significativa o sustancial creada a propósito de los supuestos más complejos de movilidad internacional, esto es, de aquellos que se ejecutan en espacios sustraídos a la soberanía nacional y/o vinculados a una itinerancia estricta deba ser el paradigma para resolver este tipo de supuestos, no en vano conducen a una ficción de habitualidad bajo una serie de elementos organizativo-empresariales que también pueden moldearse por la parte contractualmente fuerte, por no insistir que esos mismos elementos son difícilmente distinguibles del criterio de los vínculos más estrechos.

Por su parte, esta visión general debe ponerse en conexión, a su vez, sobre la interrogante acerca de la existencia de desplazamientos temporales de trabajadores en el sentido de la Directiva 96/71/CE en estos contextos; cuestión ésta que hasta la fecha, se ha planteado para el supuesto de teletrabajo transfronterizo móvil, no en vano existen legislaciones como la belga que así lo afirman⁵⁸. En estos casos en concreto, coincido con aquellas opiniones que descartan en principio dicha posibilidad, por ejemplo, en los supuestos de teletrabajo desde casa, desde un lugar de estancia temporal o desde la nube, entre otras cosas porque no hay un “cliente” como tal en el Estado miembro desde el cual

te el visado y quieran residir y teletrabajar para una empresa localizada en el extranjero, con una vigencia máxima de tres años prorrogable por períodos de dos años siempre y cuando se mantengan las condiciones). Como es visible, España ha aprovechado la Ley de *Startups* para tratar de flexibilizar el sistema migratorio a través de la concesión de visas, tal y como sugieren HOOPER, K y BENTON, M: *The future of Remote Work. Digital Nomads and the Implication for Immigration Systems*, MPI-Migration Policy Institución, 2022.

⁵⁷ En efecto, si ponemos como ejemplo el supuesto de los “nómadas digitales”, esto es, de aquellos que prestan servicios itinerantes, viajando de un país a otro en el que residen temporalmente, la problemática de la eventual localización del contrato de trabajo con un determinado territorio es parecida a la de los trabajadores itinerantes terrestres, con la diferencia –eso sí– de que el medio en el que aquéllos prestan servicios es internet y no –en el caso de los trabajadores del transporte terrestre– de un bien mueble que atraviesa diversos espacios sometidos o no a las soberanías estatales. En otras palabras, son trabajadores que prestan servicios a través de herramientas digitales, pero que lo hacen de manera sucesiva en diversos territorios y, además, a su elección.

⁵⁸ En este sentido, se expresa VERSCHUEREN, H, en la ponencia que dictó en Madrid el pasado día 21 de octubre de 2022, organizado por el Seminario MoveS en España bajo la dirección de la Dra. Carrascosa Bermejo.

y/o a partir del cual se prestan servicios⁵⁹. Asimismo, soy contraria a considerar que los nómadas digitales puedan ser caracterizados como tales, no en vano realizan su actividad en remoto y desde cualquier lugar o lugares indistintamente y, además, por su propia voluntad. Si bien ello es así, se ha planteado la duda de si podemos encontrarnos ante un teletrabajador desplazado físicamente a otro Estado miembro para prestar servicios a un cliente situado en otro Estado miembro (que sería, ¿el de acogida?). Esta interrogante devuelve el problema a la cuestión básica de determinar si realmente existe un *locus* habitual de prestación de servicios en estos supuestos, así como de si realmente cabe –de acuerdo con la interpretación efectuada por el TJUE– determinar una vinculación significativa entre el contrato de trabajo con el Estado al que eventualmente el teletrabajador se desplace, en el sentido de localizar un “centro efectivo de actividades profesionales”. Pues bien, incluso si partimos de admitir sin reparos la aplicación del vínculo significativo, no debemos perder de vista que el TJUE ha descartado su existencia –de acuerdo con la solución dada en el caso *Dobersberger* de 2019–, “en el caso de prestaciones de carácter muy limitado en el territorio al que son enviados los trabajadores concernidos”, lo cual suele acontecer en algunos supuestos de esta naturaleza. Asimismo, la búsqueda del citado centro efectivo de actividades profesionales (oficina o similar) desde la cual el trabajador cumple con la mayor parte de sus obligaciones no parece una tarea sencilla, no en vano el teletrabajador transnacional móvil se caracteriza por cambiar el país de domicilio de manera sucesiva. Cuestión distinta sería –en su caso– la de crear una norma *ad hoc* similar a la que ya existe para el transporte por carretera, basada en dicha construcción jurisprudencial y alejada –hay que insistir en ello– de la noción genuina de trabajador desplazado. En este sentido, he de confesar que, aunque ello pudiera ser factible, no soy muy partidaria de crear más normas y mucho menos de atomizar las soluciones para supuestos que guardan bastantes similitudes entre sí⁶⁰.

Si consideramos imposible o enormemente dificultoso aplicar el art. 8.2 Roma I o, en su caso, la Directiva 96/71/CE a los supuestos anotados, entonces cabe recurrir al criterio contenido en el apartado 3º de la misma norma, esto es, acudir a la *lex loci celebrationis* para resolver el problema de la determinación de la ley aplicable. De hecho, y como se ha avanzado, ésta es una solución que se considera propicia e incluso prioritaria para estos casos actividades desmaterializadas y, en concreto, para el supuesto de los nómadas digitales al no ser posible designar un lugar habitual de prestación de servicios⁶¹.

⁵⁹ *Ibidem*. Del mismo autor, si bien desde la perspectiva de la Seguridad social, vid. “The application of the conflict rules of the European Social security coordination to telework during and after the Covid-19 pandemic”, *European Journal of Social Security* vol. 24, issue 2, 2022, pp. 79-94.

⁶⁰ Comparto así la opinión de MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A: “El teletrabajo y el Derecho internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional” en MARÍN ALONSO, I e IGARTUA MIRÓ, M.T (Dir.): *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, editorial Laborum, Murcia, pp. 273-276.

⁶¹ Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, *Adapt-Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo* vol. 10, nº 2, 2022, pp. 2017-249. En este sentido, la autora aboga por una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* que conduciría a aplicar la ley del lugar donde se ubica la empresa y no la del lugar donde el teletrabajador teclea su portátil.

En este sentido, he de señalar que entiendo perfectamente las razones por las que existe la inclinación de optar por esta solución, dado que de lo que se trata es de conectar la actividad del trabajador con el lugar o país donde se encuentre el establecimiento del empleador, que será quien reciba los frutos del trabajo realizado por esta categoría de trabajadores. Si bien ello es así, lo cierto es que este criterio, tal y como fue interpretado en Voogsgeerd no desemboca –por sí sólo– en aquel resultado, puesto que sería necesario acumular otros parámetros o elementos concurrentes que, según el TJUE, se encuentran vinculados al criterio de substancialidad del *locus laboris*. En consecuencia, y aunque comprendo aquellas posiciones tendentes a vincular el contrato de trabajo con el lugar de concentración de los intereses de la empresa por ser, en determinadas circunstancias, más protector, entiendo que para su aplicación debería operarse un cambio de criterio por parte del TJUE que modificara la interpretación jerárquica delimitada por las sentencias Koelzsch-Voogsgeerd, por una parte y que, a su vez, interpretara de manera más amplia el criterio de la *lex loci celebrationis* efectuada en Voogsgeerd.

Por ende, entiendo que la única solución posible en estos momentos es la de entender aplicable el art. 8.4 Roma relativo al criterio de los vínculos más estrechos en los supuestos que acabamos de anotar. Y en este sentido, me alinee con todos aquellos y aquellas que consideran que, a pesar de sus imperfecciones, la aplicación de esta disposición se erige como la más eficaz a la luz de la pérdida de significado que en estos supuestos puede tener la localización física del lugar a partir del cual el trabajador efectúa sus actividades y de los vínculos sustanciales con el país del domicilio o del establecimiento principal de la empresa⁶².

Conexión que debería ser sometida a ciertas cautelas para evitar el dumping social, exigiendo a la empresa la realización de una actividad sustancial en el Estado de establecimiento. En todo caso, debe aclararse que la autora –auténtica especialista y experta en la materia– defiende dicha postura en relación con la seguridad social aplicable, cuyos principios y finalidades a efectos conflictuales divergen del ámbito de la ley aplicable al contrato de trabajo. Asimismo, ya desde la perspectiva de la ley aplicable, SELMA PENALVA, A: *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2020, p. 54, si bien señalando que la ley de establecimiento del empleador puede considerarse como una ley más estrechamente vinculada.

⁶² ROBIN-OLIVIER, S: “La mobilité internationale des salariés”, *Droit Social* 2005 ; CESARO, J.F: “La sécurité juridique et l’identification de la loi applicable”, *Droit social*, 2006, p. 734 u ORLANDINI, G: “Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità”, *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, 137/2012, p. 21.

En nuestra doctrina, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A: “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional” en SALA FRANCO, T (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 117-118. Esta misma solución, por su parte, era la que se barajaba en el marco de la conversión del CR en Roma I, si bien se decía que “según algunas opiniones, convendría aquí precisar el concepto de vínculos más estrechos para aludir expresamente a la situación del teletrabajo transnacional”. Vid. apartado 3.2.10 del *Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización* [Documento COM 2002/0654 final].

4. La extraterritorialidad no tan futura ante los deseos de “colonización” y de “explotación” de espacios no sometidos a las soberanías estatales: el trabajo prestado en ciudades flotantes y en el espacio ultraterrestre

Si la extraterritorialidad en la “cuarta o quinta dimensión” provoca profundos debates sobre cómo abordar la regulación de estos fenómenos, no podemos perder de vista que la revolución tecnológica aplicada a las infraestructuras nos va a llevar, ya no sólo a prestar servicios en dimensiones y/o espacios sustraídos a la soberanía nacional de manera esporádica o intermitente, sino incluso a trabajar y vivir permanentemente en ellos. Así, aun cuando pudiera parecer una película de ciencia ficción, las ciudades flotantes son ya una realidad proyectada y en fase de ejecución⁶³. Asimismo, los intentos –todavía frustrados– de volver a pisar la Luna y/o de colonizar Marte no parecen estar tan lejos como pudiera parecer, si nos atenemos a la carrera iniciada por algunos países por regular la explotación del subsuelo en dichos espacios⁶⁴. Tomando en consideración estas realidades, en fase prospectiva por el momento, cabe debatir –al menos hipotéticamente– cuál debería ser la solución conflictual que se deba aplicar a las prestaciones de servicios jurídico-laborales que se entablen en dichos lugares o espacios. Para ello debemos partir de una idea principal, ya que estas realidades futuras nacen con el firme propósito de colonizar nuevos espacios con una clara y evidente finalidad económica en el caso del espacio ultraterrestre (denominado como *New Space Economy*⁶⁵) o como respuesta alternativa al incremento de los niveles del mar ante al calentamiento global (ciudades flotantes⁶⁶); pero en todo caso con un objetivo común, que no es otro que el de propiciar que en dichos espacios “no territoriales” se pueda residir, vivir y prestar servicios con carácter permanente⁶⁷. Si ello es así, entonces la aplicación del criterio de

⁶³ Hay varios proyectos y realidades en tal sentido que impulsa la empresa Oceanix, como el proyectado en Corea del Sur, en la ciudad de Busan como un ecosistema creado por el hombre bajo el influjo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, canalizando los flujos de energía, agua, alimentos y desechos para crear el modelo de una ciudad marítima modular y completamente funcional. Vid. <https://oceanix.com/>. Hay proyectos similares, como el Maldives Floating City (MFC), encabezada por la empresa holandesa Duck Docklands, cuya construcción se empezó en 2022 y la idea es que, en menos de cinco años, finalicen todas las obras y llegue a albergar a 20.000 personas. Vid. <https://maldivesfloatingcity.com/>

⁶⁴ En efecto, la carrera espacial no se mide, como pudiera parecer, en determinar qué país y/o empresa va a ser capaz de volver a pisar la luna (programa *Artemisa Moon*) o si no habrá discriminaciones raciales y/o por razón de sexo entre los y las astronautas seleccionados para ello como logro del siglo XXI, sino que lo que se pretende es que estos pasos sirvan como prolegómenos para lograr el objetivo a largo plazo para establecer una presencia sostenible en la Luna y en órbita lunar y sentar las bases para que las empresas privadas afiancen una economía lunar y, finalmente, enviar humanos a Marte, a partir de 2033.

⁶⁵ WEINZIERL, M: “Space, the Final Economic Frontier”, *Journal of Economic Perspectives*, 32 (2), 2018, pp. 173-192.

⁶⁶ YEH, N; YEH, P y CHANG Y-H: “Artificial floating islands for environmental improvement”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* Vo. 47, 2015, pp. 616-622.

⁶⁷ Me remito al trabajo de BINDER, M: “Taking to the sea: The modern seasteading movement in the context of other historical intentional communities”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 23, nº 2, 2016, pp. 765-794, en el que la autora realiza un estudio, a propósito de las iniciativas dirigidas a crear ciudades flotantes, sobre otra tipología de iniciativas orientadas a lograr comunidades intencionales o sociedades idea-

la *lex loci laboris* desde la perspectiva del elemento de habitualidad no debería causar –en principio– mayores problemas, por cuanto que sería posible localizar un lugar donde con carácter habitual se presten servicios. El problema o dificultad principal, por tanto, se encuentra en la vertiente territorial de la noción de *lex loci laboris*, lo que conecta la cuestión con la definición jurídica de esos espacios y/o de la naturaleza jurídica de las infraestructuras sobre las cuales se asiente la humanidad desde el punto de vista del Derecho Internacional público aplicable en cada caso.

4.1. *El trabajo prestado en ciudades flotantes*

La idea de construir ciudades flotantes no es especialmente novedosa, dado que, a lo largo de la historia, el ser humano ha ido ganando terreno al mar con distintas finalidades. Asimismo, conocemos residencias y domicilios flotantes en diversos países como alternativa habitacional a los enormes costes que supone adquirir una propiedad en determinadas ciudades del mundo. Piénsese, por ejemplo, en Ámsterdam o en Holanda en general, donde basta recorrer algunos de sus canales para reconocer este tipo de residencias flotantes. Ahora bien, cuando hacemos referencia a la construcción de ciudades flotantes, nos estamos refiriendo a un fenómeno que tiene como objetivo crear “naciones independientes” lejos de la costa en forma de “islas artificiales⁶⁸”, proyectadas para tratar de responder –entre otros– al cambio climático y al incremento de los niveles del mar ante el calentamiento global, cuya consecución a la vista de la evolución tecnológica no está lejos de convertirse en realidad⁶⁹. Así, se han definido estas estructuras como “una isla fabricada, construida con tierra y roca dragada del fondo del mar, o de acero como el común de las plataformas petrolíferas en alta mar. Es un objeto no formado naturalmente, adherido permanentemente al lecho marino y completamente rodeado de agua con su superficie sobre el agua en todo momento⁷⁰”. Asimismo, se definen como “un conjunto de flotadores conectados, amarrados a los fondos marinos, cuya parte superior puede utilizarse para actividades similares a las que se realizan en tierra. La isla flotante se puede amarrar lejos de la costa o conectarse a ésta como una extensión urbana⁷¹”.

les. En un sentido parecido, RANGANATHAN, S: “Seasteads, land-grabs and international law”, *Leiden Journal of International Law* nº 32, 2019, pp. 205-214.

⁶⁸ También existe algún que otro Proyecto para construir un mega buque “de la libertad” (*Freedom ship megaship*) capaz de albergar a más de 100.000 pasajeros, 40.000 residentes; 20.000 miembros de la dotación; 30.000 visitantes diarios y 10.000 turistas que pueden alojarse en hoteles construidos a bordo. Esto es, no se trataría de un buque crucero al uso, sino el de una verdadera comunidad flotante en continuo movimiento. Véase la página web: <http://freedomship.com/>

⁶⁹ A diferencia de algunos intentos similares que fracasaron en el siglo pasado. Vid. en este sentido, WALKER, C.W: “Jurisdictional problems created by artificial islands”, *San Diego Law Review* vol. 10, nº 3, 1973, pp. 638-663.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 638.

⁷¹ MAARTEN M.B.; FLIKKEMA, M.M.B; FEN-YU (V.) LIN; VAN DER PLANK, P.P.J.; KONING, J. y WAALS, O: “Legal Issues for Artificial floating Islands”, *Frontiers in Marine Science* vol. 8, 2021.

Ahora bien, a pesar de que se hayan realizado intentos para definir estas realidades, uno de los principales problemas que presentan estas infraestructuras es el de su naturaleza jurídica⁷², así como la distinta consideración que esta tipología de artefactos reciben en los distintos Derechos internos⁷³; no en vano en el Derecho internacional del mar no existe una definición de ciudades flotantes desde el punto de vista jurídico⁷⁴. Así, en función de las características y de la finalidad de este tipo de construcciones, éstas podrán ser identificadas como una “isla artificial”, una “instalación” o una “estructura”⁷⁵, un “puerto”⁷⁶ o “un buque” a los efectos del CMB 1982. Es cierto que lo habitual

⁷² En efecto, lo cierto es que las actividades *offshore* presentan enormes problemas en el plano jurídico, como queda patente de la lectura del trabajo de ROS, N: “L’Union européenne et l’encadrement juridique des activités offshore”, *Revue de Droit de l’Union européenne* n° 4, 2018, pp. 233-262.

⁷³ Por ejemplo, en el Derecho interno español, no es igual la caracterización que reciben las plataformas *offshore* móviles con respecto a las plataformas fijas al subsuelo marino, donde las primeras son calificadas como buques a los efectos de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (LNM 2014) (BOE n° 180, de 25 de julio de 2014), mientras que las plataformas fijas quedarían excluidas de tal consideración. La exposición de motivos de la norma referenciada reza del siguiente modo: “El título II comienza la regulación del estatuto jurídico del buque definiéndolo como vehículo destinado a la navegación, que cubre también situaciones estáticas transitorias, como es el buque en construcción, fondeado, varado o en desguace. Esta noción excluye por tanto los artefactos navales –caracterizados por su permanencia a flote en un lugar o punto fijo de las aguas– y las plataformas fijas –toda estructura o instalación susceptible de realizar operaciones de explotación de los recursos naturales marítimos o de destinarse a otras actividades, emplazada sobre el lecho del mar, anclada o apoyada en él–. A la nota inherente de movilidad que caracteriza al buque se suma su capacidad para el transporte de personas o cosas a todos los fines. Con ello se prescinde de las distinciones de buque público o privado; civil o militar; mercante o de recreo, deportivo o científico. Cuando su tamaño sea menor de veinticuatro metros o carezca de cubierta corrida se calificará de “embarcación” y reglamentariamente podrán configurarse como “unidades menores” las más pequeñas. Los artefactos navales, caracterizados tanto por su flotabilidad como porque no están destinados a navegar, se diferencian de las obras o construcciones fijas que aun pudiendo sustentarse total o parcialmente mediante flotación, tienen la consideración de bienes inmuebles con arreglo al Código Civil (como es el caso de las llamadas islas artificiales, rígidamente unidas al lecho de las aguas, o de las instalaciones portuarias). El requisito adicional de los artefactos de aptitud para albergar personas o cosas deja fuera del concepto a las boyas, balizas y demás pequeños artificios flotantes, generalmente utilizados para la seguridad de la navegación o la señalización de la pesca. La característica de permanencia, propia de los artefactos, es precisamente el atributo que justifica un régimen sustantivo y registral no siempre coincidente con el de los buques”.

⁷⁴ KIETH, K.M: “Floating cities: A new challenge for transnational law”, *Marine Policy* vol. 1, issue 3, 1977, pp. 190-204. ZHOURIAN, M.A: “The Real Nature of Artificial Islands, Installation and Structures from Perspective of Law of the Sea”, *Asia-Pacific Journal of Law, Politics and Administration*, Vol. 2, No. 1 (2018), pp. 13-26.

⁷⁵ El art. 60 CMB 1982 regula las “islas artificiales, instalaciones o estructuras”, si bien no las define. En efecto se trata de una norma que, por una parte, señala que estas instalaciones no poseen la condición jurídica de islas y, por otra, atribuye al Estado ribereño “el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de estas infraestructuras” siempre que no interfieran en la utilización de las vías marítimas reconocidas que sean esenciales para la navegación internacional. Y esta misma lógica es la que se aplica, de acuerdo al art. 80 del mismo cuerpo normativo, a dichas instalaciones cuando se sitúen en la plataforma continental. La noción de Isla artificial se contrapone a la noción contenida en el art. 121 del CMB 1982 que define isla como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”.

⁷⁶ Existe un consenso amplio por entender que este tipo de instalaciones no se consideran construcciones portuarias a la luz de lo dispuesto en el art. 11 CMB 1982, que dispone que: “Para los efectos de la delimitación

hasta la fecha ha sido que estas infraestructuras reciban la calificación de “plataformas o multi-plataformas *offshore*”, aunque ello tampoco elimina las dificultades en torno a su naturaleza, puesto que tampoco existe una noción de plataformas *offshore* separada de los conceptos anteriormente mencionados⁷⁷. En este contexto, hay quien plantea que las ciudades flotantes constituyen una nueva categoría alejada de las nociones antes aludidas⁷⁸, si bien la posición mayoritaria y menos radical es la de entender que es necesario diferenciar entre aquellas ciudades flotantes localizadas en plataformas *offshore* móviles de aquellas otras situadas en plataformas *offshore* fijas. Así, en el primero de los supuestos, las ciudades flotantes ubicadas en plataformas *offshore* móviles podrían ser calificadas como infraestructuras asimiladas a los buques y en el segundo (*offshore* fijas), o bien se consideran como “islas artificiales⁷⁹” o bien como “instalaciones o estructuras” a efectos del CMB 1982⁸⁰. Además de lo apuntado, otra de las cuestiones cruciales a dilucidar desde la perspectiva que aquí anotamos es determinar en qué espacio marítimo se sitúan dichas “plataformas”, ya sean móviles o fijas. Y es que, como es bien sabido, el Derecho del Mar distingue entre distintos espacios marítimos a los efectos de la determinación del ejercicio de la soberanía y/o jurisdicción de los Estados sobre aquéllos. Así, y aunque lo habitual es que este tipo de construcciones se proyecten para su localización en el mar territorial, en la ZEE (Zona económica exclusiva) o en la plataforma continental; no podemos descartar que en un futuro también puedan situarse en alta mar⁸¹, esto es, en un espacio sustraído a la soberanía nacional.

Pues bien, en este contexto general, es perfectamente factible que puedan surgir litigios laborales y de seguridad social vinculados a la ejecución extraterritorial de servicios en ciudades flotantes, cuya resolución puede ser algo compleja en algunos supuestos. A

tación del mar territorial, las construcciones portuarias permanentes más alejadas de la costa que formen parte integrante del sistema portuario se consideran parte de ésta. Las instalaciones costa afuera y las islas artificiales no se considerarán construcciones portuarias permanentes”.

⁷⁷ Las plataformas pueden tener un régimen jurídico diferenciado, en función de si están fijadas al fondo marino o, si, por el contrario, flotan y son móviles. Para una descripción de los distintos conceptos empleados en el Derecho del mar y la inserción de las ciudades flotantes en alguno/s de ellos, vid. LIN, F-Y; SPIJKERS, O y VAN DER PLANK, P: “Legal Framework for Sustainable Floating City Development: A Case Study of the Netherlands” en LUKASZ, P; LIM, S.G; WANG, C.M y DE GRAAF-VAN DINTHER, R: *WCFS2020: Proceedings of the Second World Conference on Floating Solutions*, Editorial Springer, Rotterdam, 2021, pp. 433-460, especialmente en pp. 439-446.

⁷⁸ En este sentido, SCHMIDTKE, R.C: “Artificial Islands of the Future: The Seasteading Movement and the International Legal Regimes Governing Seasteads in EEZs and on the High Seas”, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol. 21, no. 1, 2019, pp. 1-28, y, en concreto en pp. 14-15.

⁷⁹ FATEH, R.H: “Is Seasteading the High Seas a Legal Possibility: Filling the Gaps in International Sovereignty Law and the Law of Seas”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 46, nº 3, 2013, pp. 899-932 y, en particular, p. 909;

⁸⁰ Como, por ejemplo, RANGANATHAN. S: “Seasteads, land-grabs and...”, loc. cit. pp. 205-214.

⁸¹ De hecho, sobre las plataformas petrolíferas *offshore* nada se señalaba en el marco de los documentos elaborados durante el transcurso de la conversión del Convenio de Roma en Roma I, a diferencia de lo que en su momento sostuvo el Informe GIULIANO-LAGARDE (anejo al CR), que establecía que debería aplicarse la ley del país de la empresa que contrató al trabajador cuando éstas se sitúen en alta mar. Vid. versión inglesa [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=ES), p. 26

estos efectos, lo cierto es que para solventar estos problemas no partimos del más absoluto de los vacíos, dado que el TJUE ha tenido la ocasión de enfrentarse a esta tipología de controversias en varias ocasiones; litigios que se han circunscrito a supuestos de prestación de servicios a bordo de plataformas *offshore*, situadas en la plataforma continental adyacente a algún Estado de la UE. Éste fue el caso de la sentencia Weber de 2002⁸², que analizaba a propósito de un litigio derivado del contrato de trabajo plurilocalizado a bordo de este tipo de instalaciones (se trataba de una instalación *offshore* minera) el juez competente para su resolución. Y en este caso, el órgano jurisdiccional comunitario dejó meridianamente claro que el que un trabajador preste servicios en instalaciones –ya sean fijas o flotantes– situadas en la plataforma continental no excluye la aplicabilidad del criterio de la *lex loci laboris*⁸³, rechazando a su vez el que el pabellón o bandera que esas instalaciones exhiban sirva para determinar un *locus* de ejecución habitual. En efecto, en el caso Weber, el TJ declaró que el art. 5.1 del entonces vigente Convenio de Bruselas debía interpretarse en el sentido de que el lugar en el que se desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de esta disposición, es el lugar en el cual o desde el cual, habida cuenta de todas las circuns-

⁸² STJCE C-37/00, Weber, Rec. p. I-2013 [ECLI:EU:2002:122]. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993)– a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, y que asimismo comparto, GONZALEZ VEGA, J.A.: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>”, *La Ley-Unión Europea*, nº 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por MOREAU en *Droit Maritime Français* nº 628, 2002, pp. 632-648. También CHAUMETTE, P.: “Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur le Plateau continental de deux Etats membres de l’Union européenne”, *Neptunus e-review*, vol. 8/2, 2002, <http://www.droit.univ-nantes.fr/>. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del DºI.Pr. realizó ADRIÁN ARNÁIZ, A.J.: “Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto Weber)”, *Información Laboral* nº 4, 2002, pp. 5-22. Sobre la misma cuestión, vid. comentario de una experta en estas cuestiones, Zabalo Escudero, MªE: “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho comunitario europeo* nº 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, Górriz, C.: “Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

⁸³ Así queda señalado en el considerando 36 de la Sentencia Weber cuando señala que: “el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse como un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del art. 5.1 CB”.

tancias del caso de autos, cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones con respecto a su empresa. Y para llegar a tal conclusión, va a interpretar de manera combinada los arts. 2 y 5 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958 (del que los Países Bajos era parte⁸⁴) para concluir que “el Estado miembro que se beneficia de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidas sobre la parte de la plataforma continental que le es adyacente no puede sustraerse a la aplicación de las disposiciones de Derecho de la Unión dirigidas a garantizar la libre circulación de los trabajadores, que ejercen su actividad profesional en dichas instalaciones”; lo que en consecuencia le lleva a considerar a la plataforma continental adyacente a los Países Bajos como territorio de ese Estado miembro y que “el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse como un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del art. 5.1 CB⁸⁵”. Esta sentencia, pionera por lo que respecta a esta tipología de litigios, fue criticada por la doctrina *ius* internacional publicista, dado que basaba su resultado en una interpretación con un marcado enfoque territorialista, apartado de las normas de Derecho internacional público aplicables a estos espacios y con una visión trasnochada de aquéllos⁸⁶.

Sin perjuicio de ello, el TJUE ha continuado realizando una labor exegética dirigida a alcanzar un resultado similar al alcanzado en el caso Weber en supuestos en los que se debía interpretar el sistema conflictual contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social. En efecto, éste es el caso contemplado en la sentencia Salemink del año 2012⁸⁷, referido a un trabajador de una empresa neerlandesa, residente en España, que prestaba servicios en una plataforma de gas situada en la plataforma con-

⁸⁴ Y de la sentencia del caso Plataforma continental del Mar del Norte, donde la CIJ declara que tales derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental existen ipso facto y ab initio en virtud de la soberanía del Estado sobre ese territorio y como extensión de ésta, bajo la forma del ejercicio de derechos de soberanía para explorar el lecho marino y explotar sus recursos naturales. Sentencia de la CIJ de 20 de febrero de 1969, Plataforma continental del Mar del Norte, Rec. 1969, p. 3, apartado 19.

⁸⁵ Considerando 36 de la Sentencia Weber.

⁸⁶ GONZALEZ VEGA, J.A: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial...”, loc. cit. pp. 2 y ss. Para este autor, el Tribunal realiza “una interpretación poco ortodoxa de las normas del Derecho internacional público relativas al régimen jurídico de la plataforma continental” o “llama la atención la contención con la que el TJCE se ha aproximado al tema a la hora de interpretar el concepto de plataforma continental” o incluso critica al Tribunal el hecho de “emboscarse en ficciones caducas ya superadas por el Derecho internacional”.

⁸⁷ Sentencia de 17 de enero de 2012. Asunto C-347/10. ÊCLI:EU:C:2012:17]. Comentario realizado por CHAUMETTE, P: “Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du Plateau continental”, *Droit Social* n° 4, 2012, pp. 436-438. También, GONZÁLEZ VEGA, J: ¿A vueltas con la “obsesión por el territorio”? el TJUE, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012. A Salemink c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen. Asunto C-347/10), *Revista General de Derecho Europeo* n° 30, 2013. También RODRIGUEZ, L: “Sécurité sociale des travailleurs des installations off-shore”, *Europe* n° 3, p. 17 o RODRÍGUEZ MAGDALENO, R: “De nuevo sobre el ámbito de aplicación ¿territorial? Del Derecho de la Unión Europea y la plataforma continental: el asunto Salemink [C-347/10, Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 17 de enero de 2012], *Diario La ley* n° 7891, 2012, pp. 1-5.

tinental adyacente a los Países Bajos. En este supuesto, el Tribunal de Luxemburgo vino a declarar que un trabajo efectuado sobre las instalaciones fijas o flotantes situadas en la plataforma continental en el marco de las actividades de exploración y/o de explotación de recursos naturales, debe ser considerado, a los efectos de la aplicación del Derecho de la UE como realizado en el territorio de dicho Estado. Y ello sobre la base de entender que la plataforma continental es, funcional y limitadamente territorio de la UE. De este modo, el TJUE se va a apartar del enfoque territorialista de Weber para abrazar la teoría de la funcionalidad en este caso, lo que es más coherente jurídicamente y más cercano a la realidad de los intereses económicos estatales vinculados a la plataforma continental⁸⁸. Así, podemos decir que, de acuerdo a lo establecido en la doctrina Salemink, la aplicación del Derecho de la UE va a depender de si el Estado ribereño opera sobre la plataforma continental –a través de una instalación *offshore*– con la única finalidad de realizar una actividad de exploración y/o explotación para la cual sea necesario el concurso de trabajadores. Y, por el contrario, cuando sobre dicha plataforma se ejerza una actividad ajena a dicha explotación y/o explotación que no requiere actividad laboral alguna, no cabrá la extensión de territorialidad del Estado ribereño, sino sólo una facultad de consentimiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 60 del CMB.

Además del asunto mencionado, el TJUE se volvió a enfrentar a un supuesto similar a los anteriores en el caso Kik de 2015⁸⁹. En este caso, se trata de un litigio en materia de seguridad social que enfrenta al Sr. Kik con el Secretario de Estado de Hacienda holandés. El supuesto de hecho era a grandes rasgos el siguiente: nos encontramos ante un trabajador holandés y residente en Holanda, empleado en un buque instalador de tuberías que enarbolaba bandera panameña y que navegaba por aguas internacionales, trabajando sucesivamente en zonas de la plataforma continental y en la adyacente a países comunitarios. Debe señalarse, a su vez, que el empleador estaba establecido en los Países Bajos (en un primer momento), que modifica su establecimiento temporalmente a Suiza y retorna finalmente –de nuevo– a los Países Bajos, sin que ello supusiera una modificación de la residencia del Sr. Kik, ni tampoco alteración del pabellón del buque, que continuó siendo en todo momento el de Panamá. En este contexto general, lo que se debatía era si el Sr. Kik estaba o no obligado a cotizar a la seguridad social holandesa durante un determinado período de tiempo, cuando la empresa se establece en dicho país (entre 1 de junio de 24 de agosto de 2004); algo que el propio trabajador discutía porque durante dicho período había estado prestando servicios para una empresa establecida en Suiza.

⁸⁸ En este sentido, QUINDIMIL, J.A.: La plataforma continental como ámbito de aplicación del derecho de la unión europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 48, 2014, pp. 529-549 y, en particular, p. 545. En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo llega a resolver el litigio sin necesidad de acudir a la aplicación del criterio contenido en el art. 11.4 del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, relativo al criterio de la ley del pabellón [En este sentido, se pronuncia también el TJUE en la Sentencia de 29 de marzo de 2007, Asunto C-111/05, Aktiebolaget].

⁸⁹ Asunto C-266/13, L. *Kik vs. Staatssecretaris van Financiën* resuelta el 19 de marzo de 2015 (ECLI:EU:C:2015:188).

Para resolver la cuestión planteada, esto es, qué legislación es la aplicable a las obligaciones sociales derivadas del contrato de trabajo del Sr. Kik, el tribunal se va a plantear con carácter preliminar qué calificación debe darse a un buque instalador de tuberías en alta mar, esto es, si se trata de un buque o de una instalación en el sentido del art. 60 del CMB o no. En este marco, el TJUE va a sostener que el trabajo realizado a bordo de un buque colocador de tuberías cuando dicho buque se encuentra a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado miembro no puede asimilarse al trabajo efectuado en territorio de dicho Estado miembro. Esto es, va a considerar que en tanto que los cables y tuberías construidos o utilizados por el buque cuya naturaleza se cuestiona no tienen por objeto la exploración de la plataforma y/o la explotación de los recursos de ésta, no cabe aplicar la interpretación operada en *Salemink*⁹⁰, de ahí que acuda a la interpretación de la vinculación suficientemente estrecha de la relación laboral con el territorio de un Estado miembro a los efectos de la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a un buque registrado en un tercer Estado (Panamá) que navegue por aguas europeas, teoría ésta iniciada a propósito del caso *Aldewereld*⁹¹.

Como hemos tenido la ocasión de ver, el TJUE cuando se ha enfrentado a esta tipología de litigios, lo ha hecho sobre la base de los siguientes criterios: a) Con carácter general, en ninguno de los supuestos anotados el TJUE distingue entre si la plataforma *offshore*/instalación es móvil o fija. b) Por su parte, ha declarado que el Derecho de la UE es aplicable a estos supuestos, primero bajo una óptica territorialista (Weber) y, con posterioridad, bajo un enfoque funcionalista (*Salemink* y *Kik*); interpretando a estos efectos las disposiciones relativas a las instalaciones sobre la plataforma continental contenidas en los arts. 2 y 5 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 29 de abril de 1958 (Weber) y lo dispuesto en el art. 60 CMB 1982 [*Salemink* y en *Kik*⁹²]; c) A resultas de lo anterior, esto es, una vez determinada la aplicación del Derecho de la UE, el TJUE declara sin ambages la posibilidad de aplicar el criterio del *locus laboris* cuando la plataforma *offshore* –sea móvil o fija– se sitúa en la plataforma continental por cuanto que formaría parte del territorio del Estado ribereño (asunto Weber-competencia judicial); mientras que en el caso *Salemink* (seguridad social), el TJUE se va a centrar en interpretar el mismo criterio conflictual, si bien desde la perspectiva de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social. Así, va

⁹⁰ VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M: “Kick to kik. Trabajadores offshore desplazados y ley aplicable a la seguridad social internacional”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional privado* n° 1, 2015.

⁹¹ STJUE de 29 de junio de 1994, Asunto C-60/94, caso *Aldewereld* [ECLI:EU:1994:271]. En todo caso, y en relación con la ley aplicable en materia de seguridad social, me remito a los siguientes trabajos: MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a la afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; CARRASCOSA BERMEJO, M^aD: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004. Asimismo, remito a mayor abundamiento sobre las cuestiones ligadas a la seguridad social de los trabajadores del mar al trabajo de CARRIL VÁZQUEZ, X.M: *Una cuestión de Derechos humanos: la protección social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Cizur menor, Aranzadi, 2015.

⁹² En el primer caso para declarar su aplicabilidad y en el segundo para declarar que ello no así, al considerar que la prestación de servicios se realiza a bordo de un buque y no de una instalación

a considerar la aplicabilidad del art. 13.2.a) del Reglamento n° 1408/71 (Salemink) que dispone que la persona que ejerza su actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro⁹³.

Esta aproximación, como se ha visto, plantea algún que otro problema en relación con lo que disponen algunas legislaciones nacionales en materia de Derecho marítimo. Así, el hecho de no distinguir entre plataformas fijas o móviles se compe- dece mal con lo dispuesto, por ejemplo, en nuestra propia legislación interna que las distingue para asimilar las plataformas *offshore* móviles a los buques y, en el caso de las fijas con artefactos o islas artificiales, sin perjuicio de que ambas tengan en común el quedar sujetas a un régimen registral, aunque éste no sea plenamente coincidente con el de los buques⁹⁴. Por su parte, la interpretación realizada por el TJUE en relación con las plataformas *offshore* situadas en la plataforma continental basada en la teoría de la funcionalidad tiene un difícil encaje con los supuestos de prestación de servicios en las “ciudades flotantes”. Y ello así, porque con toda probabilidad, las actividades que allí puedan desarrollarse serán, de hecho, variadas o muy variadas o lo que es lo mismo no circunscritas a la explotación y/o exploración marina, como hoy día acaece con las plataformas petrolíferas *offshore*. En efecto, si asumimos la interpretación efectuada por el TJUE que, en esencia, tiene por objeto extender la soberanía estatal en función de la funcionalidad de la infraestructura de que se trate (y siempre que se sitúe en la plataforma continental), nos vamos a encontrar con soluciones divergentes para trabajadores que desarrollen distintas actividades a bordo de las plataformas que alberguen las futuras ciudades flotantes. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una ciudad flotante (anclada sobre una o varias plataformas *offshore*) situada en la plataforma continental. ¿Tendremos que aplicar la teoría de la funcionalidad y, por ende, aplicar el criterio de la *lex loci laboris* cuando la prestación de servicios de un trabajador esté ligado a la explotación y/o exploración marina en alguna o en algunas de esas plataformas *offshore* que sustentan la ciudad flotante?, por el contrario, cuando ello no sea así, ¿debemos aplicar la teoría de los vínculos más estrechos para determinar la legislación aplicable? Parece

⁹³ (Considerando 41). Pues bien, el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 dispone que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, “incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro”. Se infringiría esa disposición si el requisito de residencia, impuesto por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se ejerce la actividad por cuenta ajena para la admisión al régimen de seguro obligatorio establecido por dicha legislación, fuera oponible a las personas contempladas en dicho artículo 13, apartado 2, letra a). Por lo que respecta a estas personas, dicha disposición produce el efecto de sustituir el requisito de residencia por un requisito basado en el ejercicio de la actividad por cuenta ajena en el territorio del Estado miembro de que se trate (véase la sentencia Kits van Heijningen, antes citada, apartado 21). (Considerando 42): Por consiguiente, una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, con arreglo a la cual el trabajador que ejerce su actividad en una plataforma de extracción de gas situada sobre la plataforma continental adyacente a un Estado miembro debe cumplir el requisito de residencia para poder gozar de un seguro con carácter obligatorio en dicho Estado miembro, resulta contraria al artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71.

⁹⁴ Vid. supra nota a pie 73.

obvio, que esta solución generaría un régimen diferenciado para los y las trabajadoras que prestaran servicios en una ciudad flotante situada en dicho espacio marítimo y huelga decir que esta solución tendría escaso recorrido, por no decir que ninguno, en el supuesto de que una ciudad flotante se situara en el alta mar.

Ahora bien, quizá estos inconvenientes pudieran superarse si eliminamos de la ecuación el elemento de la funcionalidad que ha manejado el TJUE en los supuestos Salemink y Kik anteriormente vistos (ex art. 60 CMB) y retornamos a la óptica de la territorialidad sin ambages de Weber. De este modo, y sin perjuicio de ser conscientes del exceso de esta propuesta desde la perspectiva *ius* internacional publicista, lo cierto es que ésta permitiría que se resolvieran los litigios jurídico-laborales a bordo de las ciudades flotantes de manera homogénea e indistinta para todos/as los trabajadores/as que, en su caso, presten servicios en aquéllas. Así, cabría la aplicación del criterio de la *lex loci laboris* en el caso en el que las ciudades flotantes se situaran en plataformas *offshore* (ya sean móviles o fijas) en la plataforma continental y, para todo el resto de espacios marítimos sustraídos de la soberanía estatales, entendemos que debiera recurrirse a la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos en atención a la doctrina Kik (y su extrapolación al ámbito del contrato de trabajo); prescindiendo –en consecuencia– de la aplicación del criterio de la ley del pabellón en analogía con el criterio contenido en el art. 8.2 Roma I.

La segunda posibilidad partiría de la distinción *prima facie* entre plataforma *offshore* fija y móvil que de manera mayoritaria comparte la doctrina especializada. Así, en el supuesto de que se tratara de una ciudad flotante situada sobre una plataforma *offshore* móvil, la solución desde el punto de vista de la legislación aplicable sería la misma que se ha venido defendiendo para los supuestos de litigios plurilocalizados a bordo de buques⁹⁵. Ahora bien, debe decirse que esta solución también podría ser objeto de crítica, no en vano sería necesario prescindir y/o, adaptar el elemento finalista que emplean los instrumentos de Derecho del Mar y de Derecho marítimo con respecto a la naturaleza de los buques. En efecto, el rasgo esencial de su caracterización depende de su finalidad, que no es otra que la navegación y el transporte marítimo; lo que lo distancia del fenómeno de las ciudades flotantes. Por su parte, esta posibilidad implicaría que no se pudiera trasladar la interpretación realizada por el TJUE en torno a la aplicación de la *lex loci laboris* en la versión territorialista empleada en Weber; ni tampoco funcionalista en Salemink/Kik; siendo –en consecuencia– necesario acudir al criterio de la vinculación más estrecha para resolver los litigios jurídico-laborales con elemento de extranjería que en las ciudades flotantes pudieran producirse. Finalmente, esta solución dejaría fuera de su alcance, las controversias que pudieran suscitarse a bordo de una plataforma *offshore* fija para las cuales o bien se recurre –en coherencia– a la primera de las propuestas expuestas o bien recurrimos –simple y llanamente– a la utilización de criterios similares a la evolución interpretativa operada a propósito del trabajo de buques, esto es, aquella que atiende

⁹⁵ No sería tan sencilla la respuesta desde la perspectiva del derecho sustantivo aplicable. Los trabajadores que presten servicios en este tipo de ciudades flotantes, ¿podrían ser calificadas como gente de mar no marino?.

a la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos obviando la analogía entre *lex loci laboris*/pabellón. Y ello así, porque las plataformas *offshore* cuentan con un régimen registral, a pesar de que no sea coincidente con el de los buques.

Como es obvio, cualquiera de las posibilidades apuntadas exige que se produzcan ciertas modificaciones y/o adaptaciones de los instrumentos de Derecho del mar y del Derecho marítimo hoy en día aplicables. Esta visión reformadora es la que ha venido defendiendo el Prof. Chaumette durante los últimos años, quien ha abogado por *rendre la mer humaine*⁹⁶, esto es, por actualizar aquellas normas poniendo como eje central de sus preocupaciones al ser humano y no a los artefactos o instalaciones marítimas que de distinta índole existen; idea ésta que se hace más acuciante si cabe ante la posibilidad de que en un futuro se resida y se trabaje en ciudades flotantes.

4.2. ... Y, ¿cuándo trabajemos en el espacio ultraterrestre?

Es evidente que todavía estamos lejos o muy lejos de prestar servicios en el espacio ultraterrestre, a pesar del resurgimiento de la carrera espacial y/o de los deseos de algunas empresas por explotar el turismo espacial. Si bien ello es así, conviene poner de manifiesto que existen otro tipo de iniciativas de carácter normativo (veladas o mucho más desconocidas para el público en general) que regulan la explotación y extracción de minerales en los cuerpos celestes, esto es, se están dictando leyes nacionales que cabría calificar como “leyes mineras espaciales⁹⁷” que, en esencia permiten que las empresas puedan tener un control sobre los minerales que extraigan en la Luna u otros cuerpos celestes⁹⁸. Éste ha sido el caso de EE.UU (2015)⁹⁹, de Emiratos Árabes (2020¹⁰⁰) o de Japón (2021)¹⁰¹, que han adoptado leyes internas para que “sus empresas” tengan derecho a extraer recursos

⁹⁶ <https://humansea.univ-nantes.fr/en> y <https://humansea.hypotheses.org/>

⁹⁷ DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M: *Las Controvertidas cuestiones sobre la minería espacial. Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, editorial Kinnamon, Santa Cruz de Tenerife, 2020.

⁹⁸ Sobre la carrera espacial de algunos Estados y la necesidad de afrontar la generación de nuevos instrumentos jurídicos, PRADO ALEGRE, E: “Algunas consideraciones jurídicas para alcanzar un consenso en torno a la gobernanza de la luna y la utilización de sus recursos”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 21, 2021

⁹⁹ A principios de la década del 2010 se crearon, con inversiones millonarias, varias empresas estadounidenses como Planetary Resources y Deep Space Industries para el desarrollo de la minería de asteroides. Empresas que impulsaron, a su vez, el desarrollo de legislaciones nacionales que fomentaran y protegieran su actividad como el U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act (H.R. 2262) que reconoce, desde 2015, el derecho de sus ciudadanos para explotar comercialmente los recursos espaciales U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act (H.R. 2262) 2015. En: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text>

¹⁰⁰ Vid. el informe elaborado por SIMARRO TRANCÓN, L: *El mercado aeroespacial en Emiratos Árabes Unidos*, 2020, https://www.cdti.es/recursos/publicaciones/archivos/12033_76762021132457.pdf

¹⁰¹ <https://aviaciondigital.com/estados-unidos-luxemburgo-emiratos-y-japon-explotan-la-mineria-espacial/>. En el caso de Japón existen fuertes intereses, igual que China para gestionar la basura espacial [<https://www.xataka.com/espacio/japon-tambien-tiene-programa-espacial-su-objetivo-muy-distinto-al-resto-recooger-basura>]

minerales de los cuerpos celestes¹⁰². Asimismo, y ya en el ámbito de la UE, el Gran Ducado de Luxemburgo es pionero en tal sentido, dado que en 2017 aprobó una ley que garantiza a los operadores privados contar con los derechos a los recursos que extraigan en el espacio exterior¹⁰³ y que se enmarca en una estrategia global (denominada *spaceresources.lu*), cuya finalidad es ir implantando un marco legal y normativo para la exploración y uso comercial de los recursos espaciales¹⁰⁴. Lo apenas señalado significa que los Estados (o algunos de ellos) están dando pasos dirigidos a “colonizar” el espacio ultraterrestre, lo que supone que –al menos– como una hipótesis lejana o muy lejana, el ser humano acabe, al igual que en el caso anterior, residiendo y trabajando en algún tipo de artefacto en el espacio ultraterrestre. A pesar de que esta cuestión puede ser perfectamente calificada como un sinsentido en la actualidad, no debemos descartar que las ideas más descabelladas hoy, quizá lo sean menos en un horizonte a medio o largo plazo, por lo que cabe plantearse –al igual que en los casos anteriores– cuál sería la legislación aplicable a los eventuales contratos de trabajo que pudieran suscribirse para prestar servicios en el espacio ultraterrestre.

En este contexto, lo cierto es que los instrumentos de Derecho internacional público en vigor no contienen ninguna referencia específica sobre esta situación futurible, esto es, que lleguemos a contar con instalaciones o infraestructuras con cierta permanencia en el espacio ultraterrestre. No obstante, desde aquí predecimos que la solución que en un futuro se ofrezca no va a ser muy distinta a la actualmente se produce con los trabajadores que prestan servicios en el espacio marítimo y/o aeronáutico¹⁰⁵, salvo que realmente se opere un cambio normativo de enorme envergadura, de acuerdo con el cual se divida el espacio ultraterrestre en distintos espacios; alguno de los cuales pudiera someterse a la soberanía de algún Estado¹⁰⁶. La razón de recurrir a dicha asimilación se debe a que el art. VIII del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna u otros cuerpos celestes se establece “que el Estado parte en cuyo registro figure el objeto lanzado al espacio retendrá su jurisdicción y control sobre tal objeto, así como sobre todo el personal que vaya en él, mientras se encuentre en el espacio ultraterrestre o en un cuerpo celeste¹⁰⁷”. En otras palabras, al igual que en los espacios marítimos y/o aéreos

¹⁰² Sobre el particular, BARAHONA VERDIER, D: “Espacio ultraterrestre. Necesidad de regulación jurídica para su explotación”, *Documento de Opinión IEEE nº 87/2022*. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2022/DIEEEE087_2022_DANBAR_Espacio.pdf y/o enlace bie3 (consultado 10/febrero/2023).

¹⁰³ Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace. <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo>

¹⁰⁴ Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales et modifiant la loi modifiée du 9 juillet 1937 sur l’impôt sur les assurances dite “Versicherungssteuergesetz” y la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu. Vid. <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/12/15/a1086/jo>

¹⁰⁵ ALOUPI, N: Le rattachement des engins à l’Etat en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux), op. cit. pp. 61 y ss.

¹⁰⁶ Lo apuntado supra es mucho decir y predecir, si tomamos en consideración que todavía hoy la legislación vigente no ha sido capaz de establecer un límite jurídico entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.

¹⁰⁷ Art. VIII del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna u otros cuerpos celestes (BOE nº 30, de 4 de febrero de 1969). Sobre el espacio ultraterrestre, pueden consultarse –entre otros muchos– los siguientes

antes vistos, los Tratados internacionales sólo prescriben la atribución de la jurisdicción y el control sobre el objeto y el personal embarcado en el artefacto de que se trate al país en el que se registre la nave, pero no establecen extensión de soberanía alguna sobre el espacio ultraterrestre, ni tampoco sobre los cuerpos celestes, en la medida en que son patrimonio común de la humanidad¹⁰⁸. En consecuencia, y a la vista de esta realidad, no cabría atribuir a la conexión ficticia y extraterritorial de la ley del pabellón/*lex loci laboris* capacidad para designar un espacio territorial de ejecución de los servicios por parte de los trabajadores/“astronautas”¹⁰⁹, ni por lo tanto aplicar el criterio conflictual de la *lex loci laboris* en el sentido de “en el país en el que” a esta tipología de situaciones¹¹⁰.

Además de lo apuntado, y por lo que respecta al supuesto de los viajes que puedan operarse desde tierra a los futuros emplazamientos ultraterrestres (turismo espacial), lo cierto es que los Convenios Internacionales que regulan el espacio ultraterrestre sí obligan a los Estados donde se registra el artefacto a que éstos partan y/o vuelvan al país donde el mismo se ha registrado o, incluso, que en el caso de que los artefactos lanzados cayeran en su vuelta a la tierra en espacios no sometidos a su jurisdicción o en alta mar, los astronautas sean inmediatamente devueltos al Estado de lanzamiento de aquéllos¹¹¹. De este modo, puede sostenerse que para estos casos sí podría tener una cierta operatividad la aplicación de la *lex loci laboris* en el sentido de “país a partir del cual” prestan servicios, pero insisto que no por analogía al registro de estos objetos bajo ningún concepto. Y digo que podría tener una cierta operatividad, puesto que hay que tener en cuenta que el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre¹¹² hace referencia a la

trabajos: VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, A: “El espacio ultraterrestre: un desafío jurídico” en REQUENA y DÍEZ DE REVENGA, M: *Luces y Sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, vol. 2, 2010, UNED, Madrid pp. 507-530. VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J.C: “El Derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?”, *Anuario mexicano de Derecho Internacional* vol. 13, 2013 (http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542013000100014).

¹⁰⁸ ALONSO DE ANTONIO, A.L: “Soberanía del Estado y espacio ultraterrestre”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* nº 77, 1990-1991, pp. 9-28.

¹⁰⁹ Realmente, uno de los problemas o dificultades más visibles en relación con la cuestión supra apuntada es la de la calificación y régimen jurídico que, en su caso, haya de aplicarse a la tipología de trabajadores que se asienten en el espacio ultraterrestre. Téngase en cuenta que hoy en día no contamos con un régimen jurídico homogéneo para los denominados como astronautas. Así, OROZCO SÁENZ, M: *La naturaleza jurídica de los vuelos tripulados en el espacio ultraterrestre*, Dykinson editorial, Madrid, 2013.0

¹¹⁰ Máxime cuando el propio art. II del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes establece que “El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”.

¹¹¹ A tal efecto, vid. los arts. 3 y 5.3 del Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (BOE nº 137, de 8 de junio de 2001).

¹¹² A este respecto, me parece muy oportuno citar un trabajo relativamente antiguo relativo al génesis de este Convenio internacional, pero muy revelador de lo que supra se quiere señalar, cuando señala que “Mantiene el Acuerdo (arts. 3 y 5.3) que la devolución de astronautas y la restitución de objetos espaciales se efectuará a los representantes de la *autoridad de lanzamiento* (definida en su art. 6). Se abandonó, pues, a última hora la noción de *Estado de registro* empleada para la misma materia por el Tratado general del espacio

obligación de registrar el objeto espacial, en lo que aquí interesa tripulado, por parte del Estado o Estados de lanzamiento. Así, cuando existan dos o más Estados interesados en lanzar un objeto a la órbita terrestre o más allá, éstos deberán determinar conjuntamente cuál de ellos inscribirá el objeto en su registro, de tal manera que si bien deben respetar la obligación antes vista, aquélla quedará regida por los acuerdos que hayan concertado o que hayan de concertarse entre los Estados de lanzamiento acerca de la jurisdicción y el control sobre el objeto espacial y sobre el personal del mismo (art. II.2 Convenio sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre). En consecuencia, y como es visible, es perfectamente factible que el Estado de registro del artefacto no sea coincidente con el Estado de lanzamiento cuando fundamentalmente, como es previsible, dados los costes que supone enviar cualquier objeto a la órbita terrestre o más allá, haya más de un Estado u organismos internacionales concernidos en la actividad de exploración y/o investigación correspondiente¹¹³. Por todo ello, y si bien insisto en que el registro/pabellón no permitiría tampoco en estos supuestos aplicar la *lex loci laboris* desde su perspectiva territorial (en el sentido de “en el país en el que”), sí cabría utilizar el empleo de la *lex loci laboris* desde la perspectiva de “país a partir del cual” como indicio delimitador de la legislación aplicable a los escasísimos supuestos de contratos de trabajo aeroespaciales que actualmente existen.

5. Conclusión

El trabajo ejecutado en régimen de extraterritorialidad no es novedoso, ni tampoco las controversias y debates jurídicos acerca del ordenamiento jurídico aplicable a este tipo de realidades. Lo que verdaderamente impacta en esta cuestión son los avances tecnológicos y la capacidad de las empresas para deslocalizar los factores de producción en diversos países, impidiendo –por ejemplo– que la solución dada a través del empleo de ficciones registrales (territoriales) en analogía con la *lex loci laboris* dejen de ser las más adecuadas (o pacíficas) para resolver los conflictos de leyes que en estos contextos pudieran darse. En este marco general, la búsqueda de cuál deba ser el criterio conflictual aplicable para la resolución de estas controversias se desenvuelve, en términos generales, entre abandonar los supuestos de ficción extraterritorial para crear nuevas ficciones de habitualidad, reinterpretando ya sea el criterio de la *lex loci laboris* y/o de la *lex loci celebrationis* o bien por recurrir al empleo de los vínculos más estrechos. Y en todos los casos, lo que se pretende es el de vincular real y no ficticiamente los contratos de trabajo con el país donde

(artículos V y VIII), para, según parece, facilitar el juego de las Organizaciones internacionales, incluidas en el concepto de *autoridad de lanzamiento* y, más en general, para evitar una noción, la del registro, todavía sin regular adecuadamente, aun a costa de crear obligaciones convencionales conflictivas, o al menos equívocas, entre él y el Tratado general del espacio”. Así se expresa GUTIERREZ ESPADA, C: “El Convenio sobre registro de los objetos lanzados al espacio ultraterrestre. Un comentario”, *Revista de Política Internacional* nº 141, 1974, pp. 35-64 y en particular en pp. 61-62.

¹¹³ ALOUPI, N: Le rattachement des engins à l’Etat en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux), op. cit. p. 163.

realmente estén conectados. Junto con esta aproximación, existen otras tendencias dirigidas a la creación de criterios específicos *ad hoc*, tomando como ejemplo lo acaecido en el transporte internacional por carretera en el ámbito europeo.

En mi opinión, se trata de una interrogante compleja, siempre lo ha sido. Si bien ello es así, entiendo que para solucionar estas dificultades deberían distinguirse los supuestos de plurilocalización territorial sucesiva de aquellos otros supuestos de ejecución de servicios en espacios sustraídos a la soberanía nacional, puesto que la fisionomía de los litigios que se producen en esos casos no son coincidentes desde el punto de vista del empleo del principio de territorialidad que preside el Derecho. Asimismo, considero que las soluciones deben ser homogéneas, descartando una atomización en las respuestas que, en esencia, acaben por favorecer la búsqueda del ordenamiento jurídico laboral más favorable a los intereses empresariales. Naturalmente, las futuras realidades de prestación de servicios extramuros de las soberanías estatales nos colocan en una posición inmejorable para afrontar los retos del trabajo “transnacional” del futuro, que no es otro que el de cómo afrontar la extraterritorialidad presente y futura de la ejecución de servicios plurilocalizada.

Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital*

Social security in post-pandemic international telework and in the specific case of digital nomadism

Dolores Carrascosa Bermejo*

Profesora Asociada Doctora en Universidad Pontificia Comillas y Universidad Complutense de Madrid. Redactora en Lefebvre. Experta Red MoveS de la Comisión Europea.

ORCID ID: 0000-0002-4411-0346

Recibido: 16/3/2023

Aceptado: 22/3/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7639

Resumen: Este artículo aborda los últimos avances en la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable al teletrabajador internacional interactivo postpandémico, deteniéndose también en la situación de los nómadas digitales. La ausencia de normativa ad-hoc se ha intentado solventar en la UE con Notas Orientativas de la Comisión Administrativa, como la nº 125/2022, que facilitan las decisiones empresariales mediante la reinterpretación de las normas de conflicto que exceptúan la regla general o la *lex loci laboris*: la de desplazamiento, la multi-Estado o los propios acuerdos entre Estados miembros. Frente a estas soluciones no normativas de urgencia, el artículo aboga por una reinterpretación de la *lex loci laboris* que vincule al teletrabajo interactivo, por regla general, a la ley del Estado donde se ubica el empleador.

Palabras clave: Teletrabajo, legislación aplicable de Seguridad Social, nómadas digitales, Notas Orientativas de la Comisión Administrativa, Reglamentos de coordinación de la UE.

Abstract: This article discusses recent developments in determining the social security legislation applicable to the post-pandemic interactive international teleworker, with a focus also on the situation of digital nomads. The absence of ad-hoc legislation has been addressed in the EU by Administrative Commission Guidance Notes, such as No 125/2022, which facilitate business decisions

*Este artículo es parte de los resultados de los proyectos de investigación PID2021-122254OB-100, “La incidencia del Derecho de la UE en las futuras reformas laborales” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)” y el Proyecto financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado “El régimen jurídico del transition Law y su impacto sobre los derechos de los trabajadores en mares y océanos” (ref. GIU 21/014).

*mdcarrascosa@comillas.edu

by reinterpreting conflict rules that derogate from the general rule or the *lex loci laboris*: posting, multi-state or even Member State ad-hoc agreements. In contrast to these non-regulatory emergency solutions, the article argues for a reinterpretation of the *lex loci laboris* linking interactive telework, as a general rule, to the law of the State where the employer is located.

Keywords: Telework, social security applicable legislation, digital nomads, Administrative Commission Guidance Notes, EU Coordination Regulations.

1. Introducción

Este trabajo se centra en la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable al **teletrabajo** transfronterizo o internacional **por cuenta ajena** de tipo **interactivo** u online **postpandémico**,¹ tomando también en consideración la situación específica de los denominados nómadas digitales.

Este tipo de **teletrabajo interactivo** es el que permite la conexión con el servidor de la empresa y, en definitiva, gracias a la digitalización, trabajar telemáticamente, desde cualquier lugar del mundo, normalmente desde su casa, como si se estuviera en la propia oficina y así telemáticamente reciben información, tareas y se controla su trabajo. Estos teletrabajadores se conectan al servidor, fichan y se introducen en el mismo ecosistema empresarial digital en casa o en la oficina, trabajando de la misma manera. Aunque es cierto que si lo combinan con trabajo presencial podrán interactuar y tener, esos días, reuniones “físicas”, no es extraño ver, en oficinas de cierto tamaño, reuniones telemáticas entre trabajadores que ese día trabajan presencialmente. La **internacionalidad**, o carácter transfronterizo, radica en el hecho de que el lugar donde se ubica la empleadora y el lugar desde donde se teletrabaja, normalmente el domicilio del trabajador, no se sitúan en el mismo Estado.

1.1. Ausencia de regulación específica y soluciones *soft law* en la UE

Desde el **punto de vista nacional** España carece de una normativa específica de Seguridad Social para el teletrabajo. Tampoco se refiere, salvo ciertas excepciones puntuales,² a cuestiones transfronterizas. Estos sistemas nacionales son territorialistas y parecen presumir, equivocadamente, que todos sus asegurados residen y trabajan en su territorio. Aplicando su normativa común de Seguridad Social nacional, la TGSS considera que quien teletrabaja en su territorio, se conecta y teclea desde España, con carácter general, debería estar de alta y cotizar al sistema español de Seguridad Social. Obviamente, si se trata de un ciudadano **extranjero extracomunitario** deberá estar previamente autorizado para trabajar.

¹ Se han propuesto otras posibles clasificaciones del teletrabajo (Martín-Pozuelo López 2022^a, p. 30 y s.).

² Por ejemplo, el convenio especial de emigrantes.

En el marco de un **Derecho público imperativo e indisponible**, como el de Seguridad Social,³ esa posición nacional solo podría exceptuarse por la aplicación preferente de la normativa internacional o comunitaria de coordinación. En efecto, en supuestos de **transnacionalidad** (hasta hace bien poco siempre física), esta normativa podría establecerse imperativamente la competencia de otra legislación nacional intentando mantener un único aseguramiento y la correcta cobertura prestacional del interesado. Además, como es sabido, en el ámbito de un **Derecho público** imperativo como es el de la Seguridad Social los acuerdos entre empresario y trabajador están descartados, pues carecen de la virtualidad que se atribuye a los de contenido laboral. En este mismo sentido, si los interlocutores sociales comunitarios, que empezaron a negociar a finales 2022, alcanzaran un **nuevo Acuerdo Marco europeo** sobre teletrabajo,⁴ éste podría aclarar únicamente los derechos laborales de este colectivo, pues la Seguridad Social queda fuera de tal negociación.

En estas normas internacionales, como si fueran un espejo de las legislaciones nacionales que coordinan, tampoco encontramos **soluciones normativas ad-hoc** para el teletrabajo internacional o transfronterizo. Así sucede en el ámbito de los Reglamentos de coordinación de la UE (Reglamento de base CE/883/2004 y Reglamento de desarrollo CE/987/2009).⁵ Tampoco encontramos rastro del teletrabajo en la red de 25 convenios bilaterales⁶ suscritos por España o el convenio multilateral iberoamericano.⁷ En su marco, siguiendo el principio que establece que “donde la **ley no hace distinciones**, nosotros tampoco debemos hacerlas”,⁸ se ha optado por seguir aplicando las **normas de conflicto comunes** a los supuestos de teletrabajo; tanto la regla general, la ley del lugar de trabajo o *lex loci laboris*, como como sus excepciones. Como se tratará de poner de manifiesto, todas estas normas están concebidas para la movilidad física del trabajador por lo que casan mal con el teletrabajo online transfronterizo.

En el ámbito del Derecho de la UE, el de coordinación más desarrollado, esta situación de falta de regulación no tiene visos de cambiar a corto plazo. El teletrabajo siempre ha estado al margen de la **reforma en curso de los Reglamentos**, propuesta por la Comisión en diciembre de 2016, de la que tan solo se han logrado ciertos acercamientos infructuosos en 2019 y 2021.⁹ LA reforma tal y como está resulta en sí misma suficiente-

³ En el marco de un Derecho público imperativo como es el de la Seguridad Social los acuerdos entre empresario y trabajador están descartados, pues carecen de la virtualidad que se atribuye a los de contenido laboral. En este mismo sentido, si los interlocutores sociales comunitarios, que empezaron a negociar a finales 2022, alcanzaran un nuevo Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, éste podría aclarar únicamente los derechos laborales de este colectivo, pues la Seguridad Social queda fuera de tal negociación.

⁴ <https://www.ugt.es/sindicatos-y-patronales-de-europa-negociaran-una-directiva-sobre-teletrabajo-y-derecho-la>

⁵ Una visión completa de estas complejas normas en (Memento de Seguridad Social 2022) y (Carrascosa Bermejo 2023). Considerando la jurisprudencia española ver (Carrascosa Bermejo 2021) y (Sánchez-Rodas Navarro 2021). Sobre los principios para determinar la legislación aplicable, que no han variado, ver (Carrascosa Bermejo 2004). En el marco de los Reglamentos vigentes, ver (Martín-Pozuelo López 2022b).

⁶ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253>

⁷ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070/2071>

⁸ “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” ver (Strban et al 2020).

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC)

mente compleja y su aprobación está resultando extremadamente dificultosa, por lo que, de momento, se ha descartado introducir nuevas materias que pudieran demorarla.

Ante esa situación, y la necesidad de preservar la libre circulación también de los teletrabajadores, la **Comisión Administrativa** para la coordinación de la Seguridad Social¹⁰ (en lo sucesivo CA), desde la pandemia ha buscado el consenso de los Estados miembros y recogido tales soluciones en Notas Orientativas. Todas ellas, intentan simultáneamente flexibilizar y uniformar la interpretación de las vigentes normas de conflicto, siempre con el objetivo de **impedir el cambio de la ley aplicable** para los teletrabajadores afectados. Cuando la flexibilidad interpretativa no es suficiente estas Notas Orientativas animan además al consenso y a la celebración de acuerdos bilaterales o incluso multilaterales entre los Estados miembros involucrados, de nuevo siempre en beneficio de los trabajadores, cuya libre circulación se está protegiendo. Debe quedar claro que, **a diferencia de lo que ocurre en materia laboral**, no es fácil determinar qué ley nacional de Seguridad Social es mejor para los intereses de los trabajadores, pues los derechos prestacionales pueden generarse en el largo plazo, décadas después. Lo que es una obviedad, es que los cambios de legislación aplicable, máxime si son constantes y de corta duración, son desaconsejables para la protección del trabajador. Así, **a corto plazo**, desde el punto de vista del trabajador, un cambio brusco de legislación puede suponer mayores cotizaciones que reduzcan la cuantía neta de su salario, pero, además, los derechos prestacionales en el marco de la nueva normativa pueden ser diferentes, peores o no estar garantizados (Verschuere 2022). Este cambio normativo también afecta a la **empresa** que puede tener que enfrentarse a un Derecho foráneo de Seguridad Social desconocido, con los problemas añadidos de gestión empresarial que esto puede suponer, incluida la desigualdad de trato en materia de Seguridad Social entre empleados. Además, si carece de establecimiento en ese territorio puede sufrir trabas burocráticas en el cumplimiento de nuevas obligaciones, sin contar con la barrera lingüística y cultural. Finalmente, las cotizaciones exigidas en el marco de la nueva normativa pueden ser muy superiores a las que había previsto. En el **largo plazo**, para el reconocimiento y cálculo de sus pensiones se deberán utilizar las técnicas de totalización y puede percibir varias pensiones a *pro rata temporis*. Desde el punto de vista de acceso a las prestaciones, los Reglamentos de coordinación no pueden, con todas sus limitaciones, garantizar una total neutralidad en la cobertura del trabajador afectado.¹¹

Estas Notas Orientativas de la CA **adolecen de carácter jurídico vinculante** y ni siquiera se publican en el Diario Oficial de la UE como ocurre con las Decisiones y Recomendaciones de la misma CA que tampoco son normas jurídicas.¹² Lo mismo sucede

No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, 17 diciembre 2021, 15068/21 ADD 1. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15068-2021-ADD-1/en/pdf>

¹⁰ Esta institución vinculada a la Comisión Europea y está integrada por los representantes del Gobierno de los Estados miembros asistidos, en su caso, por consejeros técnicos vinculados a las Instituciones de Seguridad Social (Reglamento 883/2004 art. 71 y 72).

¹¹ STJUE de 19 de marzo de 2002 (asuntos C-393/99 y C-394/99, Hervein y Hervillier y Lhorhiois).

¹² STJUE de 14 de mayo de 1981 (asunto C-98/80, Romano).

con la Guía sobre legislación aplicable, también consensuada por ese mismo organismo, y que ni siquiera menciona el teletrabajo.¹³ Esta ausencia de vinculación jurídica, esta **condición de *soft law***, supone que, por un lado, cualquier trabajador discrepante pueda exigir, ante las entidades gestoras nacionales y, en su defecto, los propios tribunales, la aplicación de los Reglamentos conforme a una interpretación diferente a la contenida en tales Notas. Por otro lado, las notas no pueden ser interpretadas por el Tribunal de Justicia, ni, por supuesto, su incumplimiento puede terminar con el Estado incumplidor frente a ese Tribunal. A pesar de todas esas limitaciones, las Notas Orientativas de la CA son **muy relevantes** porque surgen del consenso mayoritario entre las Administraciones involucradas, existiendo un compromiso político de cumplimiento.

Las mencionadas Notas Orientativas de la Comisión Administrativa han sido relevantes para la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable a los teletrabajadores en los siguientes **escenarios**:

Un primer escenario **pandémico**, ya analizado (Verschueren 2022, Carrascosa Bermejo 2022), que se extendió, quizás excesivamente, hasta finalizar junio de 2022. Durante ese período se optó por obviar el teletrabajo transnacional y se mantuvo la legislación de Seguridad Social que se venía aplicando, siempre que no hubiera un cambio de la situación contractual (ver un breve resumen en el **apartado segundo** de este trabajo).

El segundo escenario, al que se dedica este artículo y en el que nos encontramos, se podría denominar **postpandémico de adaptación o transición**. Nace en julio de 2022 con las soluciones flexibilizadoras interpretativas contenidas en la nueva Nota Orientativa nº 125 aprobada por la Comisión Administrativa en mayo de 2022 y que ha sido prorrogada hasta julio de 2023. Como se verá en el **apartado tercero** de este artículo, su ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a un tipo específico de teletrabajo interactivo sobrevenido que define por primera vez y que es objeto de este artículo. La Nota, como todas las anteriores, pretende proteger los derechos de Seguridad Social al teletrabajador transnacional evitando el cambio de la ley nacional aplicable. Para ello, enfoca en la aplicación de **tres excepciones** a la *lex loci laboris* de aplicación restrictiva:

- a) Por un lado, se consensuan las condiciones en que es posible la aplicación de las normas de desplazamiento al **teletrabajo puntual** (artículo 12 del Reglamento 883/2004).
- b) Por otro lado, se flexibiliza el concepto de “actividad sustancial” en el marco de la denominada norma multi-Estado respecto del **teletrabajo habitual** híbrido que es el que se realiza algunos días desde casa y otros desde la oficina ubicada en otro Estado miembro (artículo 13 Reglamento CE/883/2004).
- c) Finalmente, se asume que en muchos casos la estabilidad de la norma aplicable solo se conseguirá mediante **acuerdos ad-hoc bilaterales o multilaterales**, siempre a favor de los propios teletrabajadores (Reglamento CE/883/2004 art.

¹³ Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza, Comisión Europea, 2013. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&clangId=es>

16). Las prórrogas de esta Nota responden, precisamente, a la imposibilidad de su rápida suscripción.

Por último, entiendo que asistiremos a un **escenario postpandémico más definitivo** que irá más allá de la Nota Orientativa nº 125, pues esta no es la última palabra de la Comisión Administrativa sobre la legislación aplicable al teletrabajo.

En la primavera 2022 se creó en su seno un **Grupo de trabajo** ad-hoc sobre teletrabajo cuyas conclusiones se presentarán precisamente a finales del mes de marzo de 2023, desafortunadamente antes del cierre de este trabajo. Según las informaciones obtenidas, este Grupo de trabajo va a proponer una nueva interpretación de la normativa al desplazamiento más adaptada a los supuestos del teletrabajo. Además, ofrece un modelo de Acuerdo marco consensuado, con fundamentación en los propios Reglamentos de coordinación¹⁴ a favor de los teletrabajadores transfronterizos híbridos que teletrabajan algunos días desde su Estado de residencia y otros se desplazan a las oficinas de su empleador ubicadas en otro Estado miembro para trabajar presencialmente. En concreto, si las empresas solicitaran la aplicación de este Acuerdo evitarán que haya cambio de legislación aplicable si el **teletrabajo transfronterizo no supera el 50%** del tiempo de trabajo. Con este acuerdo, se supera con creces el 25% que, tras una evaluación global, se venía entendiendo que era indicativo de realización de una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia.¹⁵ Después de este informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Administrativa, este organismo se propone seguir trabajando sobre la materia aunque presumiblemente, pasarán meses antes de que sea capaz de proponer a la Comisión posibles modificaciones consensuadas de los Reglamentos de coordinación sobre esta materia. A mi modo de ver, la **nueva regulación** debería partir de una nueva interpretación de la conexión general básica, la *lex loci laboris*, en los casos de teletrabajo. A esta cuestión me referiré en el **apartado cuarto** de este trabajo a modo de conclusión.

1.2. Carencias estadísticas, tipos de teletrabajo internacional y la respuesta empresarial

En el siguiente epígrafe se muestran los diferentes tipos de teletrabajo internacional o transnacional que han generado dudas interpretativas en la determinación de la legislación aplicable de Seguridad Social y que han venido recibiendo diferentes soluciones. Antes de entrar a su análisis debemos señalar que existe un gran desconocimiento sobre la **magnitud del problema del teletrabajo transfronterizo**, en todos los ámbitos, también en el de la Unión Europea. Así lo pone de manifiesto un estudio comparativo realizado por la Red MoveS de la Comisión Europea en materia de teletrabajo fronterizo (Berki et al 2022). Existen únicamente algunos datos fraccionados basados en encues-

¹⁴ Ver artículo 8 del Reglamento CE/883/2004 y artículo 10 del Reglamento CE/987/2009.

¹⁵ Reglamento 987/2009/CE artículo 14.8 in fine.

tas que en cierta manera concuerdan con el aumento del trabajo transfronterizo que se entiende vinculado a un incremento del propio teletrabajo.¹⁶ Obviamente, no son vasos comunicantes perfectos, pues el teletrabajo solo está referido a ciertos del terciario donde su desarrollo ha sido materialmente posible.¹⁷ En un futuro la **Administración** belga, a través de LIMOSA,¹⁸ la misma plataforma que se utiliza en materia de desplazamiento, podrá dar más datos, pues está requiriendo expresamente a los teletrabajadores, en situación transnacional, que se registren. En la actualidad se sospecha que debe haber una bolsa de teletrabajo no declarado cuya magnitud se desconoce.

También existe desconocimiento por parte del propio **empresariado** que no controla y no sabe realmente con exactitud desde donde teletrabajan sus empleados (GSM 2023). Por ejemplo, si la empresa permite teletrabajar los tres meses de verano este se puede realizar por el empleado desde Asturias, Italia o Turquía, esto es, desde cualquier lugar donde tenga suficiente conexión de internet. Dada la incertidumbre legal, quizás los empresarios ni siquiera quieran saberlo, sino tan solo retener a sus trabajadores con talento dándoles toda la flexibilidad que requieran.

Es cierto que desde un punto de vista laboral en España teóricamente se exige que se haga referencia al lugar donde se realizará el teletrabajo (Artículo 7.f de la Ley 10/2021). Sin embargo, en la práctica no existe un control empresarial constante de la **IP** (Internet Protocol) **pública**, con el objeto de conocer desde qué Estado se establece la conexión entre el ordenador del teletrabajador y los servidores de la empresa. Medida que, en todo caso, parece desproporcionadamente intrusiva y no acorde con el derecho a la intimidad y protección de datos.

Quizás, de futuro, la Nota Orientativa de la AC nº 125/2022 podría **facilitar el acceso a esta información estadística** sobre teletrabajo internacional, por ejemplo, a través de los datos que se obtengan de la concreción aplicativa de los nuevos acuerdos ad-hoc entre Estados dirigidos a la protección de estos colectivos. A nivel de la UE, otra opción sería la adición de una casilla específica en los formularios PDA1 (asociados a los artículos 12 y 13 del Reglamento de base) donde se hiciera constar que se trata de un supuesto de teletrabajo.

Los siguientes **tipos de teletrabajo internacional** han recibido un tratamiento diferente en el ámbito de los Reglamentos de coordinación de la UE y las Notas Orientativas aprobadas para su aplicación:

¹⁶ En la UE en el período entre 2019-2020 el número de trabajadores transfronterizos que trabajaban desde casa pasó de 191.000 a 328.000 y, entre ellos, el número de los que normalmente lo hacían se cuadruplicó, pasando de 46.000 a 186.000 (De Wispelaere 2022).

¹⁷ Por ejemplo, Luxemburgo tiene la tasa más alta de población residente que trabaja a distancia, un 48%, con un gran peso del sector financiero. Sin embargo, los trabajadores transfronterizos en un 60% se dedican a actividades donde el teletrabajo no es una opción, por ejemplo, como dependientes en tiendas. (Berki et al 2022, p. 10).

¹⁸ Desde julio de 2022 en Bélgica es obligatorio comunicar el teletrabajo internacional, también temporal o parcial <https://campaigns.eranova.fgov.be/m-c5ac31ae848c5f3c5247e45d4b5f7f0987ae617412782303> https://www.international.socialsecurity.be/working_in_belgium/en/documents/limosa_release_notes_v337_en.pdf

En primer lugar, hubo de darse una solución al teletrabajo internacional asociado a la **pandemia del COVID-19**, que debió realizarse de forma **constante y completa** desde otro Estado miembro al de la empresa en algunos casos, por ejemplo, si el trabajador fronterizo quedó confinado en el Estado donde tenía su domicilio. Fuera internacional o no, como es bien sabido, las **condiciones de ese teletrabajo** no siempre fueron las mejores, se improvisó, no todas las empresas, ni sus empleados contaban con la tecnología adecuada. La situación podía ser compleja cuando concurrían en el mismo domicilio toda la familia, incluidos menores que se conectaban online al colegio y requerían atención. Algunas empresas incluso optaron por flexibilizar horarios, permitiendo a los trabajadores conectarse a cualquier hora para cumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, también se debió clarificar la ley aplicable al **teletrabajo híbrido**, el predominante actualmente, que es el que se realiza de forma habitual durante 1, 2 o 3 días a la semana, normalmente desde el domicilio del trabajador, ubicado en otro Estado miembro, debiéndose acudir presencialmente a la empresa el resto de los días. A este tipo también pertenecería el teletrabajo constante una semana alterna de trabajo en la oficina, con la siguiente semana con teletrabajo desde casa. Este tipo de teletrabajo ha sido asumido por muchas empresas como un sistema de trabajo flexible, que incluso parece haber reducido de alguna manera la brecha de género respecto de las tareas del hogar.¹⁹ Además, permite a muchas empresas ahorrar costes, por ejemplo, en el alquiler de oficinas, al necesitar menos espacio con la rotación de empleados. El teletrabajador por su parte consigue ganar el tiempo/coste del desplazamiento a la oficina y al no utilizar su vehículo podríamos entender que se trataría de una medida sostenible desde un punto de vista medioambiental. No obstante, hay que tener en cuenta que tales beneficios se pueden ver contrarrestados con el uso individualizado de la calefacción o el aire acondicionado por parte de los teletrabajadores en sus domicilios particulares.²⁰

Finalmente, el teletrabajo híbrido ha convivido con supuestos de **teletrabajo puntual completo** consensuado ante determinadas circunstancias. Por ejemplo, la empresa puede ofrecer teletrabajo un número de días al año, a su elección, o ubicarlos concretamente en determinados períodos vacacionales (en navidad, verano o semana santa) para facilitar los desplazamientos familiares y la conciliación de la vida personal y familiar, en esos casos surge el elemento internacional. Por su parte, el trabajador puede solicitarlo determinados días, por ejemplo, cuando tiene algún problema para desplazarse a la oficina, o simplemente debe permanecer en su domicilio porque no puede dejar solo a un familiar o vienen operarios a hacer reparaciones. Asimismo, cuando desea prolongar su sensación de vacaciones, teletrabajando desde su residencia veraniega algunas semanas, esto es, lo que se ha denominado *teleworkation* (Carrascosa Bermejo 2022). El teletrabajo puede además ser una forma de incrementar sus rentas en lugares de coste de vida inferior o mejorar su calidad de vida, como en el caso de un teletrabajador danés que puede hacerlo desde Ca-

¹⁹ El teletrabajo, las jornadas más compactadas y la presencia constante durante la pandemia han favorecido que la diferencia de dedicación entre hombres y mujeres haya pasado de 9 horas semanales a 5 (Farré 2023).

²⁰ Ver un estudio de las diferentes variables realizado por Greenpeace en 2021. <https://es.greenpeace.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/informe-teletrabajo-GP-2.pdf>

narias o Asturias, esto es lo que se denomina en Italia el *southworking* (Savio 2021). En ese sentido el teletrabajo podría dinamizar la economía en zonas aisladas o vaciadas, con buenas conexiones a internet, aunque simultáneamente incrementa el coste de determinados servicios para la población autóctona. En todo caso, como es bien sabido, el teletrabajo también puede tener **consecuencias negativas** al difuminar los límites entre el trabajo y la vida privada, invadiendo esta última, o dificultar la desconexión digital, sobre todo si hay desfase horario en situaciones internacionales. Además, puede generar en los teletrabajadores un desapego frente a la organización empleadora o dificultar la integración y formación de nuevos empleados.

En la actualidad se detecta que la solicitud de teletrabajo proviene de forma creciente del empleado que expresa su voluntad de **teletrabajar más** (GSM 2023), después de haber demostrado que fue factible y productivo durante la pandemia. Sin embargo, algunas empresas que carecen de métodos de control de la productividad y vuelven a la presencialidad. Las que lo mantienen entran en la denominada “paranoia de la productividad” (Vazquez 2023) tratando de controlar a sus teletrabajadores a través de programas de software que deberían respetar, obviamente, los derechos fundamentales de sus empleados,²¹ o incluso los requisitos de la denominada “ley rider” si emplearan algoritmos.²²

En ese contexto, aunque muchas empresas quieren retener a los empleados con talento ofreciéndoles teletrabajo si este implica una situación transfronteriza o internacional la decisión puede no ser tan sencilla y en todo caso, demorarse. Algunas solicitudes de teletrabajo pueden ser rechazadas por la inseguridad jurídica y el **riesgo de incumplimiento** que, a su vez, puede generar costes, multas y riesgo reputacional. Las grandes empresas están intentando definir **políticas** (GSM 2023) que permitan automatizar sus decisiones, pero existe incertidumbre, en el plano de la **Seguridad Social**, en la determinación de la legislación **laboral** aplicable, o en materia de **derecho migratorio** o incluso **fiscal**, principalmente si se considerase que la empresa, por la mera presencia de su/s teletrabajador/es en otro Estado, posee allí un establecimiento permanente.

Todos estos riesgos impulsan a algunas empresas a denegarlo o a establecer **límites temporales** al teletrabajo transfronterizo. Así, por ejemplo, tras averiguaciones con algunas consultoras me confirman que algunas lo autorizan únicamente cuando es por debajo de 3 meses para evitar problemas migratorios o siempre sin superar el límite de días, 183, que determinan la residencia fiscal. En otras ocasiones únicamente lo permiten cuando existe una **filial en el Estado de destino** que avala su presentación como un desplazamiento temporal intraempresarial, al menos a efectos de Seguridad Social, o incluso plantear su contratación en destino si la decisión de teletrabajar desde allí se volviera más definitiva (Deloitte 2022).

²¹ Ver sobre estas cuestiones en un caso de monitorización empresarial exhaustiva de un ordenador no comunicada al trabajador que se consideró prueba nula (STC 61/2021 de 15 de marzo de 2021).

²² Ley 12/2021.

1.3. *Nómadas digitales*

Junto a los anteriores escenarios típicos, finalmente querría hacer referencia a un colectivo **en crecimiento desde la pandemia**, los denominados nómadas digitales que viajan en continuo a diferentes lugares desde donde teletrabajan, sin asentarse realmente en ninguno de ellos. No son migrantes, porque no buscan trabajo, tampoco son expatriados, pues la iniciativa de los viajes no es empresarial, ni prestan servicios específicos a su favor en destino; los viajes responden a su propio deseo y no son meramente profesionales (Hermann, I., Paris, C.M. 2020). Son teletrabajadores por **cuenta ajena o propia** digitalizados que perciben sus ingresos profesionales mientras viajan allí donde tengan una buena conexión a internet. Se les ha otorgado una imagen edulcorada y parecen vivir libres y felices en una especie de *teleworkation* eterno. Los ejemplos que se suelen poner se refieren un empleado sueco que prefiera teletrabajar los meses de invierno desde las Islas Canarias, donde hay hoteles habilitados para ello, y en Creta, sin prestar ningún servicio ni en España, ni en Grecia, pues solo continúa realizando su teletrabajo ordinario para la empresa sueca. Si el nómada fuera norteamericano, contratado en USA, surge, además, el problema migratorio de su entrada y permanencia en la UE, a la que podría, en principio, ingresar en la práctica y por un período limitado como turista, al ser muy difícil controlar su verdadera situación.

Recientemente se han publicado unas **estadísticas básicas** (Martín Gallardo 2023) sobre este colectivo muy enfocadas a los provenientes de EEUU. Con base en las mismas los nómadas digitales serían mayoritariamente de la generación “millennial” (44%), varones (59%), blancos (70%), con buena formación (el 72% tiene una licenciatura y el 33% un máster). Trabajarían mayoritariamente por cuenta propia para diferentes empresas (36% tendencia al alza), algunos serían dueños de su propia empresa (33%), consultores (5%) y solo un 21% son empleados fijos de una única empresa para la que trabajarían a tiempo completo (71% de ese 21%). Se dedicarían a la informática (19%), servicios creativos (10%), educación y formación (9%) y a la consultoría coaching e investigación (8%) aunque también en la misma proporción a ventas, marketing y relaciones públicas o finanzas y contabilidad. El número de nómadas digitales con trabajos regulares creció de 6,3 millones en 2020 a 10,2 millones en 2021. Según esta misma fuente, 24 millones de estadounidenses pretenden convertirse en nómadas digitales en los próximos 2 o 3 años. Sus ingresos medios mensuales ascienden a 4.500 \$. Indonesia es el destino favorito, seguido de México, Tailandia, España, Colombia y Portugal. Los eligen considerando los siguientes factores: internet de calidad, buen clima, bajo coste de la vida, visado fácil y lo atractivo del destino. Suelen visitar anualmente 3 o 5 destinos donde mayoritariamente permanecerían de uno a tres meses (65%). Como colofón, el 88% de ellos están satisfechos con su situación profesional nómada.

El **Derecho de la UE** ignora a los nómadas digitales, al igual que los propios Reglamentos de coordinación de la UE hacen con los teletrabajadores en general. Tampoco la Comisión Administrativa les ha dedicado especial atención en sus Notas Orientativas dirigidas a clarificar la norma de Seguridad Social aplicable. No sucede lo mismo con los **legisladores nacionales** que sí han reaccionado a su existencia, los consideran una figura interesante, y

compiten por atraerlos a sus territorios creando nuevos visados ad hoc.²³ Esta es la **apuesta española** en la denominada ley de start-ups, la ley 28/2022,²⁴ en el punto IV de su exposición de motivos señala que: “*la expansión del teletrabajo (no necesariamente en empresas emergentes o start-ups) ha dado lugar al surgimiento de un nuevo estilo de vida denominado nomadismo digital. Los nómadas digitales son personas cuyos empleos (o actividad profesional añadiría) les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia*”.

La normativa española regula la residencia de estos profesionales itinerantes creando, desde el 23-12-2022, una nueva categoría de visado y de autorización de residencia de teletrabajo internacional para los extranjeros que quieran “*elegir España como un lugar de teletrabajo más estable*” y dejar de ser nómadas digitales, diría yo. Ambos instrumentos, que se insertan en un **nuevo capítulo V bis de la Ley de emprendedores**, se reservan a profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años.²⁵

Este nuevo **visado**, que se solicita en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas, les permite entrar y residir en España durante un período máximo de un año y teletrabajar por cuenta propia o ajena para empleadores con sede en cualquier lugar del mundo.²⁶

La nueva **autorización de residencia** que se tramita ante la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos estratégicos (la UGE-CE)²⁷ está prevista para un período inicial de tres años, es renovable por otros dos, lo que les permite conseguir la residencia permanente transcurridos esos cinco años. Está pensada para quienes vayan a agotar el año de residencia que les permite el visado,²⁸ aunque también cabe su aplicación a quienes tengan ya una situación administrativa regular de carácter temporal (por ejemplo, por cursar estudios en España), y quieran prolongar su residencia. Esta autorización se somete a los **requisitos generales** de la Ley de emprendedores que exige ahora un mayor control de antecedentes penales²⁹ y algunos requisitos adicionales específicos. En concreto se les exige entregar junto a otra³⁰ documentación:

²³ Croacia, Alemania, Grecia, Hungría, México, Noruega, Portugal y España (GMS 223, p. 5).

²⁴ Ley 28/2022 de 21 de diciembre de 2022 de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

²⁵ Ley 14/2013 art. 74 bis.2 redactado conforme a la Ley 28/2022 disp. final 5ª.

²⁶ Ley 14/2013 art. 74 quater redactado conforme a la Ley 28/2022 disp. final 5ª.

²⁷ Se siguen los plazos cortos fijados para en la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, gozando de silencio positivo y posibilidad de reagrupación familiar (Ley 14/2013).

²⁸ Deben solicitarlo 60 días naturales antes de la expiración, ver Ley 14/2013 art. 74 quater.3 redactado conforme a la Ley 28/2022 disp. final 5ª.

²⁹ Ver Ley 14/2013 art. 62 redactado conforme a la Ley 28/2022 disp. final 5ª. En concreto debe presentar certificado de antecedentes penales actual del país o países donde haya residido durante los últimos dos años. Adicionalmente se presentará una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los últimos 5 años. Lógicamente lo anterior no será de aplicación cuando se sea titular de una autorización residencia, o estancia en España superior a 6 meses y ya se haya aportado para obtener dicha autorización.

³⁰ Copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor. (todas las páginas); Justificante de haber abonado la tasa (mod. 790 038) adjuntado además el justificante del pago si este no se refleja sobre el propio

1. Acreditación de **actividad real y continuada** durante al menos un año de la **empresa** extranjera o grupo de empresas con la que el trabajador mantiene relación laboral o profesional. El trabajador tiene que acreditar una **relación laboral/profesional mínima de tres meses** con esa empresa a la fecha de la solicitud.
2. Una carta de la empresa extranjera, autorizando el **desarrollo del trabajo en remoto** desde España acreditando perfil del puesto, sueldo a percibir, términos y resto de condiciones en los que se va a ejercer la actividad profesional a distancia.
3. Copia de la **titulación relacionada** con el desempeño del puesto o en su caso **experiencia mínima** sustitutiva de aquel en funciones análogas al puesto que se pretende desempeñar.
4. También deben acreditar unos **recursos mínimos**, en concreto al menos mensualmente el 200% del SMI, conforme a la Ley de emprendedores. Cantidad que se incrementa en caso de reagrupación familiar.³¹

La normativa mencionada no ha introducido ningún cambio en materia de **Seguridad Social**, de manera que su situación dependerá básicamente de si el nómada digital extracomunitario proviene o no de un Estado con el que España tenga o no convenio internacional de Seguridad Social:

- a. Si la respuesta es afirmativa y está asegurado en origen en un Estado con el que existe **convenio bilateral o multilateral** de Seguridad Social con España, se solicita que acredite su condición de desplazado a través de un certificado de cobertura de Seguridad Social en origen. En efecto, adelantando un poco la posición que se mantiene ahora en el ámbito comunitario, que permite usar el desplazamiento de trabajadores en casos de teletrabajo puntual acordado (ver apartado 3.3 de este trabajo) y con independencia de que la iniciativa de la movilidad sea del propio nómada, se le exige ese certificado que acredita su aseguramiento a tal sistema de Seguridad Social de origen, donde estaría ubicada su empleadora en caso de trabajadores por cuenta ajena o donde está establecido el nómada autónomo que lo solicita, si el convenio bilateral previese tal solicitud.³² Este certificado impide que se le pueda exigir el alta en España, pues su carrera de seguro continúa temporalmente en su Estado de origen. Situación

modelo 790 y Formulario de solicitud firmado por el teletrabajador (Formulario MIT). https://extranjeros.inclusion.gob.es/UnidadGrandesEmpresas/ficheros/doc_orientativa/doc-solicitud-teletrabajador-internac.pdf

³¹ Conforme a la disposición adicional cuarta de la Ley 14/2013.

³² De los convenios bilaterales con España, esta posibilidad se contempla en los suscritos con Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá de forma excepcional, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, en EEUU de forma excepcional, Filipinas, Japón, en Marruecos de forma excepcional, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania. No se prevé respecto de China, Rusia, Uruguay y Venezuela. (Memento de Seguridad Social 2022, marginales nº6770 y s.).

que podrá mantenerse mediante prórrogas que pueden llegar a alcanzar los 5 años, aunque hay algunos convenios menos flexibles, especialmente para los trabajadores por cuenta propia (Memento de Seguridad Social 2022). En todo caso, al teletrabajador con certificado de cobertura, se le exige tener un **seguro público** o principalmente **privado de enfermedad**, sin que se acepten seguros de viaje, pues téngase en cuenta que muy pocos convenios bilaterales cubren esta contingencia sanitaria. **Agotadas todas las prórrogas** de la situación de desplazamiento, por ejemplo, transcurridos 5 años y gozando ya de residencia permanente, si deseara continuar teletrabajando desde España, tendrá que asegurarse al Régimen de Seguridad Social español que corresponda. Para la empresa foránea, carente de filial en España, esto puede suponer una complicación burocrática ante la TGSS, por la necesaria inscripción empresarial a través de un representante. En todo caso, al existir convenio, el trabajador siempre tendrá la tranquilidad de que tanto España como el otro Estado firmante del convenio, cuando sea preciso, totalizarán los períodos foráneos a efectos de obtener las prestaciones contempladas en el ámbito objetivo del mismo, por ejemplo, una futura pensión de jubilación a *prorrata temporis*.

- b. En caso contrario, si **no hay convenio**, el nómada digital debe darse de alta en la Seguridad Social española desde el principio acreditando al menos la solicitud de inscripción de la empresa extranjera ante la Seguridad Social española y el compromiso de alta una vez obtenida la autorización antes del comienzo del trabajo. Es cierto que la autorización comentada solo se refiere a la residencia, pero precisamente queda implícita en la misma la posibilidad de teletrabajar para una empresa foránea y en la práctica de solicitar el alta a la Seguridad Social española, pues teclea, se conecta y reside en España. En este supuesto, hecha el alta ya tendría, como asegurado, la cobertura **sanitaria** española, por lo que no sería necesario el seguro médico contemplado en el anterior supuesto. A diferencia del anterior, este nómada digital que empieza una carrera de seguro en España no podrá **totalizar** los períodos de seguro que previamente realizó en el Estado donde estaba ubicada su empresa y venía cotizando, pues, como se ha señalado, no existe convenio bilateral con España que lo avale. No obstante, curiosamente sí gozará de la posibilidad de **exportación** de las pensiones contributivas que pudiera obtener en España. En efecto, la Administración española unilateralmente las exporta a todo el mundo.

Si el nómada digital obtiene la residencia permanente en España si desea seguir ejerciendo su nomadismo en la UE, Noruega, Islandia, Liechtenstein o Suiza, ya estaría cubierto por los Reglamentos de coordinación de la UE y se podrían totalizar sus períodos “comunitarios” en virtud del Reglamento UE/1231/2010. En efecto, este Reglamento permite la cobertura de los nacionales de terceros Estados residentes legales en situaciones de transnacionalidad comunitaria.

Con la concesión de la autorización, los teletrabajadores, siempre mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, tienen los siguientes **derechos**:

- a) Si son **por cuenta ajena** solo pueden trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional.
- b) Sin embargo, si son **autónomos** pueden trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional, entiendo que valorando sus ingresos. La situación de Seguridad Social en este caso es ambigua. Si el autónomo estuviera dado de alta como tal en España habría que estar a la normativa nacional en caso de pluriactividad. Menos clara es la situación del autónomo que tuviera certificado de cobertura de Seguridad Social al amparo de un convenio bilateral, en cuyo caso entiendo que tendría que estar a las normas de conflicto que este estableciera para determinar la legislación aplicable y evitando la doble cotización.

Aunque pendiente de desarrollo, la Ley de startups mejora el **régimen fiscal** de estos nómadas digitales desplazados a España, siendo irrelevante en el caso de los trabajadores por cuenta ajena que tal desplazamiento haya sido o no ordenado por el empresario. En concreto, se les permite optar por la tributación por el Impuesto de la Renta de no Residentes con el objetivo de atraer el talento extranjero. Se reducen (de 10 a 5) los años los durante los cuales el contribuyente no puede haber sido residente fiscal en España con lo que se facilita el acceso a ese régimen.³³

Respecto de los ciudadanos comunitarios que decidan hacerse nómadas digitales la cuestión **migratoria** desaparece gracias a la libre circulación. En materia de **Seguridad Social** habría que estar a las soluciones adoptadas en el marco del Derecho de la UE, tal y como se exponen en los siguientes apartados.

2. El teletrabajo pandémico en la UE (de 02/2020 a 30/06/2022)

A este período ya le dediqué un anterior artículo (Carrascosa Bermejo 2022) donde, por un lado, se describían las diferentes soluciones que se fueron adoptando en la Unión Europea, donde más rápidamente se reaccionó y se sigue evolucionando. Por otro lado, se proponía una nueva interpretación “virtual” de la conexión básica, la *lex loci laboris*, establecida en las normas de coordinación. En esos supuestos se proponía mantener una conexión estable con la ley del lugar de la sede de la empresa empleadora, aunque con alguna salvaguarda para evitar el dumping social (ver apartado 4).

³³ Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas art. 93.1 redactado por la Ley 28/2022 disp. final 2ª.5.

El **teletrabajo pandémico masivo**, el de los confinamientos de 2020 asociados al COVID-19, obligó a afrontar la cuestión desde un punto de vista práctico (Sostero et al 2020). La UE, en concreto, la **Comisión Europea** reaccionó rápidamente en marzo de 2020, recomendando, a través de una Decisión,³⁴ el uso de los Acuerdos entre Estados miembros previstos en el artículo 16 del Reglamento CE/883/2004 para evitar el cambio de la legislación aplicable de Seguridad Social. Con estos acuerdos, siempre en beneficio del teletrabajador, se pretendía evitar el cambio de legislación de Seguridad Social aplicable que hubiera derivado de la aplicación de las normas de conflicto comunes del Título II del Reglamento CE/883/2004 a estos supuestos de teletrabajo sobrevenido por restricciones fronterizas u otras recomendaciones sanitarias.

Dos meses más tarde, la mencionada **Comisión Administrativa**, adoptó una primera Nota Orientativa en la que se dieron soluciones interpretativas a algunas de las cuestiones planteadas.³⁵ La solución propuesta, con efectos desde febrero de 2020 a junio 2022, fue sencillamente obviar este tipo de teletrabajo, a efectos de ley aplicable de la Seguridad Social. En otras palabras, hacer como si no existiera, siempre y cuando la situación laboral del teletrabajador no cambiara, manteniendo la legislación de Seguridad Social aplicable antes del COVID-19. La fundamentación jurídica de esta nota es que este tipo de teletrabajo respondía a un supuesto de fuerza mayor³⁶.

En ese contexto, según un estudio realizado por la **Autoridad Laboral Europea**, algunos Estados miembros adoptaron medidas específicas: se emitieron documentos portátiles A1 como si se tratara de un desplazamiento o se firmaron acuerdos con una base jurídica discutible, pues no se fundamentaban en los artículos 8 y 16 del Reglamento CE/883/2004. Motivo por el que si un trabajador no estuviera conforme con la interpretación realizada podría impugnar su situación de Seguridad Social ante los tribunales nacionales. España, al igual que otros 14 Estados Miembros no adoptaron ninguna medida específica,³⁷ en nuestro caso ni siquiera se dio publicidad al Acuerdo de la Comisión Administrativa, pero todos ellos lo respetaron. Estos Estados llegaron a acuerdos sobre casos puntuales, a través del artículo 16 del Reglamento de base con otros Estados, siempre en beneficio del teletrabajador.

El **consenso** en torno a esa Nota de la Comisión Administrativa y la directriz de obviar el teletrabajo, cada vez menos pandémico, se **prorrogó** hasta finales de junio de 2022.

³⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0330\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0330(03)&from=ES)

³⁵ Aunque en su momento no fue publicada, a fecha de hoy puede consultarse en la página 33 a 37 del documento disponible en la web de la Comisión <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26238&langId=en>

³⁶ En el ámbito de la coordinación de la Seguridad Social este principio se interpretó de forma amplia en la STJUE de 13 julio 1995 (asunto C-391/93, Umberto Perrotta contra Allgemeine Ortskrankenkasse München).

³⁷ Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y Rumanía.

3. El teletrabajo postpandémico transitorio en la UE (de 01/07/2022 a 30/06/2023)

El cambio de escenario se produce con la aprobación en mayo de 2022 de una nueva Nota Orientativa de la CA nº 125/2022, que contó con el **apoyo de 24 Estados** miembros, todos salvo Bélgica, Suecia y Hungría.

En ella se reconoce, en primer lugar, lo que ya resultaba evidente, la **fuerza mayor** asociada a la pandemia ya no podía ser una base jurídica válida para seguir obviando las situaciones de teletrabajo transfronterizo.

3.1. Objetivo de la Nota Orientativa CA nº 125/2022 y ámbito de aplicación temporal

La nota no aporta ninguna luz sobre la interpretación de la regla general o ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*) en caso de teletrabajo y que, a mi modo de ver, debía haber sido el punto de partida. A esta cuestión me referiré en el apartado cuarto de este artículo. La Nota por el contrario se centra en analizar el papel que pueden jugar la norma de **desplazamiento** (artículo 12)³⁸ y la denominada **multi-Estado** (artículo 13)³⁹. Estas normas no dejan de ser excepciones a la regla general *lex loci laboris*, y, por tanto, como es bien sabido, deben interpretarse restrictivamente siempre con el objetivo fundamental de tratar de dotar de estabilidad a la legislación aplicable. En el marco de la aplicación de la norma multi-Estado también pretende, indirectamente, eliminar los problemas de desigualdad de trato que podrían darse entre teletrabajadores transnacionales y residentes en el Estado de empleo. Si se restringe su derecho a teletrabajar frente a los segundos, esto podría ser constitutivo de un obstáculo a la libre circulación. Finalmente, la nota muestra los diferentes tipos **acuerdos** que pueden alcanzarse al amparo del artículo 16.1 del Reglamento de base, previendo excepciones a todas las normas vinculantes establecidas en su propio Título II⁴⁰.

Con tal fin, **desde julio 2022**, se acepta, por un lado, la aplicación de la normativa sobre desplazamiento al teletrabajo puntual, y se flexibiliza la interpretación que se venía realizando de la norma multi-Estado al teletrabajo híbrido. A pesar de ello, la Comisión Administrativa es consciente de que la aplicación de la normativa común en muchos casos significará un cambio de la legislación aplicable, mantenido en una

³⁸ Relativo a nuestros efectos, al empleado que trabaja por cuenta del empleador, durante un período cuya “duración prevista” no supera los 24 meses se le permite mantener la plena aplicación de la legislación del Estado miembro de origen, es decir, donde está establecida la empresa, si el trabajador no es enviado para sustituir a otra persona que haya llegado al final del periodo para el que fue desplazado previamente.

³⁹ Muy brevemente, se entiende que el objetivo de esta norma es proteger a los trabajadores que normalmente (de forma permanente o regular teniendo en cuenta los 12 meses naturales siguientes) trabajan en dos o más Estados miembros en los que realizan actividades relevantes (no deben tenerse en cuenta las actividades marginales que representen menos del 5% del tiempo de trabajo normal o del salario). En virtud de esta norma, podría aplicarse la legislación del Estado de residencia o la del Estado de sede de la empresa, cuando en ellas se realiza trabajo.

⁴⁰ Artículos 11 a 15.

burbuja desde la pandemia. Esta situación, cuando el margen flexibilizador se agota, puede ir en contra de los intereses de los teletrabajadores afectados. En ese caso, sólo los **acuerdos del artículo 16** pueden entrar en juego, evitándolo. Dado que estos acuerdos son complejos y requieren tiempo para su consecución, se concedió a las empresas y a las propias Administraciones nacionales un plazo de adaptación hasta el 31-12-2022, que se amplió, antes de finalizar el año, hasta junio de 2023, permitiéndose mantener en el interín el *status quo* pandémico, la burbuja.⁴¹ Esta posibilidad no ha sido entendida ni aplicada en todos los Estados miembros de forma uniforme, de hecho España considera que ese privilegio, el de mantenimiento de la ley aplicable previa a julio de 2022, solo se puede aplicar a las situaciones generadas en el marco de la anterior Decisión de la CA pandémica. De manera, que la nueva interpretación y, en su caso, la normativa que correspondiera se aplicaría directamente a un teletrabajador contratado en agosto de 2022. En la práctica no todos los Estados miembros lo entienden así y otros, mientras dura el período transitorio hasta julio 2023 aplican a los teletrabajadores la situación previa con independencia del momento de su contratación, mientras se afanan en firmar acuerdos bilaterales para solucionar su situación de forma individual o colectiva.

3.2. Tipo de teletrabajo afectado por la Nota Orientativa nº 125/2022

El teletrabajo transfronterizo por cuenta ajena beneficiado por la Nota Orientativa es el **acordado entre el empresario y el trabajador**, conforme a la legislación nacional,⁴² lo que implica la necesidad de voluntariedad, siempre que concurren los siguientes requisitos:

El primer requisito es que la nota se refiere al **teletrabajo interactivo** por **cuenta ajena** al que se aludía al comienzo de este artículo. En el sentido de que se realiza utilizando tecnologías de la información que permitan al trabajador permanecer conectado al entorno de trabajo empresarial o de los clientes de este, para cumplir las tareas asignadas de la misma forma, tiene que hacer la misma actividad. Esto supone que, por ejemplo, respecto de los nómadas digitales autónomos, la mayoría, la Nota, como criterio interpretativo, carece de virtualidad.

El segundo requisito es la **internacionalidad**, el elemento transfronterizo, pues se refiere a un teletrabajo que se realiza en otro Estado miembro a aquel en el que se ubican

⁴¹ Esa ampliación de la Nota Orientativa se decidió en el seno de la Comisión Administrativa el 14 de noviembre de 2022.

⁴² En el caso de España el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, ya vacío de contenido, remite en bloque a la Ley 10/2021 que desafortunadamente solo se refiere al denominado teletrabajo regular y ha dejado el irregular en una especie de limbo, donde parece que se aplicaría la normativa laboral general. Se entiende por teletrabajo regular aquel que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del 30% de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (ver artículos 1 y 2 de esa Ley). Téngase en cuenta que la negociación colectiva puede reducir el porcentaje convirtiendo teletrabajo irregular en regular (Ley 10/2021 disp. adicional 1ª.2). Ese porcentaje se incrementa al 50% respecto de los contratos formativos, aunque se permite que la negociación colectiva lo incremente o reduzca siempre que no afecte a trabajadores menores de edad (Ley 10/2021 art. 3 y disp. adicional 1ª.2).

los locales del empresario o del centro de trabajo donde normalmente se realiza el mismo trabajo. Por lo que parece implícito que es un teletrabajo sobrevenido al trabajo presencial habitual, que se mantiene. Además, la propia nota entiende que el teletrabajo a realizar debe ser el mismo que se realiza en la empresa, por lo que descarta su aplicación cuando el teletrabajador es enviado a prestar servicios online a otra empresa realizando tareas diversas a las que realiza de forma presencial. Otra posible interpretación más flexible, es que el teletrabajo cubierto por la Nota es aquel que posee, al menos, un elemento de comparación con algún trabajador presencial habitual. En ese sentido, la Nota impediría su aplicación a una empresa en la que todos los empleados o un determinado tipo de empleados sean teletrabajadores y su trabajo se realice completamente online.

3.3. Ley aplicable al teletrabajo internacional puntual: la norma de conflicto sobre desplazamiento

Durante la pandemia, algunos Estados miembros, como Bélgica, utilizaron la norma de desplazamiento, el artículo 12 del Reglamento (Carrascosa Bermejo 2019 y Carrascosa Bermejo y Contreras Hernández 2022) y expidieron documentos portátiles A1 (PDA1), a su amparo, para mantener la legislación aplicable en situaciones puntuales de teletrabajo en el extranjero por voluntad del trabajador. Me refiero, por ejemplo, a un ***empleado belga que decide teletrabajar tres semanas desde su apartamento en España***. Con estos PDA1 las empresas y el propio trabajador quedaban cubiertos en destino, por ejemplo, en caso de accidente. Otros Estados, como España, consideraron que el “teletrabajo” no era realmente un desplazamiento, de manera que no expidieron este tipo de PDA1. No era una postura beligerante, sino más bien teórica, de concepto. Desde un punto de vista práctico, España no cuestionó esos PDA1 belga, ni tampoco mantuvo que tuvieran que darse de alta al sistema español.

La duda surgía en los casos en los que la **iniciativa venía del trabajador**, pues los teletrabajadores, durante lo que hemos denominado una “teleworkation”. Ninguna duda concurre, por tanto, con verdaderos desplazamientos físicos del teletrabajador a instancia del empresario para asistir a una reunión de trabajo, o para prestar servicios en otro Estado miembro⁴³ donde, por supuesto, siempre se pudo expedir un PDA1 del art. 12. Aunque menos controlable, tampoco, parece que se estuvieran planteando problemas respecto del desplazamiento del teletrabajador autónomo, si este decidiese desplazarse a ejercer una actividad similar a la que normalmente realiza en el Estado miembro de origen teletrabajando en el extranjero durante un periodo de tiempo limitado, siempre que se cumplieran los requisitos legales (Carrascosa Bermejo 2019).

A partir del 1-7-2022 los Estados miembros en la Nota Orientativa nº 125/2022 consensuaron que el desplazamiento sí cabía en casos de **teletrabajo transfronterizo**

⁴³ En tal caso, incluso sería aplicable la Directiva 96/71 a efectos laborales sobre el desplazamiento, ya que existe movilidad física vinculada al trabajo.

temporal, tal y como había defendido previamente parte de la doctrina.⁴⁴ Hay que subrayar que se refiere a teletrabajo internacionalmente puntual, porque si fuera habitual habría que considerar la aplicación de la norma de conflicto multi-Estado, esto es, el artículo 13 del Reglamento CE/883/2004.

A mí modo de ver, la Nota Orientativa consigue un **consenso útil** que ofrece seguridad jurídica a empresas y trabajadores, dando una solución práctica a estos supuestos, en los que no tiene sentido que cambie la legislación aplicable. Sin embargo, la propia Nota señala que hay que aplicar todos los requisitos del desplazamiento y algunos siguen siendo dudosos, desde un punto de vista dogmático y práctico.⁴⁵

Por un lado, la primera duda surge sobre si está realizando el teletrabajo en España **por cuenta de su empresario**, tal y como exige el art. 12 del Reglamento, lo que no supone que deba estar prestando necesariamente un servicio empresarial, pues también se admite la emisión de un PDA1 en casos de viaje de negocios. La duda radica entonces en si el desplazamiento tiene que ser siempre una decisión empresarial, o cabe que se realice a instancia del trabajador, permitiéndolo la empresa. La Administración belga sostenía que mientras siguiera trabajando bajo las instrucciones o dirección del empresario se debía entender que estaba trabajando por cuenta de éste. Esta es la postura mantenida actualmente por la Nota Orientativa 2022 que considera que es irrelevante de quien parta la iniciativa, pues está claro que hay un acuerdo entre las partes.

Por otro lado, también podría existir cierta dificultad para determinar de forma objetiva la duración prevista del desplazamiento que, en principio, debía conectar con la **duración prevista del trabajo** o actividad a realizar en el extranjero, que previsiblemente no podía superar los 24 meses. La medición objetiva de este parámetro se complica porque en nuestro ejemplo el teletrabajador interactivo no va a Barcelona a hacer nada concreto desde un punto de vista profesional, solo va a continuar haciendo el mismo trabajo que realiza normalmente en Bélgica y su duración la va a decidir él unilateralmente, dentro del marco temporal de los 24 meses mencionados. En este sentido suscita alguna duda la justificación de las prórrogas. En cualquier caso, superados los plazos, siguiendo la interpretación común del desplazamiento, tras dos meses en Bélgica parece muy posible que se admita que el contador se ponga de nuevo a cero, lo mismo que si cambia de Estado de destino.⁴⁶ Esta interpretación flexible, facilitaría la movilidad de los nómadas digitales en Europa. Además, en este contexto ningún sentido parece tener la prohibición de reemplazo que fija esta normativa. Finalmente, tampoco resulta cómodo contestar las preguntas que, de acuerdo con la Recomendación A1 de la propia CA⁴⁷, se

⁴⁴ Considerando que una modificación de los Reglamentos para la incorporación explícita de estos supuestos al artículo 12 sería lo óptimo (Verschueren 2022, p.10).

⁴⁵ Debe mantener su estructura empresarial, su infraestructura organizativa en origen (Carrascosa Bermejo 2022, p. 236).

⁴⁶ Sobre esas posibilidades interpretativas al amparo de la Decisión nº A2 de la Comisión Administrativa, punto 3º ver (Carrascosa Bermejo 2019, p. 54).

⁴⁷ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32018H0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32018H0529(01))

deberían plantear para su emisión: ¿Cuál es la empresa en España? ¿Cuál es la actividad durante el desplazamiento? La misma...

La Nota Orientativa da una **lista de ejemplos** en los que la emisión del PDA1 del artículo 12 es posible, siendo la premisa la voluntariedad y consenso en este tipo de movilidad internacional del teletrabajador. Así se prevé que cabría el teletrabajo mientras la empresa hace obras en sus oficinas, en interés del trabajador que se ha de ocupar de dependientes, o por simple acuerdo de las partes por un proyecto específico. **No** se trata de una **lista cerrada**, siempre que exista un acuerdo entre el empresario y el teletrabajador. En caso de duda, podría ser aconsejable un acuerdo entre Administraciones de Seguridad Social, siempre en interés del trabajador, suscrito al amparo del Reglamento CE/883/2004 art. 16.

Por último, conviene tener presente que la solución de la Nota no parece extrapolable a **desplazamientos a terceros Estados**, por ejemplo, a una vivienda vacacional en Colombia, al menos bajo el paraguas de los Reglamentos. La cobertura de Seguridad Social en ese Estado tendría que ser vía Convenio bilateral. La aplicación de los Reglamentos en supuestos de este tipo solo se ha suscitado en la jurisprudencia del TJUE, para proteger de la doble cotización a favor de quien tras haber ejercido la libre circulación es enviado a un tercer Estado y mantiene vínculos muy estrechos con su empleador.⁴⁸

3.4. Ley aplicable al teletrabajo híbrido: la norma de conflicto multi-Estado

Se trata de la forma de teletrabajo más **habitual** se refiere a supuestos como el de un empleado que trabaja, por ejemplo, *de forma habitual o regular presencialmente en la sede de la empresa en Francia tres días y otros dos días teletrabaja desde su domicilio en España*. La habitualidad ha de ser la tónica en los 12 meses siguientes (Reglamento 987/2009 art. 14.10), ya que debe preverse para un período no limitado por ese período.⁴⁹ Además, el trabajo realizado en cada Estado **no puede ser marginal**⁵⁰ lo que implica que debe suponer más del 5% del tiempo de trabajo o del salario.⁵¹ Esto no siempre es fácil de demostrar, pero en el caso del teletrabajo, el control de las conexiones IP a la VPN sería muy preciso si hubiera controversia legal.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, STJUE de 29 de junio de 1994 (asunto C-60/93, Aldewereld). Este asunto se refería al Sr. Aldewereld, nacional neerlandés que residía en los Países Bajos cuando aceptó un empleo en una empresa establecida en Alemania, que le destinó inmediatamente a Tailandia, donde trabajó durante 1986. A menos que cotizara en Alemania, la Administración neerlandesa le pedía cotizaciones, ya que el Sr. Aldewereld mantenía su residencia en los Países Bajos. El Tribunal de Justicia establece que los Reglamentos de coordinación se oponen a la recaudación de cotizaciones con arreglo a la legislación social del Estado de residencia de una persona que reside en un Estado miembro y, al servicio de una empresa establecida en otro Estado miembro, trabaja exclusivamente fuera de los Estados miembros, en virtud de cuyo empleo está sujeto al pago de cotizaciones con arreglo a la legislación social del otro Estado miembro.

⁴⁹ STJUE de 16 de febrero de 1995 (asunto C-425/93, Calle Grenzshop).

⁵⁰ Art. 14.5(b) del Reglamento de aplicación 987/2009.

⁵¹ Según la Guía de la Comisión Administrativa sobre legislación aplicable op.cit.

Como se recordará, durante la pandemia se obvió el teletrabajo transfronterizo y se mantuvo la afiliación a la Seguridad Social francesa mientras la situación laboral no variase. **A partir del 1-7-2022**, salvo excepción respecto de los teletrabajadores protegidos por el **período transitorio** (extendido hasta el 1-7-2023), se impone la aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2009. A su amparo se aplicaría la normativa española de Seguridad Social porque el sujeto trabaja y reside en España donde parece realizar una actividad sustancial no marginal salvo que concurren otros elementos que indiquen la falta de sustancialidad, tal y como la Nota Orientativa favorece. Por otro lado, en esos casos si para evitar el cambio normativo, el empresario francés denegase el teletrabajo en España, y solo lo estuviera autorizando a quienes residen en Francia, esto podría suponer un obstáculo a la libre circulación e incluso una discriminación indirecta de los teletrabajadores afectados.

Como es sabido, en el marco de la aplicación del artículo 13 un elemento muy relevante es la identificación de la existencia de actividad sustancial en el Estado de residencia que permita la aplicación de la ley de ese Estado. De hecho, si no hubiera actividad sustancial, se aplicaría la ley del Estado donde está establecida la empresa, la ley francesa. Con el pluriempleo la cosa se complica un poco más.⁵² **¿Cómo sabemos si hay actividad sustancial?** Se tendrán en cuenta los siguientes **criterios orientativos**: el tiempo de trabajo y/o la remuneración, si la proporción de estos criterios es inferior al 25%, que se considera un indicador de que una parte sustancial de la actividad no se ejerce en España.⁵³

La nueva Nota Orientativa de la Comisión Administrativa nº 125 pide al respecto **un enfoque flexible** de este criterio del 25% en el marco de una evaluación global según la situación de que se trate considerando los 12 meses siguientes. En este punto, la Comisión Administrativa hace una interesante disquisición que se aproxima a la interpretación virtual del teletrabajo que se defiende en el apartado cuarto de este artículo. Se señala que el teletrabajo es muy diferente de otras formas de trabajo, ya que el teletrabajador realiza las **mismas funciones y permanece conectado** al entorno laboral del empresario, utilizando los instrumentos informáticos que éste le proporciona. Además, la Comisión Administrativa llega a afirmar que el teletrabajo transfronterizo tampoco tiene **ningún efecto en el mercado laboral local**, el de la residencia del trabajador, donde se lleva a cabo el teletrabajo, desde donde se conecta y teclea. Con estos argumentos, la Comisión Administrativa parece animar a los Estados miembros a **no tener en cuenta** este teletrabajo híbrido o, al menos, a no centrarse únicamente en el 25%, que no es más que un indicador, y a atender globalmente a todos los criterios, en un intento de no modificar la legislación aplicable. Según la Comisión Administrativa esta interpretación podría aplicarse al trabajo híbrido

⁵² En este caso de pluriempleo hay que atender precisamente al lugar donde se encuentran las sedes o domicilios de las empresas involucradas. Si todas tienen la sede en el mismo Estado, se aplica la legislación de ese Estado (art. 13.1.b, punto ii). Si se encuentran las sedes de estas empresas en dos Estados miembros y en uno de ellos reside el teletrabajador, se aplica la ley de la sede de la otra empresa donde no hay residencia (punto iii). Cuando el trabajador no reside en ninguno de los Estados donde están las diferentes sedes de las empresas, prima la ley de residencia del empleado (punto iv). Siempre la residencia, como cláusula de cierre, cuando el lugar de empleo no se puede determinar.

⁵³ Reglamento CE/987/2009 art. 14.

semanal o en intervalos más largos, en el caso de acuerdos flexibles entre empleados y empleadores, es decir, para teletrabajar un número máximo de días al año.

En efecto, también se podrían **ponderar otros elementos** como la propia actividad del teletrabajo realizado desde el domicilio. En este sentido, resulta interesante una reciente **sentencia**, de febrero de 2023, en la que se dejan entrever algunos de ellos. Aunque no hay que dejarse llevar por la euforia, pues precisamente la sentencia no cuestiona la aplicación de la ley de Seguridad Social del Estado de residencia y versa sobre la determinación del Estado competente para el abono de la garantía por insolvencia, lo que sería en España el FOGASA.⁵⁴ En concreto, el **pleito de origen** abordaba el caso de un directivo que trabajaba una semana en Austria donde estaba la sede de la empresa y la mayoría de los trabajadores y la otra semana en Alemania desde su casa donde residía, estaba tan solo en contacto con un colaborador autónomo de la empresa y cotizaba a la Seguridad Social al amparo del artículo 13. El Tribunal determina que el Estado competente es Austria, al negar la existencia de **actividad empresarial** en Alemania, lo que le permite evitar pronunciarse sobre donde **presta habitualmente sus servicios** este trabajador, lo que hubiera sido muy interesante. Sin embargo, en su argumentación se deslizan afirmaciones que pueden ser útiles en otros ámbitos, como el fiscal, pues considera que el núcleo central de la actividad del trabajador se encuentra en el lugar de la sede de la empresa, en Austria. En concreto se señala que, aunque el **trabajador ha efectuado de facto**, desde su domicilio en Alemania, la mitad de su trabajo (que consistía en dirigir dos departamentos y asumir la responsabilidad de los empleados de la oficina del empresario en Austria), **en realidad**, es en Austria donde realizaba tanto la actividad práctica, como la fijada en su contrato de trabajo. Motivo por el que el teletrabajo queda en un segundo plano y se considera que la empresa no tiene actividad en Alemania, donde paga las cotizaciones, siempre a los efectos de la Directiva sobre insolvencia.

No está nada claro cuál está siendo en la práctica el **resultado de este enfoque flexible**, ya que depende de la posición de los Estados miembros implicados y no todos están manteniendo la misma. Me consta que España flexibilizó su postura respecto de los teletrabajadores fronterizos franceses residentes en España en un intento de evitar la aplicación de la normativa española. Más dudas surgen, si cabe, en relación con los 3 Estados miembros que no están de acuerdo con la Nota Orientativa (Bélgica, Suecia o Hungría) que recordamos que no es jurídicamente vinculante.

Esta interpretación flexible y la propia Nota Orientativa en este punto, en buena medida responden a un intento de evitar que algunos teletrabajadores transfronterizos pueden estar sufriendo una **discriminación indirecta por razón de nacionalidad** que les obstaculice su derecho a la libre circulación. En efecto, hay empresas que permiten a los trabajadores locales, los que residen donde está establecida la empresa, teletrabajar 2 o 3 días a la semana, mientras que a los trabajadores transfronterizos, los que residen en otro Estado miembro, sólo les permite el teletrabajo por 1 día, con el objeto de no superar un porcentaje estricto del 25% que antes de la nota hubiera supuesto un cambio

⁵⁴ STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-710/21, IEF Service GmbH) apartado 46.

automático de la legislación aplicable en favor de la legislación de residencia. Estas **restricciones** empresariales se han reportado en algunos Estados, como República Checa o Francia, sin embargo, no me constan limitaciones de este tipo en España que al menos hayan dado lugar algún litigio. Si sucedieran, a mi modo de ver, la justificación de estas políticas no es sencilla y no parece que pueda recaer en motivos económicos como el incremento de la carga administrativa, o burocrática asociada al cambio de norma de Seguridad Social o en el aumento de sus costes laborales (Carrascosa Bermejo 2022). Esas razones económicas no suelen ser atendidas por el Tribunal de Justicia cuando analiza limitaciones a la libre circulación.⁵⁵

Para zanjar el problema, se podría haber alcanzado una **mayor seguridad jurídica** si se hubiera aumentado el porcentaje de teletrabajo admitido en el Estado de residencia, dejando fuera a los trabajadores del sector del transporte, a un 40% o 50% en lugar del 25% (Weerepas et al 2021). Sin embargo, los Estados miembros han preferido que esos porcentajes se recojan en acuerdos específicos bilaterales o multilaterales (al amparo del Reglamento CE/883/2004) del artículo 16 cuando la aproximación flexible no permitiera el mantenimiento de la legislación aplicable. Como se verá en el siguiente epígrafe.

3.5. Los acuerdos entre Estados miembros en beneficio del teletrabajador

La Nota Orientativa de la Comisión Administrativa nº 125/2022 también tiene en cuenta los acuerdos sobre teletrabajo entre Administraciones (al amparo del artículo 16 del Reglamento de base), que se utilizaron ampliamente durante la pandemia para exceptuar la *lex loci laboris* y también las excepciones a esta disposición contenidas en los artículos 12 y 13 del propio Reglamento.

Con carácter general, cualquiera de los Acuerdos del artículo 16 mencionados deben suscribirse en **interés del trabajador afectado** y pueden poseer carácter retroactivo,⁵⁶ seguramente por la demora que suele traer aparejada su suscripción. Asumiendo tales limitaciones, la Nota Orientativa reitera que tales acuerdos solo pueden hacerse en interés y con el consentimiento de los afectados. Por ello, apuesta por la **transparencia**, debiéndose formalizar los individuales a través de EESSI y los de grupo o empresa, a través del procedimiento que se establezca. Además, respecto de los Acuerdos **de grupo o colectivos** cualquier trabajador que no se viera representado o no le interesara, por el motivo que fuera, podría solicitar no ser incluido en su ámbito de aplicación. Su exclusión solo determinaría la aplicación genérica de las normas de conflicto del Título II del Reglamento de base en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a su situación de teletrabajo. En este sentido de transparencia y posibilidad de *opting out*, resultaría interesante que se reforzara el **derecho a ser informado**, también de cualquier cambio, sobre la ley de Segu-

⁵⁵ Entre otras STJUE de 21 de septiembre de 2000 (asunto C-124/99, Carl Borowitz contra Landesversicherungsanstalt Westfalen) y STJUE de 28 de abril de 1998 (asunto C-120/95, Nicolas Decker contra Caisse de maladie des employés privés).

⁵⁶ STJUE de 29 de junio de 1995 (asunto C- 454/93, Joop Van Gesel).

ridad Social aplicable a su relación laboral. Este objetivo puede conseguirse a través de las normas nacionales de incorporación de la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que alude a esta cuestión,⁵⁷ y cuyos plazos de transposición España ha incumplido.

La Nota directamente consensua motivos o criterios que avalarían la excepción del artículo 16 y alude, por un lado, al teletrabajo por motivos familiares, aludiendo a la hospitalización de un familiar o la necesidad de cuidados constantes o reforzados del mismo. Por otro lado, aceptan el teletrabajo que facilite la actividad profesional de las personas con discapacidad.

La Nota Orientativa se refiere a los siguientes tipos de Acuerdos:

1. Acuerdos **bilaterales** entre Estados que a su vez pueden dirigirse

- a) A un **trabajador individual**. Estos, por parte de España los suele suscribir la propia TGSS y se realizan a través de la plataforma EESSI (Electronic Exchange of Social Security information).⁵⁸
- b) A **grupos de teletrabajadores** específicos, por ejemplo, los teletrabajadores transfronterizos híbridos de una empresa o todos los existentes en ambos Estados. En este caso, la suscripción, en el caso de España, se asume desde el propio Ministerio de inclusión, Seguridad Social y migraciones. Del tipo bilateral para grupos de teletrabajadores (1.b), se puede mencionar el existente entre **Dinamarca y Suecia** que permite elevar respecto de los fronterizos el umbral de la sustancialidad a un 50%. También el alcanzado **entre Alemania y Austria** que se suscribió en noviembre de 2022 y entró en vigor en 2023 y que deja el umbral de la sustancialidad en un 40%. En este caso se trata de un convenio específico para el teletrabajo transfronterizo interactivo u online que define de forma idéntica a la propia Nota Orientativa.⁵⁹ Es un Acuerdo a favor de trabajadores híbridos transfronterizos que trata de evitar que queden vinculados a la legislación del Estado de residencia, y que dejen de estar asegurados a la legislación de su Estado de empleo. No es de aplicación directa, sino que funciona como un Acuerdo marco. De manera, que tanto los trabajadores individuales como sus empresarios, respecto de grupos de empleados en tal situación que deseen la inaplicación de la norma general, deben solicitar la firma de un acuerdo

⁵⁷ Directiva (UE) 2019/1152 ver apartado 22 de la exposición de motivos, la controvertida exclusión de los trabajadores del mar y los pescadores en su apartado 8 y el artículo 4.2.o) que exige información: *cuando sea responsabilidad del empleador, la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.*

⁵⁸ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1544&langId=en>

⁵⁹ Deja fuera de su ámbito de aplicación a quienes tengan otro empleo dependiente o por cuenta propia o que mantengan relaciones con un tercer Estado pertinentes para la determinación de la legislación aplicable en virtud del título II del Reglamento (CE) nº 883/2004 (Acuerdo austriaco-alemán).

de exención del artículo 16 del Reglamento a su amparo. La firma de tales acuerdos entre ambos Estados se mecaniza y simplifica gracias a este Acuerdo marco.

Conviene destacar que este acuerdo entre Alemania y Austria, desde un punto de vista temporal, permite mantener en su “burbuja” a los teletrabajadores fronterizos pandémicos, por ejemplo, cubiertos por el período de adaptación, extendido hasta el 30-6-2023, mientras la propia Comisión Administrativa lo permita (art. 4.1). Tampoco el acuerdo general entre Estados es óbice para la firma de Acuerdos bilaterales individuales a favor de algún trabajador (art. 4.2). Si en algún momento expirara el Acuerdo bilateral (que en principio tiene duración indefinida, aunque obviamente podrá ser denunciado por cualquiera de las partes con una anticipación de 3 meses, ver art. 4.3), esto no afectaría a la validez de los acuerdos individuales o a favor de un grupo celebrados, a modo de excepción, con base en el mismo, mientras no cambie la situación a la que se refieran (art. 4.4). La gestión de tantas situaciones diferentes no parece sencilla.

2. Acuerdos **multilaterales**, entre varios Estados para grupos de teletrabajadores específicos, por ejemplo, todos los fronterizos de tres o más Estados.

Entre estos últimos resultan interesantes los **Acuerdos marco** de todos los Estados miembros, y por tanto, multilaterales, porque contarían al menos con el consenso mayoritario de los Estados miembros, respecto de ciertos parámetros, y cuya aplicación pudiera ser reclamada, por ejemplo, por un teletrabajador, o una empresa que podrían obtener la suscripción de un acuerdo ad-hoc por las autoridades o instituciones competentes nacionales involucradas, mucho más rápidamente.

En este último tipo de Acuerdos se podría encuadrar **el que propone el Grupo de Trabajo de la Comisión Administrativa** sobre teletrabajo, que se incluye en el informe que presentará a finales de marzo de 2023. Atañe a los teletrabajadores fronterizos (los afectados por el art. 13.1.a) del Reglamento de base). En este caso, parece haberse consensuado un generoso 50% como umbral de teletrabajo híbrido a domicilio, permitiendo que hasta esa cantidad no se produzca el aseguramiento en el Estado de residencia. A este tipo de Acuerdo marco entiendo que se le debería dar la máxima difusión. Preferiblemente, la Nota menciona que podrían incluirse por ejemplo en una Recomendación de la propia CA que se publican en el DOUE. En su defecto, la difusión más informal tendría que producirse a través de la página de la propia Comisión, con versiones en todos los idiomas, de la que podían hacerse eco las instituciones de Seguridad Social afectadas, como la propia TGSS. Como es evidente, este Convenio marco multilateral es más generoso que el bilateral que comentábamos y podría utilizarse en su detrimento, respecto de trabajadores con porcentajes de trabajo transfronterizo superior al 40% entre Austria y Alemania.

4. Teletrabajo postpandémico definitivo y la interpretación de la *lex loci laboris* en caso de teletrabajo interactivo

La nota nº 125/2022 nada aporta sobre un tema crucial, la aplicación de la conexión básica, la ley del lugar de trabajo o *lex loci laboris* al teletrabajo. Solo ofrece soluciones prácticas para determinados empleados que trabajan presencialmente para la empresa y teletrabajan en mayor o menor medida en otro Estado miembro. En estos casos, ni la empresa ni los trabajadores desean normalmente que se modifique la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y la Nota Orientativa trata de garantizar este resultado.

La *lex loci laboris* se recoge en el artículo 11 del Reglamento CE/883/2004, y se estableció en el Reglamento CEE/3/1958 siempre pensando en el trabajo presencial o físico en los locales de la empresa. De hecho, en el 99% de los casos, ambos lugares coincidían. Se trata de una opción muy acertada, pues preserva la igualdad de trato entre todos los trabajadores de una misma empresa y evita el dumping social, resulta previsible y adecuada en sistemas contributivos, evitando la doble cotización. Pero ¿qué ocurre con el teletrabajo?, **¿dónde se ubica el trabajo virtual?** Esta es una pregunta muy difícil que, al menos durante la pandemia, hemos optado por no responder. Pero ¿cuál sería **una buena solución** para el teletrabajo postpandémico? Por ejemplo, el de *un empleado que empieza hoy a teletrabajar interactivamente desde su casa en Madrid, donde reside, para una empresa situada en otro Estado miembro, por ejemplo, Francia y que carece de actividad en España.*

Básicamente tendríamos dos opciones (Carrascosa Bermejo 2022, p.228 y s.):

Según la **interpretación tradicional y física**, que llamaremos **opción A**, y que es la que mantienen, las Administraciones de la Seguridad Social, como la propia TGSS, sería España, el Estado en el que reside, desde donde teclea su ordenador el teletrabajador y se conecta al servidor de la empresa francesa. En este caso se estaría aplicando indirectamente la ley del lugar de residencia del teletrabajador donde está la red de internet a la que se conecta su ordenador su IP pública.

Según una **interpretación virtual** como **opción B**, a mi modo de ver, también podría defenderse que la ley del lugar de trabajo es Francia, donde está la empresa, normalmente el servidor de esa empresa, el ecosistema o ambiente empresarial al que se conecta el teletrabajador diariamente, donde este fue contratado, desde dónde vienen las instrucciones, se le controla y sanciona, en su caso; se le aporta el portátil y su sueldo (Carrascosa Bermejo 2019).⁶⁰

¿En qué se sustenta la opción A tradicional? aunque no existe jurisprudencia específica sobre el teletrabajo y determinación de la ley de Seguridad Social aplicable, todo el mundo menciona el caso Partena⁶¹, relativo a un trabajador por cuenta propia, un

⁶⁰ Otros autores se decantan por la opción de la ley del lugar de la empresa aplicando algunos elementos flexibilizadores si se acreditase una conexión con otra normativa (Lhernould 2021 y Martín-Pozuelo López 2022a).

⁶¹ STJUE de 27 de septiembre de 2012 (asunto C-137/11, Partena). En el procedimiento principal, Paterna (Administración de la Seguridad Social belga) reclamaba cotizaciones al Sr. Rombouts, que según la citada

directivo y donde no se hace referencia al teletrabajo. Curiosamente también alude a esta sentencia la propia Comisión Administrativa en su Nota Orientativa nº 125 a pesar de que la sentencia se refiere a trabajador autónomo, ajeno a su propio ámbito de aplicación.

Simplificando mucho, dicho asunto trataba de una normativa belga que establecía que, si una empresa estaba registrada y pagaba impuestos en Bélgica, sus directivos debían estar asegurados como autónomos en Bélgica, independientemente de dónde residieran. En este caso, el titular del 50% de las acciones de una empresa belga de tartas vivía en Portugal, donde a veces también trabajaba en otras cosas y a veces estaba des-emporado. El tribunal consideró que la **“localización” de la actividad profesional** era el factor clave para determinar la legislación aplicable y es un concepto comunitario que se debe interpretar uniformemente. Las definiciones nacionales no eran bienvenidas, y en el caso belga, al no admitir siquiera prueba en contrario, en la determinación de la ley aplicable resultaba desproporcionada. Como el lugar de trabajo no está definido en los Reglamentos el Tribunal de Justicia consideró que debía conceptuarlo considerando su **significado habitual** en el lenguaje corriente, considerando el **contexto** y los **finés de la norma**⁶² y concluyó que se debía ubicar en el lugar donde la persona realiza **las acciones relacionadas con esa actividad**, en este caso dirigir la empresa de tartas belga. Afirmación que se entendió como la **ubicación física del** trabajador, aunque el tribunal no lo dijo así exactamente. En el caso concreto, tal interpretación supuso que la ley del lugar de trabajo era la portuguesa y que las cotizaciones belgas reclamadas no procedían.

Cabe preguntarse si el tribunal hubiera mantenido esa misma postura respecto de un **teletrabajador interactivo por cuenta ajena** belga que tecleara desde Portugal, en lugar del dueño de la empresa autónomo que da órdenes desde allí. Si la doctrina Partena entiende que teletrabajar es teclear y la actividad se realiza desde la casa, parece que su residencia identifica el lugar de trabajo. Pero ¿qué sucedería si cambiara su residencia a Alemania? ¿Tendría que cotizar la empresa allí? ¿Es lógico que la legislación aplicable en materia de Seguridad Social cambie cada vez que los teletrabajadores cambian de residencia a otro Estado miembro? Esta solución no parece proteger su derecho a la libre circulación, imaginemos el caso extremo de los nómadas digitales que podrían sufrir un cambio constante de legislación aplicable. Además, ¿debe el teletrabajador tener una cobertura de Seguridad Social diferente según donde resida? ¿debe el empresario asumir mayores costes de cotización porque el teletrabajador decida residir en otro Estado miembro? ¿ha de asumir la carga burocrática que implica el alta de un trabajador en

norma estaba sujeto al régimen belga de la Seguridad Social para trabajadores autónomos, ya que era director y titular de la mitad de las acciones de una sociedad belga que pagaba el impuesto de sociedades en Bélgica. Sin embargo, el Sr. Rombouts vivía y trabajaba por cuenta ajena en Portugal para otra empresa y, según el artículo 13, debía estar asegurado allí. La norma belga intentó luchar contra el fraude, en los casos en que la empresa eludía las obligaciones de seguridad social deslocalizando artificialmente la actividad de los directores de empresas establecidas en Bélgica. La norma actúa como un impedimento general para que esas personas puedan probar, ante el órgano jurisdiccional nacional, que el domicilio de su actividad se encuentra efectivamente en otro Estado miembro en el que realizan, de hecho, las actuaciones relacionadas con dicha actividad.

⁶² STJUE de 27 de septiembre de 2012 (asunto C-137/11, Partena) apartado 56, que cita, entre otros, STJUE de 10 de marzo de 2005 (asunto C-336/03, easyCar) apartado 21, y la jurisprudencia allí citada.

otro Estado miembro? A mi modo de ver, la respuesta es necesariamente negativa, sin embargo, en la práctica para escapar de la aplicación territorialista de la ley desde donde se teclea, solo caben los acuerdos entre Administraciones de los Estados involucrados.

Para evitar el **lío burocrático**, con carácter general, el Reglamento de desarrollo prevé posibles acuerdos entre el empleador y empleado, el teletrabajador, en el Reglamento de desarrollo (Reglamento cE/987/2009 art. 21.2).⁶³ Estos acuerdos permitirían que el trabajador cumpliera las obligaciones del empresario en su nombre (seguro, pago de cotizaciones), pero este tipo de acuerdos, al menos en España, apenas se utilizan donde se viene requiriendo la inscripción de la empresa, aunque carezca de toda actividad en nuestro territorio.

No hay que olvidar que los **objetivos de la determinación de la legislación aplicable** no son sólo la igualdad de trato y evitar la doble cotización, sino que, también son importantes la previsibilidad y la seguridad jurídica. Ninguno de estos objetivos se cumpliría si se mantiene la interpretación tradicional actual, la **opción A**. Además, si la ley aplicable de Seguridad Social se fija por el **lugar desde donde se teclea** que será normalmente el de residencia conviene recordar que ésta no es fácil de determinar en el marco de los Reglamentos.⁶⁴ Además, ese peso sustancial de la residencia, la aplicación en definitiva de la *lex domicilii* del teletrabajador, podría producir cierto **dumping social** (Jorens et al, p. 5), ya que lógicamente las empresas podrían tender a contratar teletrabajadores residentes en un Estado miembro con cotizaciones bajas, gozando así de una ventaja competitiva. Estos teletrabajadores a domicilio, además, podrían ser difíciles de detectar por las inspecciones laborales nacionales.

Si nos decantáramos por la **opción B** y por una interpretación flexible (Jorens et al, p. 42)⁶⁵ no física de la *lex loci laboris* y entendiéramos que la legislación aplicable al trabajador español de nuestro ejemplo fuera la francesa, alegando que la *lex loci laboris* no es el lugar donde el teletrabajador teclea, sino el lugar donde tiene su sede la empresa, se podrían obtener las siguientes ventajas:

- a) Se garantizaría la igualdad de trato entre empleados presenciales y teletrabajadores.
- b) Proporcionaría estabilidad, previsibilidad y facilitaría el principio de unicidad que favorece a empresa y trabajador.

⁶³ Artículo 21. Obligaciones del empresario:

1. El empresario que tenga su sede o centro de actividad fuera del Estado miembro competente deberá cumplir todas las obligaciones establecidas por la legislación aplicable a sus trabajadores, en particular la obligación de pagar las cotizaciones previstas por dicha legislación, como si tuviera su sede o centro de actividad en el Estado miembro competente.

2. El empresario que no tenga un centro de actividad en el Estado miembro cuya legislación sea aplicable y el trabajador asalariado podrán acordar que este último cumpla en su nombre las obligaciones del empresario en materia de pago de cotizaciones, sin perjuicio de las obligaciones subyacentes del empresario. El empresario notificará este acuerdo a la institución competente de dicho Estado miembro.

⁶⁴ De conformidad con el artículo 11 del Reglamento (CE) nº 987/2009.

⁶⁵ Ibidem apartado 42.

- c) No obstaculizaría la libre circulación de teletrabajadores en supuestos de cambios constantes de residencia que supondría un cambio de legislación aplicable.
- d) Se simplificaría la cuestión burocrática para la dirección de la empresa. La estabilidad de la Seguridad Social estaría garantizada, pues no sería necesario cambiar de seguro si el teletrabajador traslada su residencia a otro Estado miembro. La empresa no debe enfrentarse a trámites burocráticos ni a una legislación de Seguridad Social extranjera que podría determinar no sólo las cotizaciones y prestaciones, o si el trabajador debe estar incluido en un régimen de asalariado o autónomo.⁶⁶
- e) Por último, esta elección facilita la protección de los trabajadores al garantizar la existencia de activos para hacer frente a los pagos de la Seguridad Social, como las cotizaciones o la responsabilidad del empresario por las prestaciones de la Seguridad Social.

Se podría considerar que esta interpretación no sería más que un **lugar de trabajo ficticio**, como la base de operaciones en el caso de los pilotos o el pabellón del buque en el caso de los marinos⁶⁷. Sin embargo, también podría entenderse que se trata de una interpretación de la *lex loci laboris* actualizada al trabajo virtual, que podría ser mantenida por el Tribunal de Justicia o la propia Comisión Administrativa. Como hemos dicho antes, cuando el legislador de la UE estableció la regla general de la *lex loci laboris*, ambos lugares coincidían en el 99% de las ocasiones, por lo que la mera presencia física del teletrabajador en un determinado lugar no lo convierte necesariamente en el lugar de trabajo. De hecho, en el caso del trabajo presencial, *lex loci laboris* significa tanto el lugar donde la persona trabaja **como** el lugar donde la empresa tiene sus oficinas.

Esta interpretación puede ser acorde con el **contexto virtual deslocalizado** y preserva los objetivos de las normas de conflicto. De hecho, durante décadas, el Tribunal de Justicia ha mantenido una interpretación flexible de la *lex loci laboris* para determinar la obligación de cotizar de los trabajadores que, habiendo ejercido previamente su derecho a la libre circulación, trabajan efectivamente en un tercer país, desplazados por su empresario europeo con el que mantiene una estrecha relación⁶⁸. Personalmente, creo que esta segunda opción es preferible, ya que proporciona estabilidad y una base jurídica más sólida. Una nueva sentencia del tribunal de justicia interpretando la *lex loci laboris* en

⁶⁶ Recuérdese que la legislación de seguridad social aplicable también es la que determina si el trabajador queda encuadrado como trabajador por cuenta ajena o como trabajador por cuenta propia, fija las cotizaciones... Ver STJUE de 27 de septiembre de 2012 (asunto C-137/11, Partena) apartado 52.

⁶⁷ Reglamento CE/883/2004 art. 11.4 y 5.

⁶⁸ STJUE de 29 de junio de 1994 (asunto C-60/93, *R.L. Aldewereld c. Staatssecretaris van Financiën*) y STJUE de 25 de noviembre de 2021 (asunto C-372/20, *QY contra Finanzamt Österreich*), en cuyo marco la regla general del artículo 11.3.a), la *lex loci laboris* se ha interpretado de forma flexible respecto de trabajadores residentes en un Estado miembro, contratados por una empresa establecida en otro Estado miembro para trabajar en un tercer Estado, pero que tiene vínculos con el Estado donde está establecido el empresario, reciben formación y permanecen un mes después de haber estado trabajando en el extranjero.

el sentido explicado anteriormente podría ser suficiente. Sin embargo, en un “mundo ideal” donde los Reglamentos de coordinación se aprobaran en un plazo razonable, sería recomendable modificar las normas de conflicto y establecer **una normativa de conflicto ad hoc** para el teletrabajo con las siguientes salvaguardas:

- a. Por un lado, para evitar el fraude en forma de **empresas buzón y el dumping social** o *forum shopping*, para aplicar esta opción B, la norma ad-hoc que se pudiera aplicar debería exigir que las empresas cumplieran el requisito previsto en la norma de desplazamiento. En concreto que llevaran a cabo regularmente actividades sustanciales en el Estado miembro en el que están establecidas. Sin que las actividades de gestión puramente internas se pudieran considerar suficientes.⁶⁹ A mi modo de ver, se trata de un requisito más controlable por la Inspección de trabajo que la persecución de presuntos teletrabajadores por las Islas Canarias.
- b. También sería importante identificar correctamente el lugar **donde está la sede o el domicilio** de la empresa empleadora considerando todos los factores concurrentes, para determinar “el lugar donde se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central”,⁷⁰ evitando caer en formalismos.⁷¹
- c. Por otro lado, debe clarificarse la cobertura de estos teletrabajadores, tal y como se hace con tantos trabajadores que **no están sujetos a la legislación de su Estado de residencia**. A estos efectos sugeriría la emisión de los siguientes documentos portátiles.
 - un PD A1 de teletrabajo ad hoc que le permitiera acreditar **su situación de Seguridad Social** en caso de inspecciones laborales.
 - un PD S1 para una **cobertura sanitaria** completa y adecuada en el Estado de residencia a costa del Estado competente, que no es la ofrecida por la tarjeta sanitaria. Quizá podrían ser tratados como un tipo especial de trabajador fronterizo. Aunque en realidad sólo necesitarían cobertura sanitaria en el Estado de empleo si fueran teletrabajadores híbridos que trabajan regularmente en las instalaciones de la empresa.

En cuanto al **desempleo**, según las normas actualmente vigentes, recibirían prestaciones de acuerdo con la legislación del Estado de residencia que mantiene el derecho a determinados reembolsos. Tal vez, podrían tener la opción de recibir las prestaciones

⁶⁹ Exigiendo este requisito, ver el Reglamento (CE) n. 883/2004, art. 12.1, y el Reglamento (CE) n. 987/2009, art. 14.2, interpretando esta exigencia ver STJUE de 10 de febrero de 2000 (asunto C-202/97, FTS), y clarificándola ver STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-784/19, Team Power Europe).

⁷⁰ Reglamento CE/987/2009 art. 14.5 bis.

⁷¹ Ver, por ejemplo, STJUE de 2 de marzo de 2023 (asuntos C-410/21 y C-661/21, FU) apartados 69 y siguientes. Previamente ver STJUE Gran Sala de 17 de julio de 2020 (asunto C-610/18, AFMB).

de desempleo en el Estado miembro de residencia o empleo en el que decidan residir después de perder su empleo.⁷²

Esta interpretación virtual simplificaría enormemente las soluciones que se pudieran alcanzar tanto respecto al teletrabajo híbrido habitual, como en los supuestos de **teletrabajo puntual** ahora vinculado a un desplazamiento. En este último caso, se entendería que el teletrabajo se seguiría realizando desde el Estado de empleo y el *teleworkation* no supondría un cambio de normativa, pues la empresa no se ha movido. Esta solución, nos permite obviar el teletrabajo como se hizo en la pandemia. En efecto, si durante el teletrabajo puntual acordado en el extranjero se entiende que el empleado sigue bajo la Seguridad Social del lugar donde está establecida la empresa, no hay necesidad de simular un desplazamiento.

En un caso de **teletrabajo híbrido** como el analizado en el punto 3.4, por ejemplo, el de quien trabaja de forma habitual o regular presencialmente en la sede de la empresa en Francia tres días y otros dos días teletrabaja desde su domicilio en España. En este caso, el **enfoque virtual**, por el que consideráramos que el lugar donde está establecida la empresa es donde se realiza el trabajo a distancia, entonces esta persona sería tratada como alguien que trabaja siempre en Francia, y no se aplicaría el artículo 13 del Reglamento CE/883/2004. Además, también desaparecería el problema de la desigualdad de trato entre los teletrabajadores fronterizos y los nacionales franceses, pues no habría cambio normativo de Seguridad Social que impidiera aceptar la solicitud de ese colectivo. Esta solución preservaría la igualdad de trato entre empleados de la misma empresa.

5. Conclusiones

La determinación de la legislación aplicable de Seguridad Social al teletrabajo, a mi modo de ver, está en un **necesario proceso de clarificación**, tanto en el ámbito de los Reglamentos de coordinación de la UE como en la normativa de coordinación internacional, los convenios, que van a rebufo. Ese proceso nace de los problemas que está generando la aplicación de la *lex loci laboris* al trabajo virtual, o teletrabajo interactivo, desde un punto de vista territorialista.

Son loables los esfuerzos que está haciendo el **Grupo de Trabajo de la CA** para reconducir la cuestión desde un punto de vista práctico. Espero que en sus sucesivas propuestas dé un paso más allá y proponga explícitamente un cambio interpretativo o incluso normativo que conduzca a la ley del lugar donde se ubica la empresa, que es a donde conducen de facto todas las medidas incluidas en sus Notas Orientativas. En efecto, todas sus soluciones terminan manteniendo el *status quo* prepandémico, permiten obviar el teletrabajo, en mayor o menor medida, para, a su vez, mantener a los teletrabajadores

⁷² Aunque no tuvieran la consideración de trabajadores fronterizos, no parece que en esta situación, sin movilidad física, puedan ejercer la opción de no regresar al Estado de residencia del que no han salido Artículo 65.2.2º del Reglamento CE/883/2004.

bajo la legislación del lugar donde se ubica la empresa, aunque ellos tecleen desde otro Estado miembro, normalmente en el que residen. Son soluciones que permiten seguir obviando el teletrabajo y abstraerse de la cuestión territorial.

Aunque es complejo y siempre habrá flecos, la **elección de la ley del lugar donde se ubica el empleador** como conexión básica es una de las pocas cuestiones en las que parecen coincidir, teletrabajadores y empresas, así como sus representantes a nivel europeo⁷³. Tampoco parece que las entidades gestoras quieran cambios, ni ese aluvión de acuerdos bilaterales y multilaterales para terminar aplicando esa legislación. De hecho, parecería más razonable que se reservaran tales acuerdos para el teletrabajador que optara por la aplicación de la ley del Estado de residencia, como excepción a la que debiera ser la interpretación de la *lex loci laboris* virtual y que conduce a la aplicación de la ley del Estado donde se sitúa el empleador que, obviamente, no puede ser una empresa buzón, y por tanto debe tener una actividad sustancial en el territorio donde se asienta.

Veremos qué sucede en los **próximos meses**, hay que conocer más datos y tras valorar todas las posibles consecuencias, intentar encontrar esa conexión adecuada, previsible y estable, que evite el dumping social. A mi modo de ver, se debería articular una solución global que no obligue a ir analizando caso a caso la situación específica de cada uno de los miles de asegurados afectados. Esta reflexión, esta evolución, no es un capricho, sino que es imprescindible para que el despegue del teletrabajo internacional, la digitalización y la propia llegada o retención del talento en Europa no se frene por la inseguridad jurídica o la burocracia. En un mercado globalizado y digitalizado, Europa no puede quedar atrás.

El teletrabajo online tiene que ser el impulsor de un **cambio de perspectiva** en las normas de conflicto de Seguridad Social, pues su desempeño no entiende de fronteras y sus resultados no quedan encerrados en un territorio. No podemos seguir anclados en las viejas estructuras, hay que dar cabida a otros tipos de movilidad en los Reglamentos de coordinación, asumiendo que no se pueden poner puertas al campo.

Bibliografía

BERKI, GABRIELLA, ET AL, *Comparative assessment cross-border telework*. Bruselas, Comisión Europea, 2022 (pendiente de publicación).

CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES, Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, En: CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA, y GIL ALBURQUERQUE, ROMÁN, *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, BOE y FIDE, 2023 (en prensa).

CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES, Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coor-

⁷³ Así se manifestó en la mesa sobre teletrabajo que moderé en el Congreso MoveS 2023 celebrado en Bruselas el 1 de diciembre de 2022 y donde participaron Katrin Distler por la parte sindical, Arne Franke por la parte patronal y la experta de la red MoveS Gabriella Berki.

- dinación de la UE. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10(2), 2022, páginas 217-249. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/1153
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES, Seguridad Social de los trabajadores migrantes, En: GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN y CASTRO ARGÜELLES, MARÍA ANTONIA, *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Reus, 2021.
- CARRASCOSA BERMEJO DOLORES, Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 142, 2019, páginas 37-70. Disponible en: <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/detalle/W0141942>
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES, *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2004.
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES y CONTRERAS HERNÁNDEZ, OSCAR, *Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures*, POSTING.STAT, 2022. Disponible en español en: <https://blog.uclm.es/oscarcontreras/files/2022/05/1-Informe-pais-Espana.pdf>
- DELOITTE, *Global Remote Work Survey: Remote, controlled. This changes everything*, 2022. Disponible en: <https://www.deloitte.com/content/dam/assets-shared/docs/dttl-tax-remote-controlled.pdf>
- DE WISPELAERE, FREDERIC, *Document prepared by the Network Statistics FMSSFE on behalf of the EC – DG EMPL for the Working Party of the Administrative Commission on Telework and social security coordination*, Bruselas, 2022.
- SOSTERO, MATTEO, et al, *Teletrabajo y la crisis COVID 19: ¿una nueva brecha digital?*, Dublin, Eurofound, 2020. Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpef20020.pdf>
- FARRÉ, LÍDIA, 2023, Desigualdad de género en el trabajo remunerado y el no remunerado tras la pandemia. En: *Observatorio Social de la Fundación La Caixa* (en línea). Disponible en: <https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/-/desigualdad-de-genero-en-trabajo-remunerado-y-no-remunerado-tras-la-pandemia> [consultado el 21 de marzo de 2023]
- GSM, *Reshaping Global Mobility. Is it time to think outside the lines? New research on cross-border remote working, and the emergence of work from anywhere*, 2023. Disponible en: <https://www.santaferelo.com/en/corporate-relocation/resources/survey/2022-23-gms-series-reshaping-global-mobility-part-one/>
- HERMANN, I., PARIS, C.M. Digital Nomadism: the nexus of remote working and travel mobility. *Inf Technol Tourism* 22, 329-334 (2020). <https://doi.org/10.1007/s40558-020-00188-w>
- JORENS, YVES, et al, *Think tank report 2008: towards a new framework for applicable legislation: new forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Gante, Ghent University Department of Social Law, 2008. Disponible en: <http://hdl.handle.net/1854/LU-1112651>

- LHERNOULD, JEAN-PHILIPPE, Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier, en *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2021, n. 7.
- MARTIN GALLARDO, ALEJANDRO, 2023, Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales. En: *Passport Photo Online* (en línea). Disponible en: <https://passport-photo.online/es-es/blog/estadisticas-nomadas-digitales/> [consultado el 21 de marzo de 2023]
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, ÁNGELA, *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea competencia internacional y ley aplicable*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (a).
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, ÁNGELA, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (b).
- MEMENTO DE SEGURIDAD SOCIAL, Madrid, Editorial Lefebvre, 2022.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA (dir.), *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*. Murcia, Editorial Laborum, 2021.
- SAVIO, IRENE, 2021, El 'south working' se pone de moda: ¿puede el teletrabajo salvar el sur de Italia? En: *El Confidencial* (en línea). Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2021-03-20/south-working-los-italianos-del-sur-vuelven-a-su-ciudad-natal-gracias-al-teletrabajo_2985016/ [consultado el 21 de marzo de 2023]
- STRBAN, GREGA, et al, *Analytical report 2018. Social Security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges, and prospects*. Bruselas, Comisión Europea, 2020. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d5ae78c2-c578-11ea-b3a4-01aa75ed71a1/language-en>
- VAZQUEZ, KARELIA, 2023, El teletrabajo abre la puerta a la paranoia de la productividad. En: *El País* (en línea). Disponible en: https://elpais.com/ideas/2023-03-05/el-teletrabajo-abre-la-puerta-a-la-paranoia-de-la-productividad.html#?prm=copy_link [consultado el 21 de marzo de 2023]
- VERSCHUEREN, HERWIG, The Application of the Conflict Rules of the European Social Security Coordination to Telework During and After the COVID-19 Pandemic. *European Journal of Social Security*, 24(2), 2022, páginas 79-94. Disponible en: <https://doi.org/10.1177%2F13882627221107042>
- WEEREPAS, MARJON, et al, *Cross-Border Impact Assessment 2021. Dossier 2: Impact analysis of the future of working from home for cross-border workers after COVID-19*, Maastricht, ITEM, 2021. Disponible en: https://www.maastrichtuniversity.nl/sites/default/files/summaries2021_def/item-cross-border-impact-assessment-2021-summary.pdf

La Directiva 2020/1057 sobre desplazamiento de trabajadores en el sector de transporte por carretera. Primeros pasos de una regulación necesaria y esperada

The Directive 2020/1057 on posting of workers in the road transport sector. First steps of a necessary and expected regulation

Juan Pablo Parra Gutiérrez

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Investigador en formación del Programa de Derecho y Economía de la Escuela Internacional de Doctorado CEU (CEINDO)

Recibido: 6/3/2023

Aceptado: 22/3/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7640

Resumen: El artículo expone las principales características de la respuesta normativa dada a nivel europeo y nacional a las necesidades que el sector de transporte por carretera tenía respecto a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios. En segundo lugar, se exponen las principales formas de cooperación en esta área entre las autoridades laborales y de transporte, españolas y europeas, con especial atención a la Autoridad Laboral Europea.

Palabras clave: Desplazamiento de trabajadores, transporte por carretera, empresas buzón, Autoridad Laboral Europea.

Abstract: The article explains the main features of the normative response that, at European and national level, has been given as a response to the needs that the road transport sector had regarding the posting of workers in the framework of a transnational provision of services. Secondly, the article presents the main forms of cooperation in this area between labour and transport authorities, both national and European. Special attention is paid to the European Labour Authority.

Keywords: Posting of workers, road transport, letterbox companies, European Labour Authority.

1. Una pequeña anécdota que nos recuerda la importancia del transporte terrestre

Más allá de los conflictos en el transporte ocurridos recientemente, los seguidores más veteranos de Bruce Springsteen recordarán un concierto en Barcelona en julio de 1992, que estuvo a punto de cancelarse por una huelga de camioneros franceses. El concierto se

celebró gracias a unos equipos de sonido alquilados de urgencia en Mataró, que sustituyeron a los que estaban bloqueados en la frontera¹. Que ni el “Boss” pudiera escapar a las vicisitudes del transporte por carretera transnacional deja dos cosas muy claras a quienes no tienen un contacto frecuente con este sector: una que existe un mercado único del transporte en la Unión Europea y otra que dicho mercado es muy sensible a las, en un sentido amplio, cuestiones sociales que se puedan suscitar en su seno.

En el presente estudio analizaremos los últimos pasos dados por las legislaciones europea y nacional para mejorar el control del cumplimiento por las empresas de transporte por carretera de las normas laborales y de ordenación de dicha actividad, con especial atención al desplazamiento de trabajadores y al fenómeno de las llamadas “empresas buzón”. Asimismo, repararemos en la notable intensificación de la cooperación administrativa tanto nacional como europea en este ámbito, culminada con la creación de Autoridad Laboral Europea, que contribuyen a una mejor aplicación de estas normas.

2. La necesidad de regular el desplazamiento de trabajadores en el transporte por carretera

El establecimiento de un mercado común para el transporte y el diseño de una política que lo sostenga y desarrolle ha estado presente desde la gestación del Tratado de Roma². Esta política de transporte, en lo que se refiere al transporte por carretera, ha abordado cuestiones tanto de ordenación como sociolaborales, lo que no ha evitado que en el campo del desplazamiento sea uno de los sectores más polémicos³.

Dadas sus especiales características, el análisis de las cuestiones sociales de este sector exige tener en cuenta una serie de aspectos.

En primer lugar, el transporte por carretera es uno de los sectores que verdaderamente puede calificarse como estratégico y “motor” de la economía europea⁴, porque es el que hace posible la libre circulación de personas y de mercancías en un mercado único. En segundo lugar y mientras el vehículo autónomo no pase de la fase de prototipo, el

¹ CARNICERO, RAÚL, 2018. Bruce Springsteen y España. En *RockFM.fm*. Disponible en https://www.rockfm.fm/al-dia/noticias/bruce-springsteen-espana-20180922_455234 [consulta: 19 de marzo de 2023].

² El “Informe Spaak” realizó el análisis fundamental de las posibilidades y necesidades del futuro Mercado Común, como paso previo a la creación de la Comunidad Económica Europea. El Capítulo IV del Título II (sobre el Mercado Común) se dedicó al transporte. COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL CREADO POR LA CONFERENCIA DE MESSINA. Informe de los Jefes de Delegación a los Ministros de Asuntos Exteriores. Bruselas, 21 de abril de 1956. Disponible en [cvce.eu](http://www.cvce.eu), https://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/1c8aa583-8ec5-41c4-9ad8-73674ea7f4a7/dee61d43-7dc3-4383-a3dc-eb1e9f2e78db/Resources#52a08e74-02f5-4912-a667-2ea34b9dcdea_en&overlay [consulta: 19 de marzo de 2023].

³ RIESCO-SANZ, ALBERTO, GARCÍA LÓPEZ, JORGE, MAIRA VIDAL, MARÍA DEL MAR, *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*, Albacete, Bomarzo, 2018, pág. 13.

⁴ LLOBERA VILA, MIREIA, Aplicación de la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 593/2008 en el sector transporte: ley laboral aplicable y mecanismos administrativos de control en materia de seguridad, En TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL Y ALEGRE NUENO, MANUEL (Dir.), *Seguridad vial de los trabajadores*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 173.

transporte exige que al menos un trabajador (por cuenta propia o ajena) acompañe al propio servicio. En último lugar, la alta movilidad de estos trabajadores en un mercado único (con la consiguiente dificultad de control de las autoridades laborales y de transporte) puede ser germen de fraude y abuso, tanto de la legislación de transportes como de la legislación laboral y de seguridad social.

Se configura así en este sector un verdadero “cruce de caminos”, en el que confluyen normas de diversos órdenes para dar una regulación completa y coherente al trabajo en el sector del transporte por carretera.

Para abordar las cuestiones sociales derivadas del transporte por carretera, la Comisión Europea puso en marcha en 2017 el llamado “Mobility Package 1”, compuesto por tres normas⁵: una con el objeto de combatir las llamadas “empresas buzón”⁶, otra sobre tiempo de conducción y descanso⁷, y una tercera sobre desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera, la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) n° 1024/2012 (“Directiva 2020/1057”)⁸, sobre la que centraremos nuestra atención.

3. La insuficiencia de la directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores para regular los desplazamientos en el transporte por carretera y la aprobación de la directiva 2020/1057

La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (“Directiva 96/71”) es la norma europea que regula las condiciones laborales de aquellos trabajadores que tienen que desplazarse temporalmente para prestar un servicio desde el Estado donde normalmente trabajan hasta el Estado donde su empresario debe ejecutar un encargo⁹.

⁵ EURWORK - European Observatory of working life, 2020. Mobility Package. En *eurofound.europa.eu*. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/mobility-package> [consulta: 19 de marzo de 2023].

⁶ Reglamento (UE) 2020/1055 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2020, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1071/2009, (CE) n° 1072/2009 y (UE) n° 1024/2012 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector del transporte por carretera. DO L 249, de 31.07.2020, pág. 17-32.

⁷ Reglamento (UE) 2020/1054 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 561/2006 en lo que respecta a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n° 165/2014 en lo que respecta al posicionamiento mediante tacógrafos. DO L 249 31.07.2020, pág. 1-16.

⁸ DO L 249, de 31.7.2020, pág. 49-65.

⁹ DO L 18, de 21.1.1997, pág. 1-6.

Además del fenómeno de las llamadas “empresas buzón” (que también abordaremos) la movilidad de los conductores de transporte por carretera en el Mercado Único puede amparar la comisión de fraude y abuso de las normas laborales y de seguridad social respecto a los desplazamientos de trabajadores en este sector.

Para afrontar esos riesgos, la Directiva 2020/1057, como adaptación de la Directiva 96/71 al transporte, establece el marco legal por el que determinadas operaciones de transporte por carretera deben considerarse desplazamiento de trabajadores. Por ejemplo, si una empresa de transportes española realiza un cabotaje en Alemania¹⁰, el conductor estará desplazado y prestando un servicio en ese país de forma homologable a la prescrita por la Directiva 96/71. En este caso, mientras dura el cabotaje existirá un desplazamiento y se deberán aplicar al conductor las condiciones de trabajo previstas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, entre ellas el salario vigente en ese país. La elusión de estas condiciones de trabajo constituye, como en el caso de las empresas buzón, un quebranto tanto de la leal competencia como de los derechos de los trabajadores.

Aunque sus primeros borradores excluían a los conductores de transporte internacional¹¹, la Directiva 96/71 es indudablemente aplicable al transporte por carretera, pues la única actividad que está excluida de su ámbito es la del personal navegante de la marina mercante (artículo 1.2).

Dadas las carencias de la Directiva 96/71 para controlar las condiciones laborales de los desplazados, puestas especialmente de manifiesto tras las ampliaciones de la Unión en los años 2004 y 2007, se aprobó una norma accesoria, la Directiva 2014/67¹², cuyo objeto era la garantía del cumplimiento de la Directiva 96/71.

Con fundamento en la mención que el artículo 9.1.b) de la Directiva 2014/67 hace al control de la documentación de los trabajadores desplazados móviles del sector transporte, en 2016 las autoridades francesas aprobaron la llamada “Ley Macron”¹³. Al amparo de esta norma, se comenzaron a realizar controles y a exigir documentos de forma exhaustiva

¹⁰ El cabotaje es aquella operación de transporte en virtud de la que se realiza una carga y una descarga en un Estado que no es el de establecimiento de la empresa transportista. Las reglas de cabotaje se regulan en los artículos 8 a 10 del Reglamento (CE) n° 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera. DO L 300, de 14.11.2009, pág. 72-87.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios. COM91 (231) final, 1 de agosto de 1991, pág. 14.

¹² Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (“Reglamento IMI”). DO L 159 de 28.5.2014, pág. 11-31.

¹³ Décret n° 2016-418 du 7 avril 2016 adaptant le titre VI du livre II de la première partie du code du travail aux entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national et modifiant le code des transports. DO 84, de 9 de abril de 2016.

a los conductores que transitaban por Francia¹⁴, práctica a la que se sumaron Alemania y Austria. Dada la desproporción de los controles efectuados, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra cada uno de estos Estados entre los años 2015 y 2017¹⁵.

La actitud de estos países pone de manifiesto que existía un riesgo evidente de que cada Estado adoptara sus propias medidas de control, que convertirían al transporte internacional en Europa en una inadmisibles *gymkana*. En este contexto, en mayo de 2017 la Comisión Europea presentó una propuesta de directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el transporte por carretera¹⁶.

En 2019, avanzada ya la negociación de esta propuesta de directiva, la sentencia *Dobersberger* supuso un pequeño sobresalto¹⁷, en tanto suscitó algunas dudas sobre la aplicabilidad de las normas de desplazamiento al transporte internacional (esta decisión abordaba el transporte ferroviario), que fueron despejadas cuando la sentencia *FNV* (sobre transporte por carretera) confirmó dicha sujeción, más si tenemos en cuenta que cuando se dictó la sentencia *FNV*, la Directiva 2020/1057, reguladora del desplazamiento de trabajadores en el transporte por carretera, ya había sido publicada¹⁸.

4. Principales características de la regulación del desplazamiento de conductores

La Directiva 2020/1057 es una de las normas más complicadas que el laboralista pueda afrontar, a pesar de lo cual intentaremos exponer de manera comprensible sus principales características, así como las de la norma española de transposición.

Debemos advertir también que la Directiva 2020/1057, además del desplazamiento de trabajadores, aborda cuestiones de ordenación del transporte, en tanto modifica ciertas cuestiones de la Directiva 2006/22, sobre las condiciones en las que las autoridades deben realizar los controles del cumplimiento de los tiempos de conducción y descanso, así como del tacógrafo¹⁹.

¹⁴ Un muy buen análisis de los efectos en el Mercado Interior de la Ley Macron se contiene en CASCALES MORENO, FERNANDO JOSÉ, Medidas nacionales unilaterales versus quiebra del mercado interior. La “Ley Macron”, *Tráfico y seguridad vial*, Las Rozas, Wolkers Kluwer, nº 209, 2016.

¹⁵ CHATZILAOU, KONSTANTINA, Directive 2020/1057 du 15 juillet 2020: quelle protection pour les chauffeurs routiers détachés?, *Droit ouvrier*. Montreuil (Francia), Confédération Général du Travail, nº 874, 2021, pág. 379.

¹⁶ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, MANUEL, La transposición al ordenamiento español del artículo 1 de la Directiva 2020/1057 (*lex specialis*) sobre desplazamientos en el sector del transporte internacional por carretera. *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, nº 31, 2022, pág. 245-246.

¹⁷ FOTINOPOULOU BASURKO, OLGA, ¿Inaplicación de la directiva de desplazamiento a los trabajadores del tren Eurostar?: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-16/18, caso *Dobersberger*. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Iustel, nº 56, 2020, pág. 598. Este artículo se refiere a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-16/18, *Dobersberger*).

¹⁸ STUJE de 1 de diciembre de 2020 (asunto C-815/18, *FNV*). Como se ha señalado anteriormente, la Directiva 2020/1057 es de 15 de julio del mismo año.

¹⁹ Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre las

Las reglas de desplazamiento de trabajadores de la Directiva 2020/1057 se transpusieron al Derecho español mediante el Real Decreto-ley 3/2022 que²⁰, entre otras cuestiones, incorporó un Capítulo V a la Ley 45/1999²¹, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (en adelante, “LDT”) titulado “Normas especiales para los conductores en el transporte por carretera”.

a) La relación de la Directiva 2020/1057 con las normas generales de desplazamiento

Desde su primer borrador, la Directiva 2020/1057 se concibió como una *lex specialis* de la Directiva 96/71 para el transporte por carretera de mercancías y viajeros²², calificación que ha terminado por convertirse en la denominación común de esta norma²³. La redacción final de la norma (artículo 1.1) dispone que la Directiva 2020/1057 contiene las *normas específicas sobre determinados aspectos de la Directiva 96/71/CE con respecto al desplazamiento de los conductores*, sin determinar de una manera clara la relación entre estas dos normas.

Esta indefinición de la Directiva 2020/1057 ha sido, a nuestro juicio, satisfactoriamente resuelta en España, por cuanto el artículo 18.1 de la LDT dispone con absoluta claridad que *El resto de disposiciones de la presente ley serán de aplicación en lo no previsto en este capítulo y en tanto no se opongan al mismo*.

condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos (CE) nº 561/2006 y (UE) nº 165/2014 y la Directiva 2002/15/CE en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo. DO L 102, de 11.04.2006, pág 35-44.

²⁰ Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. BOE de 2 de marzo.

²¹ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. BOE del 30.

²² COMISIÓN EUROPEA, Commission staff working document. Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) 561/2006 as regards minimum requirements on maximum daily and weekly driving times, minimum breaks and daily and weekly rest periods and Regulation (EU) 165/2014 as regards positioning by means of tachographs, Part 1/2, SWD(2017) 186 final, pág. 4.

²³ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, MANUEL, La transposición al ordenamiento español..., *op.cit.* pág. 243 y PRÉFET DE LA RÉGION PROVENCE-ALPES-CÔTE AZUR, 2022, Détachement de salariés dans le transport routier : entrée en vigueur de la “Lex specialis”. En *paca.dreets.gouv.fr*. Disponible en <https://paca.dreets.gouv.fr/Detachement-de-salaries-dans-le-transport-routier-entree-en-vigueur-de-la-lex> [consulta: 19 de marzo de 2023].

b) El ámbito de aplicación

El artículo 18.1 de la LDT (1.2 de la Directiva 2020/1057) sólo se aplica a los desplazamientos de conductores realizados en los términos de su artículo 2.1.1º.a), es decir, los desplazamientos en los que una empresa ejecuta un contrato de prestación de servicios para un cliente en un Estado distinto al de su establecimiento²⁴.

Los otros dos supuestos de desplazamiento del artículo 2.1.1º de la LDT (movimientos intragrupo de trabajadores y puestas a disposición por ETTs) se siguen regulando por el régimen general de desplazamientos, aunque los trabajadores desplazados sean conductores de transporte terrestre.

Los desplazados objeto del Capítulo V de la LDT han de ser conductores por cuenta ajena, bien de vehículos de transporte por carretera de mercancías bien de pasajeros. No se fija un peso mínimo para el vehículo, por lo que las normas son aplicables a los conductores de cualquier vehículo dedicado a estas actividades.

c) La “traducción” de los casos generales de desplazamiento de trabajadores al transporte por carretera

Para el conjunto de sectores de actividad, el artículo 2.1.1º.a) de la LDT (1.3.a) de la Directiva 96/71) dispone como situación básica de desplazamiento en el marco de una prestación transnacional de servicios:

El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España

Este mandato precisa una adecuación a la esencia móvil y la complejidad de las operaciones del transporte internacional. La adaptación se basa en gran medida en el principio del “vínculo suficiente”²⁵, en cuya virtud para que exista un desplazamiento en el ámbito del transporte es necesario que exista una relación con un mínimo contenido entre el conductor, el servicio prestado y el territorio del Estado miembro de acogida.

Sobre la base de este principio, el artículo 19 (mercancías) y 20 (viajeros) de la LDT declaran que no hay desplazamiento en los siguientes casos:

- Transporte internacional bilateral, es decir, el realizado entre el Estado de establecimiento de la empresa y España, o viceversa.

²⁴ Debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 18.1 de la LDT declara que el artículo 3.3 de la LDT no es de aplicación a los conductores desplazados, es decir, aunque el desplazamiento sea menor a ocho días (que es lo normal en el transporte por carretera) serán aplicables a los conductores desplazados las normas en materia de salarios y vacaciones anuales.

²⁵ Considerando 9 de la Directiva 2020/1057 y sentencia *Dobersberger*, apartado 33.

- Determinadas operaciones adicionales a transportes internacionales bilaterales. La norma considera excesivamente rígido no poder aprovechar el espacio libre que pueda quedar en el remolque o en el autobús durante un transporte bilateral²⁶, de manera que no se consideran desplazamiento algunas operaciones de carga y/o descarga durante dicho transporte, siempre que no constituyan cabotaje²⁷.
- Paso en tránsito por un Estado, esto es, sin realizar cargas o descargas.
- Transportes iniciales o finales en operaciones de transporte combinado²⁸.

Por el contrario, el artículo 21 de la LDT dispone que sí hay desplazamiento de trabajadores en los siguientes casos.

- Cabotaje.
- Transporte no bilateral, esto es, la operación que ni se inicia ni termina en el Estado de establecimiento de la empresa y no es parte de una operación de transporte bilateral, por ejemplo, un transporte realizado por una empresa belga con inicio en Portugal y final en Francia. La mención al transporte no bilateral no se recoge expresamente en el articulado de la Directiva 2020/1057²⁹, pero el legislador español la incluyó expresamente en el artículo 21 de la LDT. Con esta mención se refuerza la seguridad jurídica tanto “informativa” para quienes van a operar en España como “punitiva”, en tanto un acta de infracción debe recoger el precepto supuestamente infringido, tal y como prescribe el artículo 53.1.b) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (“LISOS”)³⁰.
- Las operaciones adicionales a transportes bilaterales realizadas más allá de las excepciones previstas en los artículos 19 y 20 de la LDT.

Pues bien, en estos casos en los que existe desplazamiento, a los conductores se les aplicarán todas las condiciones de trabajo previstas en el artículo 3.1 de la LDT, entre las que debemos destacar el salario.

²⁶ Con escaso rigor, porque los cabotajes constituyen desplazamiento, pero de forma muy ilustrativa se ha llamado a estas operaciones adicionales “minicabotajes”. LAFUMA, Emmanuelle. Directive 2020/1057: les opérations de transport soustraites au droit dérogatoire de détachement. *Droit Ouvrier*, Montreuil (Francia), Confédération Général du Travail, n° 874, 2021, pág. 386.

²⁷ De manera muy simplificada, el artículo 19.1 de la LDT no considera desplazamiento la realización de una operación adicional de carga y/o descarga (insistimos en que no debe ser un cabotaje) a la ida de un transporte bilateral internacional o dos a la vuelta si no se utilizó esta opción a la ida. Para el transporte de viajeros, la exclusión (artículo 20.1 de la LDT) ampara una operación adicional a la ida y otra a la vuelta.

²⁸ A nivel europeo, el transporte combinado se regula en la Directiva 92/106/CEE del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros. DO L 368, de 17.12.1992, pág. 38-42

²⁹ El Considerando 12 de la Directiva 2020/1057 hace referencia a los transportes no bilaterales como caso de desplazamiento, pero no lo traslada al articulado.

³⁰ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE del 8.

d) Requisitos administrativos y de control

La Directiva 2020/1057, además de fijar los casos de desplazamiento, armoniza la burocracia de la movilidad de los conductores en la Unión Europea. Los artículos 22 y 23 de la LDT transponen al Derecho español la lista cerrada de requisitos administrativos y medidas de control que, de forma resumida, son:

- La obligación de efectuar, siempre e independientemente de la duración del desplazamiento, una comunicación de desplazamiento del conductor a través del interfaz público conectado al sistema de información del mercado interior (“IMI”), al que nos referiremos más adelante, con el siguiente contenido: identificación del transportista, del gestor de transporte³¹, identificación del conductor, fecha del contrato de trabajo y legislación aplicable, fechas del desplazamiento y matrículas de las cabezas tractoras que el conductor pueda conducir.
- La obligación de tener disponible en cabina una copia de la declaración de desplazamiento, una copia del contrato de transporte en virtud del que se realiza el desplazamiento y los datos de tacógrafo.
- La obligación de la empresa de, en caso de ser requerida por la autoridad, enviar a través de IMI la documentación anteriormente señalada, más, en su caso, documentación sobre la remuneración durante el desplazamiento, las nóminas, justificantes del pago de las mismas y la documentación sobre jornada de trabajo.

e) IMI

Podemos definir muy sencillamente el Sistema de Información del Mercado Interior, o IMI, como una “red social” para autoridades de los Estados de la Unión Europea, a través de la que intercambian información sobre cuestiones tan variadas como restitución de bienes culturales, cualificaciones profesionales o control de armas de fuego³².

Una de las secciones de IMI se dedica a la cooperación administrativa para el control de desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Gracias a IMI, un inspector de trabajo español que constate la actividad de trabajadores de una empresa portuguesa en España, puede preguntar a la ACT lusa sobre los aspectos que considere necesarios para verificar el adecuado cumplimiento de las

³¹ El artículo 2.5) del Reglamento 1071/2009 define al gestor de transporte como la persona física contratada por una empresa o, en el caso de que dicha empresa sea una persona física, esa persona o, en su caso, otra persona física designada por dicha empresa mediante un contrato, que dirija de forma efectiva y permanente las actividades de transporte de tal empresa.

³² IMI se regula en el Reglamento (UE) 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión (“Reglamento IMI”). DO L 316, de 14.11.2012, pág. 1-11.

normas de desplazamiento (existencia real de la empresa, afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social, etc.).

Dada la eficacia de IMI en los más de diez años que lleva utilizándose³³, los negociadores de la Directiva 2020/1057 fueron conscientes de su potencial para flexibilizar la gestión de las operaciones y facilitar la cooperación administrativa en un sector en el que la movilidad supone un obstáculo importante para realizar comprobaciones³⁴. En el año 2018 se incorporó IMI al texto del proyecto, no sólo como forma de comunicación entre las autoridades europeas, sino también como instrumento para facilitar a las empresas de transporte la presentación de la comunicación de desplazamiento³⁵.

A tal fin, se creó un interfaz público, un “puente” entre las empresas de transporte e IMI, mediante el que las empresas “lanzan” de una vez la comunicación a todos los Estados por los que vayan a transitar sus conductores. Para evitar tener que hacer una comunicación por cada operación de transporte que tenga que hacer el conductor, se permite realizar una comunicación que será válida para todos los desplazamientos que se vayan a producir en los seis meses siguientes³⁶.

Además de simplificar la presentación de la declaración de desplazamiento, IMI facilita el contacto entre las autoridades laborales y de transporte con las empresas, pues es el canal para realizar las comunicaciones que se efectúen entre unas y otras, con plena garantía de trazabilidad y de protección de datos personales. Por su parte, las autoridades laborales y de transporte tienen acceso a los datos consignados en IMI por las empresas para desarrollar sus funciones de control.

f) Responsabilidad solidaria de la comunicación de desplazamiento

La Directiva 2020/1057 no quiere que los agentes que operan en el transporte sean cómplices por omisión de situaciones de fraude y abuso, no quieren que “miren para otro lado”, al menos respecto a la comunicación de desplazamiento³⁷, para lo que llama a todos los involucrados en una operación de transporte a velar por que se cumpla esa formalidad.

Este mandato se traslada al Derecho español mediante el establecimiento de un deber de vigilancia en el artículo 22.4 de la LDT, por el que los cargadores que contra-

³³ De acuerdo con las estadísticas, cada trimestre se realizan aproximadamente 1.000 consultas de IMI. Datos disponibles en https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/statistics/2020/10/requests/index_en.htm. [consulta: 19 de marzo de 2023].

³⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (SECRETARÍA GENERAL). Documento 12087/17, 12 de septiembre de 2017, pág. 14.

³⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (SECRETARÍA GENERAL). Documento 5546/18, 29 de enero de 2018, pág. 16.

³⁶ Artículo 2 del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/2179 de la Comisión de 9 de diciembre de 2021 relativo a las funcionalidades de la interfaz pública conectada al Sistema de Información del Mercado Interior para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera. DO L 443, de 10.12.2021, pág. 68-72.

³⁷ Considerando 9 y Artículo 5 de la Directiva 2020/1057.

ten transporte de forma habitual, los operadores de transporte y los intermediarios de transporte de viajeros, deberán comprobar que el cargador efectivo ha cumplido la obligación de comunicación del desplazamiento. Este deber de vigilancia se apuntala con la declaración de responsabilidad solidaria entre dichos agentes en el caso de no comunicar el desplazamiento, según el nuevo artículo 42.4 de la LISOS³⁸.

5. Las “empresas buzón”

El Real Decreto-ley 3/2022 ha incorporado a la LISOS dos nuevas infracciones desde hace tiempo reclamadas en la lucha contra las llamadas “empresas buzón”, no sólo en el sector del transporte sino para todos los sectores de actividad. Estas “empresas buzón” constituyen la mayor amenaza tanto a la leal competencia como a los derechos de los trabajadores.

Las empresas buzón (“letterbox companies” en inglés) se constituyen en un Estado con estándares sociales bajos, aplican a sus trabajadores las leyes laborales de ese país y afilian a sus trabajadores en su seguridad social para obtener una ventaja competitiva en los costes salariales³⁹. Se trata de una existencia “formal” que no va más allá de un domicilio particular, una gestoría o un casillero en un centro de empresas, pues ésa es la única presencia de la empresa en el Estado de establecimiento.

La actividad de la empresa buzón se despliega desde los Estados “pobres” hacia los Estados “ricos”⁴⁰, de manera que los trabajadores de la empresa buzón apenas tienen contacto con el país de establecimiento, generando un movimiento de mano de obra que, en cierto modo, puede recordar al de las empresas de trabajo temporal⁴¹. La empresa actúa en Estados con estándares sociales altos para ofrecer precios bajos a expensas de sus costes laborales comparativamente menores, que pueden llegar a suponer el 50 por ciento de la facturación⁴².

La Directiva 2014/67 fijó una serie de criterios para determinar si una empresa realmente estaba establecida donde decía estarlo y si un trabajador prestaba servicios habitualmente donde la empresa decía que lo hacía, que fueron asumidos por el artículo 8.bis de la LDT. Sobre la base de este artículo 8.bis, junto con las reglas de la conocida en el ámbito de seguridad social como “Decisión A2”⁴³, las autoridades laborales españolas

³⁸ El artículo 10.3.a) de la LISOS tipifica como infracción muy grave la no presentación de la comunicación de desplazamiento o la ocultación o falsedad en ella.

³⁹ De acuerdo con las estadísticas, el coste salarial en el año 2021 variaba entre los 7 euros de Bulgaria y los 46 de Dinamarca. EUROSTAT, 2022. Datos disponibles en <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00173/default/table?lang=en> [consulta: 19 de marzo de 2023].

⁴⁰ CARRASCOSA HERNÁNDEZ, DOLORES, Ley nacional aplicable (laboral y de seguridad social) al personal de vuelo y la incidencia del desplazamiento en la Unión Europea, en SÁNCHEZ DEL RÍO MORETA, I. (Dir.) *Congreso de Derecho Laboral aéreo solidario por el COVID-19*, 2020, pág. 53.

⁴¹ RIESCO-SANZ, ALBERTO, GARCÍA LÓPEZ, JORGE, MAIRA VIDAL, MARÍA DEL MAR, *Desplazamiento de trabajadores... op. cit.*, pág. 46.

⁴² VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, MANUEL, La transposición al ordenamiento español..., *op.cit.* pág. 245.

⁴³ Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social nº

podían realizar un encuadramiento y liquidación de cuotas de seguridad social de dichas empresas y sus trabajadores, pero no era posible sancionarlas.

El Real Decreto-ley 3/2022 termina con esta insuficiencia normativa al introducir en la LISOS dos infracciones muy graves en materia de seguridad social, una para las empresas buzón europeas cuyos trabajadores deberían estar afiliados a la seguridad social española, esto es, las que recibimos en España (artículo. 23.1.l) y otra para las empresas buzón radicadas en España, que deberían afiliar a sus trabajadores en otros Estados de la Unión Europea, o dicho de otra manera, las que enviamos desde España (artículo 23.1.m).

Concluimos el apartado con un caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que se juzgó la actividad de una empresa buzón, que además era del transporte por carretera, la sentencia AFMB⁴⁴. AFMB, empresa establecida en Chipre, celebró con diversas empresas de transporte establecidas en los Países Bajos contratos de gestión de flota en virtud de los cuales, a cambio de una comisión, se comprometía a gestionar por cuenta y riesgo de dichas empresas los vehículos de transporte de mercancías que éstas explotaban en sus actividades. Para conducir las cabezas, AFMB contrató a conductores de Países Bajos mediante un contrato de trabajo chipriota, conductores que, en algunos casos, incluso eran antiguos trabajadores de las empresas cuya gestión ahora llevaba AFMB.

Para poder expedir el certificado acreditativo de que los conductores dependían de la seguridad social de Chipre, AFMB solicitó a la RSVB (institución de seguridad social neerlandesa) un certificado negativo de afiliación. La respuesta de la RSVB fue justo la contraria de la esperada, pues esta institución declaró a los conductores sometidos al sistema de seguridad social de los Países Bajos y les expidió el documento A1.

AFMB impugnó la resolución de la RSVB, procedimiento que terminó en el Tribunal de Luxemburgo. La empresa sostenía que ella era la empleadora de los trabajadores (insistimos, sujeta a las normas de Chipre) porque había celebrado con los conductores el contrato de trabajo y les pagaba la nómina. La RSVB consideraba que el empresario real eran las empresas de transporte neerlandesas que habían contratado a AFMB para que les gestionara la flota. Téngase en cuenta que los trabajadores de AFMB jamás habían estado en Chipre, a pesar de estar afiliados a su sistema de protección social⁴⁵.

El Tribunal de Justicia consideró finalmente que el empresario responsable a efectos de seguridad social es quien *ejerce el poder de dirección efectivo sobre dicho conductor, por cuya cuenta corren de hecho los correspondientes costes salariales y que dispone de la facultad efectiva para despedirlo, y no la empresa con la que el conductor ha celebrado un contrato de trabajo y que figura formalmente en ese contrato como empleador del conductor*⁴⁶.

A2, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) no 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente. DO C 106, de 24.4.2010, págs. 5-8.

⁴⁴ STJUE de 16 de julio de 2020 (asunto C-610/18, AFMB).

⁴⁵ Sentencia AFMB, apartado 19.

⁴⁶ Sentencia AFMB, fallo.

Si bien el caso de AFMB es un tanto especial de empresa buzón, pues en él se produjo una “exportación” de personal desde Países Bajos hasta Chipre y no una contratación inicial en esa isla, se aprecia el elemento clave de estas construcciones jurídicas: residenciar a la mano de obra en Estados con estándares laborales y de seguridad social bajos, para operar íntegramente en Estados con estándares sociales altos.

6. El control del cumplimiento de las normas de desplazamiento y empresas buzón. Las inspecciones nacionales y la Autoridad Laboral Europea

A lo expuesto en materia de desplazamiento de conductores y empresas buzón, debemos añadir que el artículo 2 de la Directiva 2020/1057 aborda el control de los tiempos de conducción y el tacógrafo. La transposición de esta parte de la Directiva ha tenido lugar mediante dos resoluciones de las Inspecciones de Transporte Terrestre (“ITT”) y de Trabajo y Seguridad Social (“ITSS”), en virtud de las que se establecen los procedimientos de control de tiempos de conducción y jornadas de trabajo de los conductores⁴⁷. De manera muy resumida, la resolución de la autoridad de Transporte fija cuántos y cómo se van a realizar los controles de las jornadas de los conductores que debe realizar su Inspección y la resolución del Ministerio de Trabajo incorpora a la ITSS a dichas actividades de control.

a) El control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Inspección del Transporte Terrestre

La actuación de la ITSS y de la ITT para el cumplimiento de lo previsto en la Directiva 2020/1057 consolida una colaboración que desde hace tiempo se viene desarrollando entre ambas instituciones para el control del empleo irregular. Las resoluciones mencionadas se suman al Plan de Inspección de Transporte por Carretera⁴⁸ y al Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁹, que ya preveían actuaciones conjuntas, para las que incluso se ha elaborado un protocolo de actuación⁵⁰.

⁴⁷ Resolución de 18 de marzo de 2022, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se establecen los controles mínimos sobre las jornadas de trabajo de los conductores en el transporte por carretera. BOE del 22 y Resolución de 6 de mayo de 2022, del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se establecen procedimientos de control de la jornada laboral de conductores en el sector de transportes por carretera, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2020/1057, de 15 de julio. BOE del 19.

⁴⁸ El documento se encuentra en la página web del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana *mitma.gob.es*. Disponible en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/plan_inspeccion_de_transportes_por_carretera_2022.pdf [consulta: 19 de marzo de 2023].

⁴⁹ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. BOE de 19 de abril.

⁵⁰ ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2021. El Organismo Estatal de

El Real Decreto-ley 3/2022 refuerza este marco de cooperación al incluir un apartado 7 en el artículo 16 de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (“LOSITSS”)⁵¹, en los siguientes términos:

Las autoridades competentes en materia de transporte terrestre facilitarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la información de que dispongan con trascendencia en el ejercicio de la función inspectora y, en particular, la necesaria para la vigilancia, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de lo previsto en el capítulo V de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Aunque las resoluciones que transponen la Directiva 2020/1057 se limitan al control de jornada, los planes estratégicos de las dos Inspecciones ponen el foco en las empresas buzón, cuyo crecimiento en los últimos años ha sido llamativo⁵². Una actuación eficaz contra esta clase de organizaciones requiere, además de una buena coordinación a nivel nacional, del apoyo de las autoridades de los Estados de origen de esas empresas. Este apoyo se encauza desde hace poco a través de la Autoridad Laboral Europea.

b) La Autoridad Laboral Europea

La actuación de la ITSS sobre las empresas de todos los sectores y la actuación sumada de la ITT para las empresas de transporte ha adquirido una nueva dimensión gracias a la creación en el año 2019 de la Autoridad Laboral Europea (“ALE”), que permitirá superar muchas de las limitaciones del control de movimientos transnacionales de mano de obra⁵³.

El artículo 1.2 del Reglamento 2019/1149, que crea la ALE⁵⁴, encarga a esta Institución *ayudar a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión.*

El artículo 2 del Reglamento 2019/1149 delimita el concepto de movilidad laboral por referencia a las directivas y reglamentos que la regulan, esto es, su actuación

Inspección de Trabajo y S.S. y el Ministerio de Transportes impulsan la lucha contra la competencia desleal en el transporte por carretera. En *mites.gob.es*. Disponible en https://www.mites.gob.es/itss/web/ca/sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2021/07/20210723_Not_Port_Web.html [consulta: 19 de marzo de 2023].

⁵¹ Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. BOE del 22.

⁵² FENADISMER, 2017, Las asociaciones de transportistas se reúnen con los Ministerios de Fomento, Hacienda y Empleo para mejorar el control sobre las “empresas buzón”. En *fenadismer.es*. Disponible en <https://www.fenadismer.es/tag/control-empresas-buzon/> [consulta. 19 de marzo de 2023].

⁵³ CREMERS, J, The European Labour Authority and rights-based labour mobility, *ERA Forum*, Trier (Alemania), Academia de Derecho Europeo, nº 21, 2020, pág. 23.

⁵⁴ Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) nº 883/2004, (UE) nº 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344. DO L 186 de 11.7.2019, pág 21-56.

se asienta en las directivas de desplazamiento, los reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social, las directivas de libre circulación de trabajadores, la normativa de EURES y las normas sobre transporte por carretera. En este marco, la ALE tiene cuatro objetivos fundamentales:

- a) Información sobre los derechos de los trabajadores relacionados con la movilidad laboral.
- b) Facilitación de la cooperación entre Estados en el control del cumplimiento de la ley.
- c) Mediación en litigios transfronterizos entre Estados.
- d) Apoyo en la cooperación en la lucha contra el trabajo no declarado (este empleo irregular no tiene por qué estar vinculado a movilidad laboral, pues responde a la integración en la ALE de la Plataforma contra el Trabajo no declarado⁵⁵).

De los cuatro objetivos enunciados, todos de gran relevancia, destacamos la facilitación de la cooperación entre Estados en el control del cumplimiento de la ley, cuya medida estrella son las inspecciones concertadas o conjuntas. Si gracias a IMI un inspector de un Estado podía pedir a sus homólogos de otro Estado que realizaran las comprobaciones oportunas, mediante las inspecciones conjuntas un inspector puede viajar a otro Estado y realizar una inspección acompañando a los inspectores locales. Debemos en este punto diferenciar (artículo 8.2 del Reglamento):

- La inspección concertada, que es la realizada simultáneamente en dos o más Estados con respecto a casos relacionados, actuando cada autoridad nacional en su propio territorio y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la ALE.
- La inspección conjunta, que es la realizada en un Estado con la participación de las autoridades nacionales de otro o de otros Estados miembros y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la ALE.

Es decir, una Inspección puede, bien pedir a otra Inspección que realice las comprobaciones que necesite para su expediente en paralelo al que realiza en su propio país (concertada) o, directamente, enviar a sus funcionarios al otro Estado miembro para que realicen las comprobaciones *de visu* oportunas (conjunta). Esta forma de operar se realizaba de forma habitual en los Estados del BENELUX y, gracias a la ALE (que además asume los costes derivados de dichas inspecciones), este mecanismo se generaliza a todos los Estados miembros⁵⁶.

⁵⁵ Entidad creada por la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado. DO L 65, de 11.3.2016, pág 12-20.

⁵⁶ BOINANGIU, COSMIN, Autoritatea Europeană a Muncii (en. ELA), de la teorie la practică, *Revista Romana de Dreptul Muncii*, Wolters Kluwer, nº 3, 2019, pág. 39.

En esta clase de actuaciones, las autoridades anfitrionas facilitarán a los funcionarios visitantes el estatus jurídico necesario para poder realizar las actuaciones inspectoras. A tal fin, el artículo 13.2 de la LOSITSS fue reformado para contemplar la presencia de funcionarios de otros Estados y de la ALE en las actuaciones inspectoras⁵⁷.

En el concreto caso de las empresas buzón, las inspecciones conjuntas van a ser de gran utilidad, pues a partir de ahora será posible que el funcionario que lleva un expediente compruebe en persona y sobre el terreno del, digamos, “otro Estado” que la empresa consiste únicamente en un domicilio particular o una gestoría, así como que entreviste a las personas que se consideren necesarias para determinar la realidad de la organización y actividad transnacional de la empresa.

En el ámbito del transporte por carretera, no podemos olvidar la intensa actividad formativa desplegada por la ALE para las empresas y autoridades con el objeto de explicar el funcionamiento del interfaz de IMI. Son asimismo destacables las “Roadpol action weeks”, en las que Inspecciones de Trabajo y Transportes de varios Estados son invitadas a realizar controles de carretera en otros Estados, como forma de conocer los métodos de trabajo de sus homólogos en la Unión Europea⁵⁸.

7. Conclusión

La iniciativa tomada en 2017 por la Comisión Europea de regular el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte debe juzgarse como necesaria y valiente. Por un lado, existía una realidad tremendamente compleja, no pacífica y fértil para el fraude. Por otro lado, esa realidad había servido de coartada para que algunos Estados (a los que, con el tiempo, indudablemente se hubieran sumado más) entorpecieran la actividad de un gran número de empresas de transporte en el Mercado Único.

La creación de una *lex specialis* para un sector concreto no es una decisión fácil para el gobernante, ya que puede ser vista como un privilegio por los demás sectores y un inconveniente para el sector que recibe esa normativa. No creemos que este efecto se haya producido con la aprobación de la Directiva 2020/1057, por cuanto esta norma, en primer lugar, ha puesto un necesario orden donde no lo había y, por otro lado, ha creado un sistema burocrático razonablemente sencillo (o razonablemente complejo) que, a su vez, da una respuesta eficaz a la dimensión del reto planteado.

⁵⁷ La reforma fue operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE del 28.

⁵⁸ EUROPEAN ROADS POLICING NETWORK, 2022. European Commission and European Labour Authority Joint ROADPOL Enforcement Operation. En *roadpol.eu*. Disponible en <https://www.roadpol.eu/index.php/roadpol-ec-ela-joint-action> [consulta: 19 de marzo de 2023].

El más que aceptable resultado de la Directiva 2020/1057 nos debe llevar a considerar la extensión del sistema de *lex specialis* a otros ámbitos del transporte, como podría ser el transporte aéreo, cuyas particularidades también son relevantes para la apreciación de desplazamientos de trabajadores.

Por su parte, la creación de la ALE es el reconocimiento de que la movilidad laboral europea constituye una cuestión sumamente compleja, a la que los Estados no pueden responder por sí solos y, en consecuencia, precisa de apoyo institucional y operativo.

Si bien nos hemos centrado en el ámbito inspector, la ALE es un agente tremendamente activo en el fomento de la movilidad laboral europea, motivo por el que consideramos que en un futuro próximo no sólo va a ser una institución relevante en el ámbito comunitario, sino que directamente será una institución más a tener en cuenta en el marco laboral, sumada a la autonómica y estatal. Estamos seguros de que el tiempo nos dará la razón en esta afirmación.

8. Bibliografía

- BOINANGIU, COSMIN. Autoritatea Europeană a Muncii (en. ELA), de la teorie la practică, *Revista Romana de Dreptul Muncii*, Wolters Kluwer, nº 3, 2019, pág. 36-39.
- CARRASCOSA HERNÁNDEZ, DOLORES. Ley nacional aplicable (laboral y de seguridad social) al personal de vuelo y la incidencia del desplazamiento en la Unión Europea, en SÁNCHEZ DEL RÍO MORETA, I. (Dir.) *Congreso de Derecho Laboral aéreo solidario por el COVID-19*, 2020, pág. 41-62.
- CASCALES MORENO, FERNANDO JOSÉ, Medidas nacionales unilaterales versus quiebra del mercado interior. La “Ley Macron”, *Tráfico y seguridad vial*, Las Rozas, Wolters Kluwer, nº 209, 2016.
- CHATZILAOU, KONSTANTINA, Directive 2020/1057 du 15 juillet 2020: quelle protection pour les chauffeurs routiers détachés?, *Droit ouvrier*, Montreuil (Francia), Confédération Général du Travail, nº 874, 2021, pág. 378-383.
- CREMERS, J, The European Labour Authority and rights-based labour mobility, *ERA Forum*, Trier (Alemania), Academia de Derecho Europeo, nº 21, 2020, pág. 21-34.
- EURWORK - European Observatory of working life, 2020. Mobility Package. En *eurofound.europa.eu*. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/mobility-package>
- FOTINOPOULOU BASURKO, OLGA, ¿Inaplicación de la directiva de desplazamiento a los trabajadores del tren Eurostar?: Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-16/18, caso Dobersberger, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Iustel, nº 56, 2020, pág. 590-623.
- LAFUMA, EMMANUELLE, Directive 2020/1057: les opérations de transport soustraites au droit dérogatoire de détachement, *Droit ouvrier*, Montreuil (Francia), Confédération Général du Travail, nº 874, 2021, pág. 384-389.

- LLOBERA VILA, MIREIA, Aplicación de la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 593/2008 en el sector transporte: ley laboral aplicable y mecanismos administrativos de control en materia de seguridad, En TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL y ALEGRE NUENO, MANUEL (Dir.), *Seguridad vial de los trabajadores*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 173-205.
- RIESCO-SANZ, ALBERTO, GARCÍA LÓPEZ, JORGE, MAIRA VIDAL, MARÍA DEL MAR. *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*. Albacete, Bomarzo, 2018.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, MANUEL, La transposición al ordenamiento español del artículo 1 de la Directiva 2020/1057 (lex specialis) sobre desplazamientos en el sector del transporte internacional por carretera, *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, nº 31, 2022, pág. 243-260.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas

Problems related to the termination of contracts work in public administrations

Remedios Roqueta Buj

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

Recibido: 15/02/2023

Aceptado: 6/03/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7641

Resumen: En el presente estudio se analizan las modulaciones que experimenta la extinción de la relación laboral cuando se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas, a saber: las consecuencias de la extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, la sustitución de la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales, la nueva ordenación de la extinción en la legislación sobre estabilización de empleo temporal, y la supresión legal de la regulación del despido por causas económicas, técnicas u organizativas en el sector público administrativo.

Palabras clave: Indefinido no fijo, proceso de estabilización de empleo temporal, despido colectivo, administraciones públicas.

Abstract: In the present study we analyse the modulations experienced by the determination of the employment relationship when it develops in the field of Public Administrations, namely: the consequences of the termination of contracts non-fixed indefinite staff, the replacement of the option of the indefinite worker does not fix for compensation in cases of irregularities in contracting temporary or exceeding the legal limit to the chaining of temporary contracts, the new order of extinction in the legislation on employment stabilization temporary, and the legal suppression of the regulation of dismissal for economic reasons, technical or organizational in the administrative public sector.

Keywords: Indefinite not fixed, temporary employment stabilization process, collective dismissal, public administrations.

*remedios.roqueta@uv.es

I. Introducción

La relación laboral siempre ha tenido y tiene importantes modulaciones cuando se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas, a saber: las consecuencias de la extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, la sustitución de la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales, la nueva ordenación de la extinción en la legislación sobre estabilización de empleo temporal, y la supresión legal de la regulación del despido por causas económicas, técnicas u organizativas en el sector público administrativo.

II. La contratación temporal irregular o por encima del límite al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas: efectos

En los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales, las reformas de 2021 han sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización prevista en el apdo. 5.º de la nueva DA 17.ª del EBEP, añadida por el art. 1.3 de la Ley 20/2021.

Pero vayamos por partes.

1. Regulación anterior

1.1. La figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla

La contratación de los trabajadores fijos en las Administraciones Públicas debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el art. 55.1 del EBEP. Además, el art. 61.7 de esta disposición normativa establece que “*los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos*”. Por ello, el fraude de ley o las irregularidades graves en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, según la doctrina jurisprudencial, el contrato debía calificarse como indefinido (no sometido a término) o indefinido no fijo discontinuo, pero el trabajador no podía ser considerado fijo de plantilla¹, aunque con carácter previo a cada contratación hubiera superado un proceso selectivo *ad hoc* al convocarse el mismo para la contratación tem-

¹ Por todas, las SSTS de 27 de octubre de 2021 (Recud. 3658/2018) y 8 de marzo de 2022 (Recud. 4212/2019).

poral y no para el acceso a una plaza fija²; era el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla. Así lo vino a corroborar expresamente el apdo. 1.º de la DA 15.^a del ET a propósito de la superación de la duración máxima del contrato por obra o servicio determinado y del límite al encadenamiento de contratos temporales.

1.2. Las causas específicas de extinción del contrato por tiempo indefinido no fijo de plantilla

Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado en el que se respeten los principios de publicidad, mérito y capacidad o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos³.

1.2.1. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria de la plaza

Aun existiendo contratación temporal ilegal o fraudulenta o cesión ilegal, concurre la causa legal de extinción prevista en el art. 49.1.b) del ET cuando la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo es cubierta por otra persona tras un proceso de selección que respete los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el que los trabajadores indefinidos hayan tenido la oportunidad de participar⁴. Es más, la cobertura definitiva de la plaza puede tener lugar a través de cualesquiera de los procedimientos reglamentarios (de selección, promoción interna, consolidación de empleo temporal, concurso de traslado o de promoción profesional específica). De este modo, cuando según la normativa legal o convencional aplicable, con carácter previo a su inclusión en la oferta de empleo público, la plaza debe o puede ser ofertada para su cobertura por los procesos de promoción profesional específica o de concurso de traslado, el contrato llega a su término al cubrirse en propiedad dicha plaza a través de tales procesos de provisión, aunque el trabajador indefinido no fijo no tenga la oportunidad de participar en dichos procedimientos, cuando no concurre el menor atisbo de una posible utilización torticera de estos mecanismos para habilitar una herramienta que permita la resolución en fraude de ley de esa relación laboral indefinida no fija⁵. En cambio, el cese de un trabajador indefinido no fijo, fundado en la reincorporación del trabajador sustituido en virtud del último contrato

² STS de 2 de julio de 2020 (Recud. 4195/2017).

³ Y, en fin, incorporado el trabajador a la Administración como indefinido no fijo, en ejecución de sentencia firme que declaró que había sido objeto de cesión ilegal, los actos posteriores de la empleadora como una nueva RPT, no pueden impugnarse pidiendo la ejecución de la antigua sentencia, sino en un nuevo proceso ordinario [STS de 3 de diciembre de 2014 (Recud. 144/2014)].

⁴ Si la Administración modifica la clasificación del puesto de trabajo e incluye esa plaza para el acceso de funcionarios, el cese de la relación laboral indefinida no fija se produce al ser nombrado un funcionario de carrera por superar el proceso selectivo [STS de 16 de junio de 2020 (Recud. 3621/2017)].

⁵ SSTS de 1 de junio de 2022 (Recud. 429/2019) y 23 de junio de 2022 (Recud. 481/2019).

de interinidad por sustitución⁶ o en la ocupación de su plaza reconvertida en funcionarial al aprobarse la RPT por funcionario público que supera el proceso selectivo⁷, es constitutivo de un despido improcedente –con las consecuencias inherentes a dicha calificación–.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo se produce mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada, en cuyo caso sí es exigible acudir a la extinción de los contratos por despido colectivo u objetivo en función de que se superen o no los umbrales que delimitan el despido colectivo. Por lo demás, en cuanto al cómputo de la extinción contractual de este tipo de contratos al efecto de considerar el despido, como colectivo, debería darse la misma solución que prevé el penúltimo párrafo del art. 51.1 del ET.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista por la legislación laboral para las extinciones por causas objetivas. En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2017 (Recud. 1664/2015) afirma que *“la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fija, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo– obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza”* y que *“acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1.b) del ET en relación a los apartados c)*

⁶ En cambio, según la STS (Social) de 12 de mayo de 2020 (Recud. 825/2018), mereciendo la calificación de relación laboral indefinida no fija por haberse incurrido en fraude de ley en el primero de los contratos suscritos, la extinción del último contrato de interinidad por sustitución por reincorporación del sustituido no constituye despido, pero si otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de veinte días de salario por año de servicio prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Por último, y con relación a si constituye despido improcedente el cese de un empleado con contrato de interinidad por vacante al cubrirse reglamentariamente la plaza que venía ocupando, véase la STS de 21 de mayo de 2020 (Recud. 2568/2017).

⁷ En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que no estamos ante ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el art. 49.1.b) del ET. Niega que en tal supuesto estemos ante la cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral. La única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 del ET. En este sentido, se expresan las SSTS de 13 de diciembre de 2016 (Recud. 2059/2015), 20 de julio de 2017 (Recud. 2832/2015), 25 de enero de 2018 (Recud. 3917/2015), 28 de marzo de 2019 (Recud. 2123/2017), 16 de julio de 2020 (Recud. 361/2018), 28 de septiembre de 2021 (Recud. 2626/2018), 12 de enero de 2022 (Recud. 579/2019) y 23 de febrero de 2022 (Recud. 1009/2018). Sin embargo, a mi juicio, si el trabajador indefinido no fijo de plantilla puede participar en el proceso de consolidación y se le valora la experiencia en la plaza de funcionario a la que estaba adscrito, estamos ante la cobertura reglamentaria de la plaza.

y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas”. La equiparación “no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”⁸. Llegados a este punto, la sentencia se centra en el tipo contractual y en la descalificación del carácter temporal del contrato, lo que obviamente descarta también la indemnización del art. 49.1.c) del ET. Pero hay algo más, pues se dice que, “dadas las causas que han motivado la creación de esta institución” –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, “parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales”. Es un argumento adicional de equidad que fuerza quizá la legalidad para “penalizar” de nuevo a la Administración cuando ésta ya fue penalizada en su momento con la transformación de la contratación temporal irregular en un contrato indefinido no fijo.

1.2.2. La extinción por amortización de la plaza

El contrato no se extingue por la simple amortización de la vacante ocupada por el trabajador indefinido no fijo, para lo cual procede acudir al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo (art. 53 ET), según el número de trabajadores afectados, y abonar la indemnización establecida en esos preceptos⁹. De este modo, la amortización de los puestos de trabajo, operando para ello sobre la correspondiente relación de puestos de trabajo, no conlleva la extinción automática de los contratos indefinidos no fijos que debe realizarse conforme al procedimiento establecido para el despido por causas objetivas o, en su caso, el despido colectivo¹⁰. Además, las extinciones de los contratos de este

⁸ En el mismo sentido, las SSTS de 9 de mayo de 2017 (Recud. 1806/2015), 12 de mayo de 2017 (Recud. 1717/2015), 19 de julio de 2017 (Recud. 4041/2015) y 22 de febrero de 2018 (Recud. 68/2016), 12 de mayo de 2020 (Recud. 2019/2018), 22 de julio de 2021 (Recud. 2988/2019) o 27 de octubre de 2021 (Recud. 3658/2018).

⁹ Por todas, las SSTS de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/2013), 7 de julio de 2014 (Recud. 1844/2013 y 2285/2013), 8 de julio de 2014 (Recud. 2693/2013), 14 de julio de 2014 (Recud. 1847/2013, 2680/2013, 2052/2013 y 2057/2013), 15 de julio de 2014 (Recud. 2065/2013, 1833/2013, 2047/2013 y 1801/2013), 17 de julio de 2014 (Recud. 1873/2013), 16 de septiembre de 2014 (Recud. 1880/2013), 13 de octubre de 2014 (Recud. 2745/2013), 29 de octubre de 2014 (Recud. 1765/2013), 18 de noviembre de 2014 (Recud. 2167/2013), 11 de febrero de 2015 (Recud. 840/2014), 5 de abril de 2016 (Recud. 1874/2014), 30 de marzo de 2017 (Recud. 961/2015), 15 de noviembre de 2017 (Recud. 440/2015), 14 de febrero de 2018 (Recud. 513/2015) y 19 de abril de 2022 (Recud. 3807/2020). En este sentido, se puede traer a colación la STS de 20 de junio de 2017 (Rec. 253/2015) que declara ajustado a derecho el despido colectivo en la Universidad Politécnica de Madrid por concurrir causas organizativas dada la nueva relación de puestos de trabajo (RPT) que supuso la amortización de 156 vacantes, ocupadas por interinos, debido el déficit presupuestario existente, siendo la modificación de la RPT validada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁰ SSTS de 24 de junio de 2014 (Recud. 217/2013) y 14 de julio de 2014 (Recud. 1807/2013).

tipo por la amortización de la plaza ocupada son computables al efecto de considerar el despido como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET que excluye del cómputo las extinciones de los contratos temporales que se produzcan por la expiración del tiempo convenido con arreglo al art. 49.1.c) del ET¹¹.

Si la Administración Pública o entidad de que se trate amortiza la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo sin seguir el cauce reglamentario, estaremos ante un despido objetivo individual o colectivo que habrá de calificarse como improcedente¹² o nulo¹³, respectivamente. De encontrarnos ante un despido objetivo improcedente, el trabajador no podrá pretender que se le aplique el art. 96.2 del EBEP, a cuyo tenor “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”. Esta previsión no resulta aplicable porque no estamos ante el supuesto contemplado en el precepto, esto es, un despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. A mayor abundamiento, el trabajador tampoco es personal laboral fijo sin que pueda prosperar sobre este particular la vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de noviembre de 2010 (Recud. 88/2010).

2. Una figura a extinguir tras las reformas de 2021

El trabajador indefinido no fijo es una figura que desaparecerá de forma progresiva por la confluencia de dos medidas complementarias previstas en las reformas de 2021, a saber:

- Por un lado, en los contratos que se celebren a partir del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la Reforma Laboral se ha sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la indemnización contemplada en el apdo. 5.º de la DA 17.ª del EBEP.
- Por otro lado, se ha previsto un macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar la situación, entre otros, de los trabajadores indefinidos no fijos existentes en la actualidad (art. 2 Ley 20/2021).

En fin, la figura del trabajador indefinido no fijo, en realidad, era una solución de equilibrio en la que las dos normas en conflicto se atemperaban: no se producía la nulidad completa del contrato de trabajo que seguía vigente, transformado en un vínculo temporal en función de la cobertura reglamentaria de la vacante, pero también se excluía el efecto laboral ordinario, esto es, la conversión en indefinido del contrato temporal irregular.

¹¹ STS de 14 de julio de 2014 (Recud. 1807/2013).

¹² SSTS de 2 de diciembre de 2014 (Recud. 2371/2013), 18 de diciembre de 2014 (Recud. 1790/2013), 19 de julio de 2017 (Recud. 3255/2015) y 19 de abril de 2022 (Recud. 3807/2020).

¹³ SSTS de 14 de julio de 2014 (Recud. 2057/2013), 15 de julio de 2014 (Recud. 2041/2013) y 18 de septiembre de 2017 (Recud. 514/2015).

El concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprendían en el Derecho español, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo era una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada¹⁴. Sin embargo, el indefinido no fijo no estaba cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones Públicas. En efecto, el sistema quebraba desde el momento en que las Administraciones Públicas no procedían en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionaban frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tendían a prolongarse y el indefinido no fijo se convertía en “casi fijo”.

En este contexto, las reformas de 2021 tiran por la calle de en medio, decretando la nulidad de los pactos o acuerdos que incumplan la legislación en materia de contratación temporal y reconociendo a estos empleados públicos el derecho a percibir a partir del cese efectivo una compensación económica de veinte días de su salario fijo por cada año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. La cuestión, sin embargo, es si el importe de esta indemnización es adecuado para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria. En cualquier caso, los meros incumplimientos o infracciones formales en la contratación temporal de la Administración no deben comportar la nulidad del vínculo laboral afectado, sanción que debe reservarse para los incumplimientos especialmente cualificados (fraude de ley o irregularidades sustanciales).

En todo caso, la nueva DA 17.^a del EBEP se refiere expresamente a los incumplimientos en la contratación laboral temporal y, por consiguiente, sus prescripciones no resultan aplicables a los supuestos en que se produce una cesión ilegal de trabajadores. Y así lo viene a corroborar la circunstancia de que no se hayan derogado ni la DA 1.^a del RD-1 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ni la DA 43.^a de la LPGE para el año 2018.

2.1. La eliminación de la categoría de trabajador indefinido no fijo

Las reformas de 2021 han sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales¹⁵.

¹⁴ STJCE de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15).

¹⁵ En el mismo sentido, la STSJ de Asturias (Social) de 8 de noviembre de 2022 (Rec. 2011/2022). A igual conclusión llega en relación con los funcionarios la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de

Ciertamente, el apdo. 5.º de la nueva DA 17.^a del EBEP, añadida por el art. 1.3 de la Ley 20/2021, establece la siguiente regulación:

“En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

De este modo, se replica el esquema previsto en el apdo. 4.º de la DA 17.^a del EBEP para el personal funcionario interino, por lo que las consideraciones vertidas en relación con este son, *mutatis mutandis*, trasladables al personal laboral temporal¹⁶.

El apdo. 4.º de la DA 17.^a del EBEP, añadida por el RD-l 14/2021 y que la Ley 20/2021 ha mantenido en los mismos términos, prescribe que *“el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades”*. El derecho a esta compensación *“nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”*. En fin, no habrá derecho a compensación *“en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria”*.

A la vista de lo expuesto, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.º) El hecho causante de la compensación económica es el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal laboral temporal, esto es, los 6 o 12 meses o los 90 días en el año natural en los contratos por circunstancias de la producción, los 3 años a contar desde la fecha de la contratación del interino por vacante sin publicar la correspondiente convocatoria de provisión de puestos de trabajo o de selección, el tiempo durante el que subsista el derecho de reserva de puesto de trabajo del trabajador sustituido en la interinidad por

Castilla y León, entre otras muchas, en sus sentencias de 15 de julio de 2021 (Rec. 169/2021) y 15 de marzo de 2022 (Rec. 349/2021).

¹⁶ ROQUETA BUJ, R., “El RDL 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: novedades en materia de interinos”, *elderecho.com* (<https://elderecho.com/el-rdl-14-2021-de-medidas-urgentes-para-la-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico-novedades-en-materia-de-interinos>), y *Derecho del Empleo Público*, 3.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 110 y ss.; y MAURI MAJOS, J., “La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección”, en AA.VV., *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, págs.. 377-424.

sustitución, los 3 o 4 años en la contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea o los 12 meses en los contratos vinculados a programas de activación para el empleo. Por lo demás, el apdo. 5.º de la DA 17.^a ha de ser interpretado a la luz del nuevo art. 15.4 del ET, a cuyo tenor *“las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”*. Por consiguiente, la indemnización procederá cuando la contratación temporal se lleve a cabo sin cumplir los correspondientes requisitos legales de carácter causal y/o temporal.

- 2.º) El derecho a la compensación económica *“nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”*. De este modo, el legislador quiere marcar distancias con la regulación y la doctrina jurisprudencial laborales. En efecto, cuando cualquiera de los contratos temporales en cadena con un mismo trabajador carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones de su propia normativa, la relación deviene indefinida, sin posible subsanación por la celebración de un posterior contrato correcto y ello aunque entre el contrato fraudulento y el posterior haya transcurrido un periodo superior al de 20 días de caducidad para su impugnación, en cuanto el encadenamiento evidenciaría la existencia de una unidad esencial del vínculo. Además, en caso de encadenamiento de contratos temporales fraudulentos, a la hora de delimitar los años de servicio se toman en consideración la totalidad de los servicios prestados a la demandada, y no solamente los que se originaron por la concertación del último contrato, si existe unidad esencial del vínculo. En cambio, el derecho a la compensación económica prevista en la DA 17.^a del EBEP nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, aunque este venga seguido de otro contrato regular. Con ello, se descarta cualquier expectativa de consolidación de situaciones jurídicas que pudieran ser contrarias al ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento del derecho a la condición de trabajador indefinido no fijo o situación equivalente, o de tomar en consideración la totalidad de los servicios prestados a la entidad empleadora, y no solamente los que se originaron con ocasión del contrato temporal irregular o fraudulento.
- 3.º) La compensación económica *“será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades”*.

En la cuantificación del “salario regulador”, se deben seguir las siguientes operaciones:

- a) Se toman como dividendo las “retribuciones fijas”, esto es, el sueldo, los trienios, las pagas extraordinarias, el complemento de destino y el complemento específico. En cambio, se excluyen el complemento de productividad puesto

que se trata de una retribución que no es fija en su cuantía ni regular en su devengo, sino que se hace depender de la productividad del empleado público, y las gratificaciones por servicios extraordinarios ya que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. En principio, también se excluye el complemento retributivo de carrera profesional, ya que nos encontramos ante un sistema variable en el que cada empleado público es remunerado en función del resultado obtenido en la evaluación del desempeño, resultado que obviamente ha de ser positivo, aunque en último término habrá que estar a lo que disponga la Ley de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público que lo instaure.

- b) En la determinación del valor de cada día de retribuciones habrá que sumar las cantidades brutas percibidas por el trabajador durante el año anterior al cese en el marco del contrato del que traiga causa el incumplimiento y luego dividir por 365 días del año (en su caso, 366).

Por “años de servicio” a efectos de cuantificar la compensación, ha de entenderse exclusivamente el tiempo realmente trabajado en el marco del contrato del que traiga causa el incumplimiento, independientemente de que le hayan seguido uno o varios contratos regulares con anterioridad al cese efectivo. Por lo demás, a tales efectos ha de computarse el tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de servicio activo y en todas aquellas situaciones que producen efectos equivalentes a los de servicio activo.

- 4.º) En cualquier caso, no habrá derecho a compensación “*en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria*”.
- 5.º) El inciso final del primer párrafo del apdo. 4.º de la DA 17.^a del EBEP deja a salvo “*la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”. Sin duda, quedan comprendidas las indemnizaciones de 33 días de salario por año de servicio con el tope máximo de 24 mensualidades por despido disciplinario o despido objetivo o colectivo improcedente o nulo. En tal caso, la compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que corresponda percibir conforme a la legislación laboral por la extinción del contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.
- 6.º) El abono de la indemnización sólo procederá a partir del cese efectivo del trabajador¹⁷, no siendo necesaria, a tales efectos, una resolución judicial dictada

¹⁷ SSTSJ de Galicia (Social) de 2 de abril de 2022 (Rec. 5951/2021), 20 de abril de 2022 (Rec. 3227/2021) y 30 de septiembre de 2022 (Rec. 4569/2021), STSJ de Aragón (Social) de 23 de mayo de 2022 (Rec. 320/2022), y SSTSJ de Castilla y León (Social) de 19 de julio de 2022 (Rec. 104/2022), 26 de septiembre de 2022 (Rec. 284/2022) y 2 de diciembre de 2022 (Rec. 546/2022).

a instancia del trabajador en el marco de un proceso declarativo o de despido. No obstante, si la Administración no procede a abonarla de “motu proprio”, el trabajador dispondrá de un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento en el que dicho cese se produzca para reclamarla en sede judicial (art. 59.1 ET).

En definitiva, las reformas de 2021 han sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización, pero sólo en los supuestos de irregularidades en la contratación laboral temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales y, además, siempre y cuando dichas circunstancias se produzcan en el marco de los contratos temporales celebrados a partir del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la Reforma Laboral¹⁸. Ciertamente, aunque el RD-l 14/2021 –luego convertido en la Ley 20/2021– entró en vigor el 8 de julio de 2021 (DF 3.^a RD-l 14/2021), las previsiones contenidas en su art. 1 “*serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*” (DT 2.^a RD-l 14/2021). Es más, la DF 8.^a.2.f) del RD-l 32/2021 prevé un período de *vacatio legis* de tres meses desde el 30 de diciembre de 2021 para la entrada en vigor del 2.^o apdo. de la DD Única de este real decreto-ley por el que se deroga el 1.^o apdo. de la DA 15.^a del ET. Por consiguiente, el cambio normativo no puede afectar a los contratos celebrados antes del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la normativa legal anterior a la Reforma Laboral. Y, por supuesto, dicho cambio de ningún modo puede dar lugar a replantear los asuntos decididos mediante sentencia firme en la que se reconozca el derecho a la subsistencia y continuación de la relación de empleo con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico en aplicación del criterio interpretativo y normativo precedente¹⁹.

2.2. El macroproceso de estabilización de empleo público

Por último, y a la vista de las ingentes bolsas de personal interino o temporal e indefinido no fijo creadas como consecuencia de la restricción de las tasas de reposición de efec-

¹⁸ En cambio, la STSJ de Cataluña (Social) de 6 de octubre de 2022 (Rec. 2490/2022) considera que el apartado 5 de la DA 17.^a del EBEP, en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley 20/21, sólo se aplica al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a 30/12/21. Por su parte, la STSJ (CA) de la Rioja de 11 de mayo de 2022 (Rec. 174/2021) considera a propósito del personal funcionario que no puede prosperar la pretensión de la parte apelante de la aplicación de RD-l 14/2021 que introduce en su artículo 1 una nueva disposición adicional decimoséptima en el EBEP porque de conformidad DT 2.^a (efectos) “*Las previsiones contenidas en el artículo 1 de este real decreto-ley serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*”. Y el RD-l 14/2021 entró en vigor el 08/07/2021. Véanse también la STSJ de las Islas Baleares (Social) de 21 de septiembre de 2021 (Rec. 164/2022) y la STSJ de Madrid (Social) de 16 de septiembre de 2022 (Rec. 673/2022).

¹⁹ Por todas, las SSTS (CA) de 21 de diciembre de 2021 (Recud. 3320/2019) y 17 de febrero de 2022 (Rec. 5766/2019).

tivos durante la crisis económica, los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018, y el art. 2 de la Ley 20/2021 han puesto en marcha sendos macroprocesos de estabilización de empleo temporal. Estos sistemas privilegiados de estabilización o consolidación resultan sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los trabajadores temporales que hayan alcanzado la condición de “indefinidos no fijos” en virtud de una resolución judicial²⁰.

III. El personal afectado por los procesos de estabilización de la Ley 20/2021 que no supere el proceso selectivo

El personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal en las plazas ofertadas en los procesos de consolidación de empleo temporal previstos en el art. 2 de la Ley 20/2021 y habiendo participado en el correspondiente concurso-oposición, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo²¹, tendrá derecho a “una compensación económica” equivalente “a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades” (art. 2.6 Ley 20/2021). Por lo demás, el art. 2.6 de la Ley 20/2021 se aplica también al personal funcionario interino y al personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso de estabilización previsto en la DA 6.^a de la Ley 21/2021, ya que esta disposición adicional se limita a establecer una convocatoria excepcional de estabilización del empleo temporal de larga duración por el sistema de concurso de méritos, debiéndose regir en todo lo demás por las reglas previstas en el art. 2 de la Ley 20/2021.

La compensación económica constituye una novedad, específica de los procesos de estabilización de empleo temporal diseñados por la Ley 20/2021, incluso respecto del personal laboral temporal, ya que el contrato de interinidad por vacante se extingue por la conclusión del proceso de consolidación de empleo temporal sin derecho a indemnización alguna²². En efecto, por expresa exclusión del art. 49.1.c) del ET, al finalizar el contrato de interinidad por vacante, el trabajador interino no tiene derecho a recibir la indemnización por fin de contrato prevista en dicho precepto²³. Este fue considerado

²⁰ Cfr. la STS de 1 de febrero de 2011 (Recud. 899/2010); y las SSTSJ del País Vasco (CA) de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 410/2012) y de Asturias (CA) de 25 de febrero de 2019 (Rec. 156/2018).

²¹ Cfr. las SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 5 de junio de 2014 (Rec. 114/2013), 24 de noviembre de 2014 (Rec. 109/2013), 20 de abril de 2015 (Rec. 192/2013), 2 de mayo de 2016 (Rec. 151/2014), 31 de marzo de 2017 (Rec. 364/2015) y 18 de abril de 2018 (Rec. 12/2016).

²² STS de 11 de junio de 2019 (Recud. 2394/2018).

²³ SSTJ de 13 de marzo de 2019 (Recud. 3970/2016), 23 de octubre de 2019 (Recud. 12/2018), 3 de diciembre de 2019 (Recuds. 2921/2018, 1918/2018, 3284/2018, 2481/2018 y 3107/2018), 12 de mayo de 2020 (Recud. 63/2018), 10 de septiembre de 2020 (Recud. 1398/2018), 11 de septiembre de 2020 (Recud. 1246/2018), 17 de septiembre de 2020 (Recud. 1702/2018), 30 de septiembre de 2020 (Recud.

contrario a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada²⁴. No obstante, posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corrigió su criterio sobre la base del conocimiento que tiene el trabajador, desde el mismo momento de celebración del contrato, de la fecha o acontecimiento concreto que determinan su término; de forma que no era contraria a la cláusula 4.ap. 1 del Acuerdo Marco antes citado la normativa interna que no contemplaba indemnización alguna a favor de los trabajadores con contratos celebrados para cubrir temporalmente un puesto durante el proceso de selección o de promoción para la cobertura definitiva del puesto, al vencer el término²⁵. En fin, salvo que en el trabajador en cuestión concurra la condición de indefinido no fijo, tampoco procede el reconocimiento de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades prevista en el art. 53 del ET, pues no cabe confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal²⁶.

En fin, el derecho a la compensación económica se prevé para los procesos de estabilización previstos en la Ley 20/2021, y no para otros. Tampoco, por tanto, para los procesos de estabilización de los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 ni para los procesos de consolidación de la DT 4.^a del EBEP²⁷.

En el caso del personal laboral temporal, la compensación económica consistirá *“en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año”* y *“en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”*. Es decir, tratándose de personal laboral se deja a salvo la superior indemnización que pueda corresponder con arreglo a la legislación laboral, por ejemplo, cuando el trabajador tenga reconocida por sentencia la condición de indefinido no fijo y perciba retribuciones variables y/o se deba tomar en consideración la totalidad de los servicios prestados a la Administración Pública, y no solamente los que se originaron en la plaza objeto del proceso de consolidación, si existe unidad esencial del vínculo²⁸.

2249/2018), 1 de octubre de 2020 (Recud. 3187/2018), 11 de noviembre de 2020 (Recud. 3716/2018), 2 de diciembre de 2020 (Recud. 3181/2018) 16 de febrero de 2021 (Recud. 2272/2018), 3 de marzo de 2021 (Recud. 2397/2018) y 4 de marzo de 2021 (Recuds. 1908/2019 y 2397/2018).

²⁴ STJUE de 14-9-2016 (Asunto C-596/2014).

²⁵ STJUE [Gran Sala] de 5-6-2018 (Asunto C-677/16).

²⁶ SSTS de 12 de junio de 2019 (Recud. 4635/2017), 26 de junio de 2019 (Recuds. 11/2018 y 490/2018) y 10 de julio de 2019 (Recud. 4583/2017).

²⁷ En el mismo sentido, BOLTAINA BOSCH, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: ¿Cómo gestionar el caos de su transitoriedad en el mundo local?”, *La Administración Práctica*, núm. 9, 2021, pp. 12 y 13; y la STSJ de Galicia (Social) de 28 de junio de 2022 (Rec. 2831/2022)

²⁸ A efectos del cálculo de la indemnización extintiva se ha afirmado con carácter general que en supuestos

Ahora bien, no se suman ambas indemnizaciones, sino que se compensan entre sí. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. En cualquier caso, no es preciso que el trabajador reclame la indemnización en sede judicial.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización “*no dará derecho a compensación económica en ningún caso*” (art. 2.6 Ley 20/2021). Pese a la rotundidad con la que está formulada esta prescripción, se sobreentiende que se refiere únicamente a la compensación de 20 días de retribuciones fijas por año de servicio que prevé el art. 2.6 de la Ley 20/2021. Por consiguiente, los trabajadores indefinidos no fijos que ocupen plazas comprendidas en estos procesos de consolidación de empleo temporal conservarán su derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite máximo de 12 mensualidades [art. 53.1.b) ET], por la extinción de su contrato, aunque no participen en el proceso de selección.

En fin, a efectos de la reclamación de la indemnización, el trabajador dispondrá de un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento en el que se produzca el cese efectivo (art. 59.1 ET).

IV. La derogación de la DA 16.^a del Estatuto de los Trabajadores

La DA 16.^a del ET proclamaba la aplicabilidad del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, adaptaba la definición de las causas económicas, técnicas y organizativas en el sector público administrativo e instauraba una prioridad de permanencia en las Administraciones Públicas a favor de los trabajadores fijos. Por su parte, el Título III del RPDC establecía las peculiaridades del procedimiento del despido en el sector público administrativo. En todo lo demás, resultaba de aplicación el régimen general de los arts. 51 y 52.c) del ET²⁹.

de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente [por todas, la STS de 25 de marzo de 2022 (Recud. 3423/2020)]. En el caso de que haya habido fraude, la doctrina jurisprudencial sostiene que ello impone un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse “significativo” como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. En el presente caso no encontramos ante un supuesto en el que, además, la doctrina jurisprudencial ha indicado, tomando como punto de referencia la regulación convencional que aquí se invoca, que debe computarse todo el tiempo de servicios cuando, ya sean válidos o fraudulentas las contrataciones temporales habidas, entre ellas no ha existido una interrupción superior a los 90 días que, para el complemento de antigüedad, contempla el citado convenio colectivo.

²⁹ La extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de una Cámara Agraria de Andalucía por su disolución, solo ha de seguir el procedimiento de despido colectivo cuando el número de trabajadores afectados es superior a cinco [STS de 30 de marzo de 2022 (Recud. 334/2021)]. De ser inferior, ha de ajustarse a los requisitos del despido objetivo individual.

El apdo. 3.º de la DD Única del RD-1 32/2021 deroga con efectos de 30 de marzo de 2022 la DA 16.ª del ET relativa a la “*Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público*”³⁰, lo que no obstará a que se siga aplicando dicho despido en las Administraciones Públicas en virtud de la remisión del art. 7 del EBEP al ET y de la ausencia una regla que expresamente lo prohíba, a imagen y semejanza de la DA 17.ª del ET que prohíbe los ERTes en las Administraciones Públicas. Ciertamente, cuando estas actúan sujetas al Derecho del Trabajo quedan sometidas a lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del ET, sin perjuicio de las modalizaciones que, debido a su naturaleza, proceda establecer. En este sentido, hay que indicar que, aunque el EBEP reconozca al conjunto de los empleados públicos, el derecho a la inamovilidad (art. 14), ello no excluye la aplicación de tales preceptos, pues la inamovilidad sólo se predica respecto de los funcionarios públicos de carrera [art. 14.a)] y el carácter tasado de las causas de pérdida de la relación de servicio se postula únicamente de ellos (arts. 63 y ss.). De este modo, aunque la DA 16.ª del ET ha sido expresamente derogada por el RD-1 32/2021, ello no significa que se prohíban por ley estos despidos en las Administraciones Públicas, sino que se regirán a partir de ahora por la normativa laboral general, esto es, por los arts. 51 y 52.c) del ET y por el Título I del RPDC.

Y así, la derogación de la DA 16.ª del ET afectará a la delimitación de las causas extintivas, la demarcación del ámbito en el que se debe aplicar la escala del art. 51.1 del ET para dilucidar si el despido es colectivo o individual y, en su caso, para seguir la tramitación del procedimiento de despido colectivo, el procedimiento de despido colectivo y la prioridad de permanencia a favor de los trabajadores fijos, que, a mi modo de ver, sale reforzada.

Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

- a) A la hora de delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción habrá que estar a las definiciones generales de las mismas que se formulan en el art. 51 del ET. En principio, la definición general de la causa económica es menos flexible que la que se formulaba en la DA 16.ª del ET, por lo que las Administraciones Públicas tendrán mayores dificultades probatorias a la hora de despedir por razones económicas. Además, a tales efectos, habrá que ponderar la situación económica y/o presupuestaria de la Administración o entidad pública de que se trate en su conjunto, aunque sólo se pretenda despedir, por ejemplo, al personal adscrito al servicio público municipal de radiotelevisión, inviable económicamente. En cambio, las causas técnicas, organizativas o productivas podrán actuar tanto en el Administración o entidad pública de que se trate en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una unidad productiva autónoma (un Departamento ministerial o un servicio público, por ejemplo).

³⁰ Cfr. la DF 8.ª.2.f) del RD-1 32/2021. Por lo demás, a la hora de determinar la normativa aplicable habrá que estar a la fecha de iniciación del procedimiento de despido colectivo [Cfr. la DT única RPDC] y a la fecha de la extinción contractual en el despido objetivo [STSJ de Castilla-La Mancha (Social) de 24 de octubre de 2022 (Rec. 1209/2022) y STSJ de Cataluña (Social) de 21 de noviembre de 2022 (Rec. 3518/2022)].

- b) La unidad de referencia en la que se debe aplicar la escala del art. 51.1 del ET para dilucidar si el despido es colectivo o individual y, en su caso, para seguir la tramitación del procedimiento de despido colectivo será la “*empresa*”, esto es, la Administración o entidad pública de que se trate en su conjunto y no el Departamento Ministerial en la Administración General del Estado o la Consejería de las Comunidades Autónomas, como permitían los arts. 35 y 36 del RPDC³¹.
- c) En los casos de despido colectivo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el procedimiento aplicable será el previsto en el art. 51 del ET y en el Título I del RPDC.
- d) Con carácter general, debe admitirse un amplio margen de libertad al empleador para establecer los criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos y someterlos a las consultas, en cuanto que no es sino otra manifestación más del poder de dirección y organización que le corresponde. Caben cualesquiera criterios, ya estén fijados en términos de mercado o de estricta eficiencia económica, organizativa o productiva, o en función del principio de adecuación social. No obstante, las Administraciones Públicas tendrán que ceñirse a criterios estrictamente objetivos, por cuanto que ésta es la regla que con carácter general debe regir su actuación, y que deberán precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva. Dichos principios, además, deben girar en torno a los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) –que deben jugar un papel decisivo, no sólo en el acceso al empleo público, sino también, aunque con menor intensidad, en el desarrollo de la relación de trabajo y en la extinción–, y de eficacia administrativa (art. 103.1 CE)³².
- e) La selección de los concretos trabajadores que vayan a sufrir la pérdida de empleo a resultas del despido objetivo o del despido colectivo corresponderá a las Administraciones Públicas, si bien éstas, al igual que el resto de empresas privadas, deberán respetar: el principio de no discriminación (arts. 14 CE y 17.1 ET); las preferencias reconocidas por el ET a los representantes legales de los trabajadores, con las ampliaciones resultantes de lo establecido en los arts. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y 30.4 y 37.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, y la interdicción del fraude de ley, consistente, por ejemplo, en la selección de los trabajadores con contrato fijo en vez de temporal, con el resul-

³¹ A raíz de la STJUE de 13 de mayo 2015 (Asunto C-182/13) que entendió que la normativa española no se adaptaba fielmente a la Directiva 98/59/CE, la jurisprudencia matizó la regla general. En efecto, la STS de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/2016), realizando una interpretación conforme del art. 51.1 del ET a la Directiva 98/59/CE, concluyó que la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo de más de 20 trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en un centro de trabajo aisladamente considerado exceden de los umbrales generales del art. 51.1 del ET, y la empresa cuando se superen los umbrales tomando como referencia la totalidad de esta. Sin embargo, el art. 1.2.b) excluye de la aplicación de la Directiva a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público.

³² Cfr. la STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014).

tado de hacer más precario el empleo. Además, las Administraciones Públicas tendrán que ceñirse a criterios estrictamente objetivos, por cuanto que ésta es la regla que con carácter general debe regir su actuación, y que deberán precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva. Dichos principios deben girar en torno a los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) –que deben jugar un papel decisivo, no sólo en el acceso al empleo, sino también, aunque con menor intensidad, en el desarrollo de la relación de trabajo y en la extinción–, y de eficacia administrativa (art. 103.1 CE). Por ello, las consideraciones vertidas en relación con la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos en las Administraciones Públicas prevista en la DA 16.^a del ET son, *mutatis mutandis*, trasladables al marco normativo en vigor.

V. Conclusiones

La relación laboral siempre ha tenido y tiene importantes modulaciones cuando se desarrolla en el ámbito de las AA.PP. En particular, los contratos temporales se transformaban en indefinidos no fijos cuando se realizaban en fraude de ley o con graves irregularidades y cuando superaban el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el art. 15.5 del ET. Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento de selección o de provisión de puestos de trabajo o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la reciente doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo o de la amortización de la plaza otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista para las extinciones por causas objetivas.

El concepto de trabajador indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones Públicas. En efecto, el sistema quiebra desde el momento en que las Administraciones Públicas no proceden en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tienden a prolongarse y el indefinido no fijo se convierte en “casi fijo”.

En este contexto, las reformas de 2021 tiran por la calle de en medio: – Decretando la nulidad de los pactos o acuerdos que incumplan la legislación en materia de contratación temporal y reconociendo a los empleados públicos el derecho a percibir a partir del cese efectivo una compensación económica de 20 días de su salario fijo por cada año de servicio al amparo del contrato del que traiga causa el incumplimiento, aunque venga

precedido y/o seguido de otros contratos temporales regulares, con un máximo de 12 mensualidades. – Articulando un nuevo macroproceso de estabilización de empleo temporal para regularizar las ingentes bolsas de personal interino o temporal e indefinidos no fijos en situación precaria.

La cuestión, sin embargo, es si estas medidas son adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en las Administraciones Públicas, a efectos de la normativa comunitaria. Pues bien, la mera convocatoria de las plazas ocupadas actualmente por los trabajadores temporales o indefinidos no fijos que han sido víctimas de una utilización abusiva o fraudulenta de la contratación temporal, no es una medida suficiente de cara al futuro para dar cumplimiento al acuerdo marco incorporado en la Directiva 1999/70/CE. Asimismo, es dudoso que la indemnización de veinte días de salario fijo exclusivamente por cada año de servicio prestado bajo la cobertura del contrato de trabajo irregular o fraudulento, con un máximo de doce mensualidades, sea una medida efectiva y suficiente para sancionar debidamente la utilización abusiva de las relaciones de duración determinada en las Administraciones y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión Europea. Dadas las causas que han motivado la instauración de esta indemnización –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, resulta necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior en línea con la establecida para el despido improcedente.

Por último, el apdo. 3.º de la DD Única del RD-l 32/2021 deroga la DA 16.ª del ET relativa a la *“Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”*, lo que no obstará a que se siga aplicando dicho despido en las AA.PP. Ahora bien, la derogación de la DA 16.ª del ET afectará a la delimitación de las causas, la demarcación del ámbito en el que se debe aplicar la escala del art. 51.1 del ET para dilucidar si el despido es colectivo o individual y, en su caso, para seguir la tramitación del procedimiento de despido colectivo, el procedimiento de despido colectivo y la prioridad de permanencia a favor de los trabajadores fijos, que, a mi modo de ver, sale reforzada.

Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología

The right to disconnect and prevention of occupational hazards related to the use of technology

Anna Ginès i Fabrellas

*Profesora adjunta de Derecho del Trabajo
Universitat Ramon Llull, ESADE Law School*

ORCID ID: 0000-0001-6313-8355

Juan Peña Moncho

*Doctorando Universitat Pompeu Fabra
Asistente de Investigación del Instituto de Estudios Laborales
Universitat Ramon Llull, ESADE Law School*

ORCID ID: 0000-0003-0830-9128

Recibido: 28-12-2022

Aceptado: 14-2-2023

doi: 10.20318/labos.2023.7642

Resumen: Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación tienen un uso importante en muchos puestos de trabajo hoy en día. Por esta circunstancia, las personas trabajadoras se ven expuestas a riesgos laborales físicos, organizacionales y psicosociales específicos del uso profesional de estas tecnologías. Para evitar o minimizar su impacto en la seguridad y salud de las personas trabajadoras, es necesario que las empresas desarrollen y reconozcan en sus políticas internas un derecho a la desconexión digital efectivo, siguiendo las disposiciones y el mandato del artículo 88 LOPD.

Palabras clave: derecho a la desconexión, artículo 88 LOPD, política interna, riesgos laborales psicosociales, burnout.

Abstract: Information and Communication Technologies have an important use in many jobs today. Considering this, workers are subject to physical, organisational, and psychosocial occupational hazards specifically related to these technologies. In order to avoid or minimise its impact on the health and safety of workers, it is necessary that employers develop and recognise in its entrepreneurial policies an effective right to disconnect, following the clauses and the mandate of article 88 LOPD.

Keywords: right to disconnect, article 88 LOPD, entrepreneurial policy, psychosocial occupational risks, burnout.

*anna.gines@esade.edu

**juan.pena@esade.edu

1. Introducción

En la actualidad, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) son un elemento intrínseco y esencial en una gran cantidad de puestos de trabajo. En efecto, una gran cantidad de los trabajos -especialmente aquellos que se realizan en oficinas y despachos, aunque no exclusivamente- dependen del uso de ordenadores y de los programas que estos incorporan. Asimismo, se cuenta con el comodín de los teléfonos móviles o *smartphones* que, aunque no tienen el mismo abanico de funcionalidades que los ordenadores, permiten la constante disponibilidad de las personas trabajadoras para cualquier tipo de comunicaciones relacionadas con el trabajo. Esto es, una persona es fácilmente accesible a través de su teléfono móvil mediante el email, el WhatsApp, o las llamadas telefónicas.

De esta forma, en estos puestos de trabajo tecnologizados puede surgir un gran número de riesgos laborales asociados. En efecto, como se verá a continuación, las TIC pueden provocar patologías específicas relacionadas tanto con agentes físicos, como con factores organizacionales, así como con factores psicosociales¹. De hecho, se afirma que las TIC tienen un efecto multiplicador sobre los riesgos existentes en el trabajo, no solo en atención a los nuevos factores de riesgo que introducen, sino también por la intensidad con la que la tecnología se proyecta sobre estos factores de riesgo².

Específicamente conviene mencionar la problemática derivada de los riesgos psicosociales, que afectan a la salud mental de las personas trabajadoras. De hecho, recientemente se ha generado una mayor concienciación social en relación con las patologías derivadas de la salud mental provocada, principalmente, por los efectos de la pandemia de la Covid-19. En este sentido, según datos del CIS, durante el confinamiento domiciliario un 46% de la población española manifestó un aumento del malestar psicológico³.

Hace aproximadamente diez años, los trastornos y enfermedades mentales en el Estado español podían atribuirse a las condiciones de trabajo⁴. Sin embargo, en la actualidad, hay datos relacionados con las condiciones laborales que no auguran una mejora. Según la Encuesta Europea sobre las Condiciones de Trabajo de 2022⁵, el 38% de la población española considera que el trabajo tiene una afectación negativa para su salud. El 33% afirma que debe trabajar a una gran velocidad durante casi toda su jornada de trabajo, mientras que el 31% lo hace entre el 25 y el 75% del tiempo de trabajo. El 51% ha aseverado que en el último mes ha tenido menos de 11 horas para descansar entre dos

¹ Ver NTP 1.122: Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo, Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo.

² DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUCÍA, “Riesgos psicosociales y tecnoestrés en el trabajo desde casa”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020 (versión digital).

³ Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), “Tendencias en la sociedad digital durante la pandemia de la COVID-19 (avance de resultados)”, Estudio nº 3316, 2021.

⁴ UGT, *Costes Socio-Económicos de los Riesgos Psicosociales*, Observatorio de riesgos psicosociales, 2013, p. 41.

⁵ Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/es/data/european-working-conditions-survey#> [consulta: 7.11.2022].

jornadas de trabajo. Y un 41% de la población española afirma trabajar en su tiempo libre para cumplir con las exigencias del trabajo⁶.

Ante la evidencia de tales datos, se confirma que estamos ante lo que Byung-Chul HAN ha definido como la sociedad del rendimiento, una sociedad en la que se busca la maximización del rendimiento, lo cual provoca un cansancio y agotamiento excesivo en las personas⁷. En este sentido, las TIC pueden ser un canalizador de los efectos adversos de la sociedad del rendimiento, ya que su uso continuado puede ser en sí mismo una fuente de cansancio mental⁸. De esta forma, es evidente que las TIC son un factor de riesgos psicosociales, algo que puede ser preocupante en aquellas personas cuya prestación de servicios depende en gran medida de la tecnología, como puede ser el caso de las personas que teletrabajan.

Ante esta tesitura, para garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras y evitar los riesgos derivados de las excesivas jornadas de trabajo y las TIC, el presente trabajo analiza el derecho a la desconexión digital, introducido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD). A nuestro juicio, el derecho a la desconexión puede ser un elemento útil para hacer frente a múltiples riesgos laborales asociados al uso de las TIC en el trabajo y garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

En definitiva, este trabajo pretende reivindicar brevemente la importancia del derecho a la desconexión como mecanismo de prevención de riesgos laborales, de forma que se tengan en cuenta estas consideraciones a la hora de implementarlo de forma definitiva en las empresas en aquellos puestos de trabajo donde el componente de las TIC tenga un cierto grado de importancia.

2. Nuevas tecnologías, intensificación y exceso de trabajo, y nuevos riesgos laborales

La tecnología ha permitido incrementar la productividad y eficiencia de las empresas, al facilitar la comunicación y la gestión de la información, lo que ha impulsado una mejora en su competitividad⁹. Asimismo, las TIC permiten una mayor autogestión del tiempo de trabajo por parte de las personas trabajadoras lo que, si bien puede suponer una mejora en términos de conciliación de la vida laboral y familiar, también puede provocar problemas a la hora de lidiar con los límites de jornada y la separación de la vida privada con la vida profesional¹⁰.

⁶ *Ibid.*

⁷ HAN, BYUNG-CHUL, “La sociedad del cansancio”, Barcelona, *Herder*, 2ª edición, 2012, p. 68.

⁸ NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2015, p. 2.

⁹ CAIRÓS BARRETO, DULCE MARÍA, “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, nº 13, 2021 (versión digital).

¹⁰ MARTÍN MUÑOZ, MARÍA ROSA, “El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 239, 2021 (versión digital).

De esta forma, como se analiza a continuación, el uso continuado de las TIC también ha propiciado la aparición o extensión de riesgos laborales.

En primer lugar, aparecen riesgos laborales asociados al espacio de trabajo¹¹. Esencialmente, pueden aparecer riesgos derivados de la falta de adaptación del puesto de trabajo -espacio de trabajo insuficiente, luz inadecuada, ruido excesivo, temperatura inadecuada, ventilación insuficiente, etc.¹²-. Asimismo, pueden aparecer también riesgos ergonómicos, tales como trastornos músculo-esqueléticos -cervicalgias, dorsalgias, hernias de disco intervertebral, tendinitis, tenosinovitis, epicondilitis, síndrome del túnel carpiano, etc.- derivados de la ausencia de infraestructura adecuada para la prestación de servicios -silla ergonómica, superficie de trabajo suficientemente amplia, pantalla y teclado externos, reposapiés, etc.-, postura incorrecta, mantenimiento prolongado de posturas estáticas, etc.¹³.

En segundo lugar, la generalización del uso de TIC en el trabajo implica la aparición de nuevos riesgos derivados de agentes físicos por el uso continuado de dispositivos electrónicos¹⁴. Entre los riesgos derivados de agentes físicos, destaca la fatiga visual o el síndrome del ojo seco como consecuencia del uso continuado de pantallas de visualización y dispositivos electrónicos¹⁵. Factores como largas jornadas laborales mediante el empleo de pantallas de visualización, una iluminación inadecuada, baja calidad de la pantalla o la incorrecta ubicación del equipo informático pueden provocar fatiga visual¹⁶. Los síntomas más habituales de la fatiga visual son visión borrosa, lagrimeo, escozor ocular, pesadez de párpados, aumento del parpadeo, etc.¹⁷.

En este sentido, aparecen nuevos riesgos organizacionales y psicosociales como consecuencia del trabajo a distancia, el uso continuado y generalizado de nuevas tecnologías y la consiguiente intensificación y exceso de jornada que éstas propician, tales como estrés o el *burn-out*, también conocido como síndrome de la persona trabajadora quemada¹⁸. El estrés es la consecuencia de un desequilibrio entre las exigencias y presiones a las que está sujeto la persona trabajadora y sus conocimientos o capacidades para enfrentarse

¹¹ MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La seguridad y salud en el teletrabajo”, En: MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Editora), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 187-195.

¹² GINÈS I FABRELLAS, ANNA (Coordinadora), LUQUE PARRA, Manuel, PEÑA MONCHO, Juan, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 134-135.

¹³ EU-OSHA, *Work-related musculoskeletal disorders: prevalence, costs and demographics in the EU*, European Risk Observatory, European Agency for Safety and Health at Work, Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2019.

¹⁴ NTP 1.150: Riesgos ergonómicos en el uso de las nuevas tecnologías con pantallas de visualización, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2020.

¹⁵ NTP 1.150: Riesgos ergonómicos en el uso de las nuevas tecnologías, *op. cit.*

¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo*, 2015, p. 87.

¹⁷ NTP 1.150: Riesgos ergonómicos en el uso de las nuevas tecnologías, *op. cit.*

¹⁸ DIAS POCHINHO, MARGARIDA y COSTA GARCÍA, JOAO, “Impacto psicosocial de la tecnología de la información y comunicación (TIC): tecnoestrés, daños físicos y satisfacción laboral”, *Acta colombiana de psicología*, vol. 11, nº 2, 2008, p. 127-139.

a ellas¹⁹. El *burn-out* o síndrome del quemado puede definirse, a su vez, como una situación de estrés crónica derivada de un esfuerzo intenso y continuado en el tiempo como consecuencia de una sobreexigencia en el ámbito laboral, que afecta negativamente a la motivación, rendimiento y productividad de la persona trabajadora²⁰. En este sentido, la tecnología juega un papel destacado en el aumento de los niveles de estrés laboral, al imponer una presión importante en las personas trabajadoras para estar actualizadas y dominar dicha tecnología²¹.

Como consecuencia de la posibilidad que la tecnología brinda de trabajar -incluso íntegra o preponderantemente- a distancia, se generan nuevos riesgos derivados de la soledad o aislamiento de estas personas trabajadoras; riesgos psicosociales que pueden dar lugar a diversas patologías, entre las que destaca la depresión²².

En ausencia de sistemas efectivos de registro de jornada y derecho a la desconexión como sistemas de control estrictos del tiempo de trabajo, la tecnología puede dar lugar a supuestos de intensificación del trabajo y jornadas excesivas²³. Las personas trabajadoras pueden continuar la prestación de servicios -mediante dispositivos electrónicos personales o de la empresa- una vez finalizada oficialmente la jornada laboral. Esta situación puede provocar estrés por la dificultad de separar el trabajo de la vida familiar y personal, la creencia que uno debe estar permanentemente disponible o estrés como consecuencia de la autoexplotación, una adición al trabajo o, también denominada, *workaholism*²⁴, que en situaciones extremas puede generar infartos y/o derrames cerebrales mortales²⁵.

El uso continuado y generalizado de tecnología de la información y la comunicación puede provocar también riesgos psicosociales específicos, entre los que destaca el denominado tecnoestrés. El tecnoestrés ha sido definido como una “*enfermedad causada por la incapacidad para enfrentarnos a las nuevas tecnologías de un modo psicológicamente saludable, siendo el producto de la combinación de ansiedad, sobrecarga de información, conflicto de roles y factores organizacionales*”²⁶.

¹⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado y enfermedades de súbita aparición*, Editorial Comares, 2016, p. 4.

²⁰ SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica.*, op. cit., p. 43-45.

²¹ ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales: estrés y tecnoestrés”, 28 de abril, *revista digital de salud y seguridad en el trabajo*, nº 1, 2008, p. 1 (versión digital).

²² GINÈS I FABRELLAS, ANNA (Coordinadora), LUQUE PARRA, Manuel, PEÑA MONCHO, Juan, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud*, op. cit., p. 137-138.

²³ Como pone de manifiesto TATSIANA USHAKOVA, gracias a las TIC es posible continuar con la prestación de servicios fuera del lugar y tiempo de trabajo (USHAKOVA, Tatsiana, “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192, 2016 (versión digital)).

²⁴ LEONARDI, PAUL M., TREEM, JEFFREY W., y JACKSON, MICHELE H., “The connectivity paradox: using technology to both decrease and increase perceptions of distance in distributed work arrangements”, *Journal of Applied Communication Research*, vol. 38, nº. 1, 2010, p. 85-105.

²⁵ PURCALLA BONILLA, MIGUEL ÁNGEL, “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, *Temas Laborales*, nº 155, 2020, p. 115.

²⁶ ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales”, op. cit., p. 13 (versión digital). En sentido muy similar, véase ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Estrés tecnológico: me-

Entre esta modalidad de estrés²⁷, se incluye la tecnofobia, definida como el sobreesfuerzo realizado por las personas trabajadoras para adaptarse a la tecnología existente en su puesto de trabajo; la tecnofatiga, entendida como la fatiga mental que provoca el uso continuado y prolongado de dispositivos electrónicos y tecnología; la tecnoadición o tecnofilia, considerada como la adicción que sufren las personas trabajadoras de utilizar tecnología de la información o comunicación de forma incontrolable y por largos períodos de tiempo; tecnofrustración (*computer hassles*), entendido como el estrés consecuencia de la lentitud o averías del sistema, spam, anuncios (*pop-ups*), virus, pérdida de ficheros e información, etc.; el “síndrome de fatiga informativa” o “cibercansancio” (*data smog*), derivada de la sobrecarga de información existente en la red; o la “locura multitarea” (*multitasking madness*) entendida como el estrés que provoca la necesidad o posibilidad de realizar distintas tareas a la vez y los problemas asociados, tales como la disminución de la percepción de control.

Además, téngase en cuenta que la tecnología de la información y la comunicación puede introducir nuevos elementos potencialmente estresantes como el incremento del control empresarial, invasión de la privacidad de la persona trabajadora, aspectos relacionados con la ciberseguridad, reducción de contacto e interacción social, falta de formación o apoyo en la gestión de la tecnología o cambios en los roles en el seno de la organización²⁸.

El tecnoestrés puede generar síntomas -muy similares a los derivados del estrés- como cansancio, fatiga, insomnio, trastornos del sueño, dolor de cabeza, tensiones musculares, falta de memoria, concentración y/o motivación, irritabilidad depresión o, incluso, un infarto de miocardio²⁹. Además de un riesgo sobre la salud de las personas trabajadoras, los efectos del estrés pueden extenderse a otros ámbitos al provocar absentismo, dificultades de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, reducción de la productividad³⁰ y/o conflictividad laboral. De hecho, conviene tener en cuenta que una situación de eterna disponibilidad de una persona trabajadora gracias a la tecnología puede provocar que la probabilidad de enfermar de estrés o tecnoestrés sea superior a la de enfermar por las enfermedades profesionales más comúnmente vinculadas al trabajo³¹.

didadas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, nº 102, 2009, p. 127 (versión digital).

²⁷ En relación con esta cuestión, véase MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La seguridad y salud en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 191-193; ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 2 y 14 (versión digital); ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088””, *Trabajo y Derecho*, nº 30, 2017, p. 5-6 (versión digital).

²⁸ ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Estrés tecnológico: medidas preventivas”, *op. cit.*, nº 102, 2009, p. 129 (versión digital).

²⁹ ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 3-10 (versión digital).

³⁰ RODRÍGUEZ, LUZ, “Desconexión digital vía negociación colectiva”, *infoLibre*, 26.7.2017. Disponible en: https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/07/26/desconexion_digital_via_negociacion_colectiva_67954_1121.html [consulta: 30.11.2022].

³¹ GARCÍA DE LA TORRE, ANA, “Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo”, *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, 2016, p. 21.

Por último, hay que tener en cuenta que el teletrabajo puede provocar también riesgos psicosociales relacionados con el ciberacoso, incluido el acoso sexual o por razón de sexo, en el trabajo³². El ciberacoso es entendido como el acoso ejercido a través de cualquier dispositivo electrónico y/o digital con la intención de atentar contra la dignidad y/o intimidad de la persona trabajadora, poniendo en riesgo su salud y su integridad física y moral³³. En este sentido, se afirma que el ciberacoso puede multiplicarse cuando se hace teletrabajo, dado que esta forma de trabajo agrava las características de este por la invisibilidad y anonimato de la persona acosadora, la velocidad y la inmediatez con la que la conducta hostigadora puede difundirse, el hecho de que la conducta de acoso puede realizarse en cualquier momento -no limitándose, por tanto, al tiempo y lugar de trabajo tradicional- o la dificultad o imposibilidad de eliminar contenido de Internet y redes sociales³⁴.

3. El derecho a la desconexión como un instrumento de prevención de riesgos laborales relacionados con la tecnología en el trabajo

3.1. El derecho a la desconexión como derecho de las personas trabajadoras

El derecho a la desconexión digital consiste en el derecho de las personas trabajadoras a desconectar los dispositivos y medios tecnológicos y digitales durante los períodos de descanso. Este derecho fue introducido expresamente por el legislador en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPD). En concreto, dicho artículo prevé:

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital 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.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preser-

³² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Teletrabajo e igualdad de género: requisitos para que el teletrabajo no exacerbe la distribución desigual de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados entre mujeres y Hombres y que sirva de motor para promover la igualdad de género* (2021/C 220/02) [en línea]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/html/?Uri=pi_eesc:eesc-2020-05159-ac&from=en [consulta: 13.11.2022].

³³ DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, *Ciberacoso en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 17 y siguientes.

³⁴ MONTOYA MEDINA, DAVID, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 243, 2021 (versión digital).

vará el derecho a la desconexión digital 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”.

Este precepto aplica a todas las formas de trabajo, como se deriva del artículo 20 bis ET que establece que “[l]os trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. Asimismo, se aplica también al teletrabajo, como establece el artículo 18 la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, Ley 10/2021), que se remite al mismo de forma expresa.

Una primera duda que plantea el derecho a la desconexión digital se refiere a su alcance y, en concreto, a su configuración como un derecho de las personas trabajadoras o como una obligación de la empresa.

Es obvio que este derecho constituye una herramienta básica para permitir que aquellas personas que utilizan medios tecnológicos en su prestación de servicios puedan disfrutar de su derecho al descanso (artículo 40.2 CE). Asimismo, la redacción del artículo 88 LOPD también precisa que es un derecho relacionado con la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), así como la conciliación de la vida personal y familiar con la vida profesional (artículo 14 CE). De la misma forma, el artículo 20 bis ET vincula directamente este derecho con el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE).

No obstante, desde nuestro punto de vista, el derecho a la desconexión digital debe interpretarse como una obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para garantizar tal derecho³⁵. Es decir, pese a que no se deduce expresamente del redactado del artículo 88 LOPD, concebir el derecho a la desconexión como la facultad de no atender o usar los dispositivos digitales fuera de su jornada de trabajo sería, a nuestro juicio, alterar el objeto de dicho derecho. En concreto, como señala la sentencia nº 628/2020, de 8 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, el objetivo del derecho a la desconexión reconocido en el artículo 88 LOPD es garantizar el respeto al tiempo de descanso, los permisos y las vacaciones³⁶. Y ello solo puede acontecer si la parte de la relación laboral capaz de alterar directa (mediante la comunicación por parte de otras personas trabajadoras) o indirectamente (a través de la clientela) el descanso de la persona trabajadora se abstiene de hacerlo o implementa medidas para que ello no acontezca. Por tanto, es evidente que las empresas deberán establecer mecanismos eficaces que impidan que las personas trabajadoras “conecten” con su trabajo fuera de su jornada.

³⁵ En contra de esta opinión se sitúa FRANCISCO TRUJILLO PONS, quien considera que, tal y como está configurado por la norma “es la voluntad del trabajador y de la trabajadora el ejercerlo o no en el ámbito laboral”, así como entiende que “según la normativa vigente, no se prohíbe a la empresa el envío de mensajes o la realización de llamadas fuera del horario de trabajo pactado”. TRUJILLO PONS, FRANCISCO, “Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *IUSLabor*, nº 1, 2022, p. 153.

³⁶ Rec. nº 19/2020.

De esta forma, entendemos que el derecho a la desconexión digital no puede confundirse con los ya reconocidos derechos al descanso. Efectivamente, a nuestro juicio, el ejercicio del derecho al descanso es genérico, aplicándose a todas las personas trabajadoras sin distinción, mientras que el derecho a la desconexión es específico, ya que solo se reconoce a aquellas personas trabajadoras que utilizan o disponen de elementos tecnológicos para la prestación de servicios. Además, se trata de dos derechos distintos, dado que el derecho a la desconexión es, en todo caso, el derecho a través del cual puede asegurarse que las personas trabajadoras que desempeñan tareas con dispositivos tecnológicos de comunicación ejercen su derecho al descanso³⁷. Es decir, el derecho a la desconexión, además de un derecho en sí mismo, es una garantía del derecho al descanso, esto es, un mecanismo de control del descanso³⁸.

Esta interpretación viene ratificada, desde nuestro punto de vista, por el artículo 18.1 Ley 10/2021, en el contexto del teletrabajo³⁹. Este precepto reconoce de forma expresa que el derecho a la desconexión conlleva un deber empresarial asociado, en el sentido de que *“garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”*.

Esta es también la interpretación que parece adoptar la doctrina judicial. En este sentido, la Audiencia Nacional en su sentencia 44/2022, de 15 de marzo, entiende que, en virtud del artículo 88 LOPD y 18 Ley 10/2021, *“este derecho conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso”*.

Asimismo, conviene destacar la referencia del artículo 88 LOPD a la negociación colectiva. El apartado 3 de dicho precepto dispone que la empresa *“previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”*. En términos casi idénticos se pronuncia el artículo 18.2 Ley 10/2021. Es decir, para que la política interna de desconexión sea válida deberá darse un trámite de audiencia en favor de la representación de la plantilla⁴⁰, sin que tales preceptos exijan el acuerdo.

³⁷ GINÈS I FABRELLAS, ANNA, “How to ensure employees’ well-being in the digital age? Discussing (new) working policies as health and safety measures”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2022, p. 8.

³⁸ GINÈS I FABRELLAS, ANNA, PEÑA MONCHO, JUAN, “Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 451, 2020, p. 91-92.

³⁹ Ver, en este sentido también, TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN, “Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo”, En: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL y TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN (Directores), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 243.

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, JUANA MARÍA, “Protección de Datos y la Regulación de las Tecnologías en la Negociación Colectiva y en la Jurisprudencia”, *Bomarzo*, 2019, p. 67.

En este punto, es interesante citar un reciente pronunciamiento de la Audiencia Nacional. En concreto, se hace referencia a la sentencia 44/2022, de 15 de marzo. En este asunto, la Audiencia Nacional declara nula una cláusula de un contrato de teletrabajo que reconoce el derecho a la desconexión digital, salvo cuando concurran “*circunstancias de urgencia justificada*”. Entre las causas de urgencia justificada se encontraban “*situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador*”. Entiende la Audiencia Nacional que pese a que “*ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse... los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores*”. De esta forma, se evidencia que el protocolo para delimitar el ejercicio del derecho a la desconexión digital debe ser, en todo caso, negociado entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, aunque sin necesidad de acuerdo.

En este sentido, la negociación colectiva puede ser una oportunidad para que, además de establecer el mecanismo de desconexión específico que se considere oportuno, se aborden otras circunstancias, como establecer las franjas horarias en las que no se puede o no se debe enviar comunicaciones que puedan entorpecer el derecho a la desconexión de otras personas trabajadoras o la programación de respuestas automáticas de información de ausencia⁴¹.

3.2. El derecho a la desconexión como mecanismo de control de la jornada y para la prevención de riesgos

Las personas trabajadoras tienen el derecho a la “*integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales*” (artículo 4.2.d) ET) y “*a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*” (artículo 19.1 ET). Este derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral tiene una correlativa obligación empresarial de “*garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*” y, a tal efecto, adoptar “*cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores..., con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley*” (artículo 14.1 y 2 LPRL). Es decir, dicho artículo impone a las empresas lo que se conoce por parte de la doctrina como una deuda general de prevención⁴².

⁴¹ CAIRÓS BARRETO, DULCE MARÍA, “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *op. cit.*

⁴² SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE, *et al.*, *Derecho de la Seguridad y la Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 2ª edición, 1998, p. 151; RIVERO LAMAS, JUAN y DE VAL TENA, ANGEL LUÍS, “Comentario al art. 14”,

En atención a lo anterior, desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico español exige a las empresas un deber genérico de control del tiempo de trabajo. Pues, así se induce de su normativa de prevención de riesgos laborales (artículos 4.2.d) y 19 ET en relación con el artículo 14 LPRL) y el respeto a los límites legales máximos y mínimos en materia de jornada y descansos (artículos 34 a 38 ET). Todo ello, sin perjuicio del deber específico de registrar la jornada diaria de trabajo, introducido por el Real Decreto-ley 8/2019, que añadió un 9 apartado al artículo 34 ET. En esta línea, la existencia de un deber genérico de control del tiempo de trabajo previa a la adopción de la obligación del registro horario ya se había reconocido por algunas sentencias. Este es el caso, por ejemplo, de la STSJ Castilla y León de 3.2.2016⁴³, que entiende que las empresas tienen la obligación de controlar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras -incluso cuando prestan servicios a distancia- como medida para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

En este sentido, el derecho a la desconexión digital es una herramienta útil, no solo para garantizar el derecho de descanso de las personas trabajadoras⁴⁴, sino también para delimitar la jornada de trabajo en trabajos tecnológicamente intensivos. En efecto, establecer mecanismos de desconexión digital, como el bloqueo de recepción de emails y/o llamadas fuera del horario de trabajo, puede ser una forma clara de diferenciar los momentos de trabajo y, por tanto, la disponibilidad, de los momentos de descanso.

De hecho, así lo reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia nº 962/2020, de 4 de noviembre, cuando afirma que “*el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. (...) Por tanto no se puede imponer a los trabajadores la obligación de conectarse remotamente con finalidad laboral desde fuera del centro de trabajo en sus tiempos de descanso y dicho derecho es un mínimo garantizado por Ley Orgánica como desarrollo (...) del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar*”⁴⁵. En consecuencia, el derecho a la desconexión existe, precisamente, para asegurarse de que el tiempo de trabajo efectivo no se extiende ilegalmente al tiempo de descanso⁴⁶. Por ejemplo, con el teletrabajo se corre el riesgo de que las personas trabajadoras extiendan su jornada

En MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS, MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL Y MORENO VIDA, MARÍA NIEVES (Directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granda, Editorial Comares, 2004, p. 131; ACKERMAN, Mario, “Prevención de los riesgos del trabajo, obligación de seguridad del empleador y responsabilidad por daños a la salud del trabajador”, En: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS (Director), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Comares, 2006, p. 820; LÓPEZ GANDÍA, JUAN y BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, *Curso de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 12ª edición, 2011, p. 90; entre otros.

⁴³ Rec. nº 2229/2015

⁴⁴ NTP 1.123: Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2018, p. 6.

⁴⁵ Rec. nº 430/2020.

⁴⁶ CAIRÓS BARRETO, DULCE MARÍA, “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *op. cit.*

de trabajo más allá de los límites de control del registro horario⁴⁷. De esta forma, la aplicación de un derecho a la desconexión efectivo puede contribuir a marcar un límite claro al ejercicio del poder de control y dirección por parte de las empresas⁴⁸.

Esta interpretación viene refrendada por la STJUE de 14.5.2019 (caso C-55/18, asunto CC.OO vs. Deutsche Bank), que concluye que el respeto de los períodos mínimos de descanso fijados por la Directiva 2003/88/CE exige el control del tiempo de trabajo. Es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que para garantizar el respeto a los límites de jornada y los descansos mínimos previstos en la Directiva 2003/88/CE, y -en consecuencia- su seguridad y salud laboral, es necesario que exista un sistema objetivo, fiable y accesible que registre del número de horas diarias trabajadas por cada persona. De esta forma, con un sistema de registro de jornada, las empresas pueden delimitar los tiempos efectivos de trabajo. No obstante, si además del registro de jornada las empresas establecen un sistema de desconexión digital efectivo, además de mantener un control de la jornada más robusto, se estarán asegurando el descanso mínimo garantizado para aquellos puestos de trabajo que utilizan dispositivos tecnológicos. De esta forma, como medida de control del tiempo de trabajo que es, se trata de un derecho idóneo para ello, toda vez que existe una relación entre el control sobre la gestión del tiempo de trabajo y la salud de las personas trabajadoras⁴⁹.

El derecho a la desconexión digital como mecanismo de prevención de riesgos laborales se refuerza también por su consideración como deber empresarial, según se ha analizado anteriormente. Asimismo, las referencias del apartado 3 del artículo 88 LOPD a la obligación expresa de la empresa de elaborar una política interna que incluya “*acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática*” refuerzan también esta vertiente preventiva del derecho a la desconexión digital. De esta referencia se aprecia una clara vinculación del derecho a la desconexión con el derecho a la prevención de riesgos laborales (artículo 14 LPRL), ya que la norma lo vincula con medidas formativas para la evasión de la fatiga informática.

A nuestro juicio, merece la pena mencionar que esta función preventiva del derecho a la desconexión digital de contribuir a la adecuada delimitación de la jornada de trabajo y garantía del derecho al descanso puede resultar esencial en alguna relación laboral especial (artículo 2.1 ET). Nótese que mientras que el personal de alta dirección⁵⁰

⁴⁷ MONTOYA MEDINA, DAVID, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*

⁴⁸ MORENO VIDA, MARÍA NIEVES, “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *Temas Laborales*, nº 150, 2019, p. 173.

⁴⁹ “*El volumen de horas de trabajo, el ritmo al que se trabaja, los plazos, las exigencias y las presiones temporales impuestas en la ejecución de las tareas, los horarios que regulan la actividad laboral, los diversos aspectos temporales relacionados con la atención, la distracción y otros factores de riesgo que incluyen sobre el rendimiento, o la organización y la gestión del tiempo necesario para llevar a cabo las tareas, conforman en conjunto un poderoso contexto no por intangible menos influyente en relación con la conducta laboral*” (CLADELLAS, RAMÓN, “La ausencia de gestión de tiempo como factor de riesgo psicosocial en el trabajo”, *Intangible Capital*, vol. 4, nº 4, 2008, p. 237-254).

⁵⁰ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Guía Sobre el Registro de Jornada*, p. 1.

-y según algunas opiniones⁵¹, las personas que ejercen la abogacía en despachos jurídicos queda fuera de la aplicación del registro de jornada (artículo 34.9 ET), no así del derecho a la desconexión digital. El artículo 88 LOPD reconoce el derecho a la desconexión digital sin excepciones, al incluir expresamente también al personal de dirección. Por ello, el derecho a la desconexión digital puede ser una inestimable herramienta de prevención de riesgos laborales para estos colectivos.

En definitiva, el derecho a la desconexión es un elemento esencial en materia de prevención de riesgos, toda vez que las empresas tienen una deuda general de prevención, así como el deber genérico y específico, en virtud del registro de jornada y del derecho a la desconexión digital, de controlar el tiempo de trabajo.

3.3. El contenido de la política interna en relación con la prevención de riesgos laborales

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 88 LOPD, así como el apartado 2 del artículo 18 Ley 10/2021, todas las empresas que usen medios tecnológicos tienen el deber de diseñar una política interna que establezca (i) “*las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión*” y (ii) “*las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas*” con la finalidad de evitar el riesgo de fatiga informática; es decir, riesgos relacionados con la fatiga visual, la tecnofatiga, el ciberacoso, y el estrés derivado del uso de elementos informáticos, entre otros.

En relación con las modalidades de ejercicio, la norma no exige un sistema en concreto. Por lo tanto, entendemos que da libertad a las empresas para fijar el mecanismo que considere más adecuado en atención a la naturaleza de la actividad realizada, sin perjuicio de que dicho sistema pueda acordarse específicamente mediante la negociación colectiva.

De esta manera, las empresas deben especificar en su política interna los sistemas que van a implantar para el ejercicio del derecho a la desconexión. Es decir, si deciden implantar un mecanismo de desconexión consistente en restricciones de la conectividad en determinadas horas, o sistemas más “blandos” de mensajes de recordatorio⁵². En este sentido, la normativa permite que haya múltiples alternativas. Por poner una serie de ejemplos: obligación de dejar los dispositivos digitales dentro de las instalaciones de la empresa, bloqueo de los mismos fuera de la jornada de trabajo, mensajes de advertencia de que se han sobrepasado los límites horarios de prestación de servicios, imposibilidad material de enviar correos electrónicos fuera de los límites horarios establecidos para ello, etc. En definitiva, la empresa podrá adoptar o acordar con la representación legal de la plantilla los mecanismos de desconexión que más le convenga en atención a las características de la empresa y de la actividad laboral. No obstante, cabe recordar que deberán

⁵¹ BARBERO DEL ÁGUILA, PATRICIA, “¿Deben implantar los despachos el registro de jornada de sus abogados?”, *CincoDías*, 2019 [en línea]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/04/26/legal/1556278447_291548.html [consulta: 3.11.2022].

⁵² Eurofound, “Right to disconnect in the 27 EU member States”, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2020, p. 46.

ser efectivos para controlar el tiempo de trabajo y garantizar la prevención de riesgos psicosociales en virtud de la deuda genérica de prevención dimanante del artículo 14 LPRL.

Señala María Teresa IGARTUA MIRÓ que convendría hacer una tipología de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión para las personas trabajadoras en función de las características de su prestación de servicios⁵³. Para ello, a su juicio, se debería hacer una doble distinción: por un lado, entre personas trabajadoras presenciales y personas trabajadoras a distancia, o parcialmente a distancia; por otro lado, entre personas trabajadoras con horario regular y personas trabajadoras con horario flexible o con capacidad de autogestión del tiempo de trabajo. Se trata, en definitiva, de una propuesta razonable, teniendo en cuenta que, por ejemplo, en el teletrabajo los espacios de trabajo y familiares o personales llegan a solaparse⁵⁴, lo que podría implicar que nunca se llega a desconectar del todo del trabajo porque la distinción temporal trabajo-familia/personal se desarrolla en ambos casos en un mismo lugar, mientras que en un régimen de trabajo presencial estricto la distinción espacio y tiempo es manifiesta.

En esta línea, es importante destacar que el tercer apartado del artículo 88 LOPD establece que “*se preservará el derecho a la desconexión digital 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*”. Es decir, la referencia particular a las personas que trabajan, total o parcialmente, a distancia y en el domicilio hace entender que, efectivamente, es necesaria una adaptación del derecho a la desconexión digital a las particularidades del teletrabajo. Esta distinción es lógica con los diferentes riesgos que existen en el trabajo presencial en comparación con el teletrabajo.

En este sentido, las personas teletrabajadoras pueden verse sometidas a un gran número de riesgos psicosociales específicos. En la medida en que en el teletrabajo el lugar de trabajo puede coincidir con el domicilio de la persona teletrabajadora o el espacio por ella escogido, pueden aparecer conflictos de roles que incrementan la sensación de no estar cumpliendo adecuadamente en ninguna de las dos esferas, lo que puede incrementar el estrés de las personas trabajadoras⁵⁵. Asimismo, dadas las características del teletrabajo, pueden incrementarse los riesgos específicos de tecnoestrés derivados de la dependencia o uso intensivo de la tecnología⁵⁶. Asimismo, los sistemas tecnológicos que instaure la empresa para controlar el desarrollo de la prestación de servicios pueden provocar en las personas trabajadoras un fenómeno conocido como “látigo digital”, entendido como

⁵³ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA, “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, nº 432, p. 69 y 84.

⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, JESÚS, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2020 (versión digital).

⁵⁵ ASHFORD, BLAKE E., KREINER, GLEN E. y FULGATE, MEL, “All in a day’s work: boundaries and micro role transitions”, *Academy of Management Review*, vol. 25, nº 3, 2000, p. 472-491.

⁵⁶ En relación con esta cuestión, ver MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La seguridad y salud en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 191-193; ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos ...”, *op. cit.*, p. 2 y 14; ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual”, *op. cit.*, p. 5-6 (versión digital).

“la presión que ejerce sobre los trabajadores el uso de las TIC en el control y evaluación de su desempeño”⁵⁷. Ello puede ser percibido por parte de las personas trabajadoras como una invasión de su privacidad⁵⁸, siendo un nuevo factor de estrés.

Más allá, en esta concreción de las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión digital a la que se refiere el apartado segundo del artículo 88 LOPD debe tenerse en cuenta, desde nuestro punto de vista, también la intensidad del teletrabajo. Es decir, como se concluye por Anna GINÈS I FABRELLAS, Manuel LUQUE PARRA y Juan PEÑA MONCHO, los riesgos laborales específicos del teletrabajo -riesgos ergonómicos derivados de factores ambientales, la carga física de trabajo o los agentes físicos y los riesgos psicosociales relacionados con aspectos organizativos y el uso intensivo de tecnologías de la información y comunicación- dependen de la intensidad con la que se realiza el teletrabajo, entendida como el porcentaje de la jornada que se realiza a distancia y su prolongación temporal⁵⁹. Así, una adecuada política de desconexión digital es esencial en el teletrabajo intenso, donde el contacto presencial con la empresa es menor -en concreto, el teletrabajo intenso se define como aquella forma de teletrabajo que se desarrolla durante más del 70% de la jornada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la obligación de la empresa de adoptar una política interna que establezca “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión” del artículo 88.2 LOPD debe interpretarse en el sentido de que deberá establecer una política de desconexión digital adecuada a las distintas modalidades de trabajo existentes en la empresa, estableciéndose, incluso, distintas formas de ejercicio de tal derecho. En ese sentido, abogamos porque las modalidades de desconexión digital se adecúen a la intensidad del teletrabajo y a los niveles de uso de las TIC por parte de las personas trabajadoras,. Asimismo, si las circunstancias organizativas de la empresa así lo exigen, también deberán preverse las situaciones de la llamada “re-conexión”⁶⁰, entendida como los supuestos en los que la empresa puede contactar con las personas trabajadoras fuera del tiempo de trabajo y, en su caso, las garantías para respetar el derecho al descanso.

Asimismo, será preciso que se indique el término horario en el que se deberá respetar el derecho a la desconexión, para evitar que las personas trabajadoras prestando servicios en diferentes regímenes de trabajo (horario regular, flexible o autogestión) vulneren el mencionado derecho del resto de personas con otro horario de trabajo. De hecho, como ha indicado el Tribunal Supremo, “[u]no de los pilares sobre los que se sostiene el derecho del trabajo es el establecimiento de una clara línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El primero, entendido... como el tiempo en que el trabajador pone a disposición del

⁵⁷ Tesouro de la EU-OSHA (disponible en: <https://bit.ly/2YiVd4M>).

⁵⁸ DELFINO, GIANLUCA F. y VAN DER KOLT, BEREND, “Remote working, management control changes and employee responses during the COVID-19 crisis”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2021 (en prensa).

⁵⁹ GINÈS I FABRELLAS, ANNA (Coordinadora), LUQUE PARRA, MANUEL, PEÑA MONCHO, JUAN, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud*, op. cit., p. 137-138.

⁶⁰ MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN, “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020 (versión digital).

*empleador su capacidad productiva y queda sometido a su círculo organizativo y disciplinario. El segundo, como aquel que pertenece en exclusiva al trabajador y del que él solo puede disponer, de modo que queda preservado de toda posible intromisión unilateral por parte del empresario*⁶¹. Al fijar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión en la política interna, incluyendo los mecanismos y las franjas horarias en que debe respetarse, se están fijando pautas claras sobre tiempo de trabajo y sistemas de control del mismo.

De esta forma, la política interna de las empresas debe establecer los mecanismos y los tramos horarios en los que se debe activar el derecho a la desconexión para permitir que se trace claramente la línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, ajustándose en todo caso a las características de la prestación de servicios existentes en la empresa.

En relación con las acciones de formación y sensibilización que exige el artículo 88.3 LOPD en el uso de los medios tecnológicos, estas deben contribuir a mitigar los riesgos psicosociales asociados a la tecnología y que pueden derivar en tecnoestrés, tecnoadicción o tecnofrustración, como se ha detallado en apartados anteriores. A este respecto, conviene concretar que, desde nuestro punto de vista, se trata de dos cuestiones distintas, aunque están intrínsecamente relacionadas.

Por un lado, en relación con las acciones formativas, se trata de ofrecer a las personas trabajadoras información y formación respecto de los riesgos psicosociales asociados al uso de dispositivos tecnológicos, como la tecnofatiga, la tecnoadicción o tecnofilia, tecnofrustración (*computer hassles*), el “síndrome de fatiga informativa” (*data smog*), o la “locura multitarea” (*multitasking madness*)⁶². En este sentido, la empresa tiene la obligación de informar y formar a las personas trabajadoras, mandos intermedios y cargos de dirección sobre, en primer lugar, el uso correcto de las TIC y, en segundo lugar, acerca de los riesgos derivados del empleo de dicha tecnología y de las medidas de prevención adoptadas⁶³. De esta forma, se podrá informar claramente sobre las pautas de uso adecuado de esta tecnología para evitar los anteriores riesgos asociados a su abuso o uso incorrecto.

Por otro lado, nos encontramos con las acciones de sensibilización. De acuerdo con la RAE, se considera que un comportamiento *sensible* es aquel que es “[r]eceptivo a determinados asuntos o problemas y proclive a ponerles solución”. A nuestro juicio, lo que pretende la norma cuando habla de acciones de “sensibilización” es que se adopten medidas de concienciación en relación con el derecho a la desconexión digital. Esto es, que se conciencie a todas las personas trabajadoras de la importancia de respetar el tiempo de descanso de las personas y, por tanto, de abstenerse a contactar con otras personas fuera del horario laboral.

⁶¹ STS de 26 de junio de 2003 (Rº. 124/2002, Sala de lo Social) y STS de 12 de febrero de 2008 (Rº. 6/2007).

⁶² En relación con esta cuestión, véase MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La seguridad y salud en el teletrabajo”, en MELLA MÉNDEZ, LOURDES (Editora), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 191-193 y ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 2 y 14 (versión digital).

⁶³ GINÈS I FABRELLAS, ANNA (Coordinadora), LUQUE PARRA, MANUEL, PEÑA MONCHO, JUAN, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud*, *op. cit.*, p. 185.

A tal fin, sin duda alguna, contribuyen las acciones de información y formación anteriormente apuntadas. Sin embargo, otras medidas pueden igualmente contribuir a tal fin, como, por ejemplo, requerir o recomendar a la plantilla programar respuestas automáticas en el correo electrónico durante los periodos de ausencias, prohibir o recomendar la realización de acciones de formación, reuniones, presentaciones,..., fuera de horario laboral, etc.⁶⁴. Asimismo, la previsión convencional de acciones sancionadoras para el caso de que se faltase en respetar el derecho a la desconexión, así como el ejercicio de dichas acciones en caso de incumplimientos, puede actuar como medida para sensibilizar sobre la importancia del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras.

Finalmente, aunque no se especifique en el artículo 88 LOPD, es importante destacar la obligación empresarial de adoptar cuantas medidas preventivas sean necesarias para garantizar la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras en el uso de TIC *ex* artículo 14.2 LPRL⁶⁵. En este sentido, otras medidas preventivas podrían ser también la simplificación de la tecnología, servicios de apoyo informático, servicios de well-being (meditación, relajación, *mindfulness*...), etc.⁶⁶.

4. Conclusiones

El uso de las TIC, como se ha analizado en las páginas anteriores, puede exponer a las personas trabajadoras a riesgos laborales específicos relacionados con agentes físicos -por el uso continuado de pantallas de visualización-, factores organizacionales -derivados del aislamiento y la soledad-, así como con factores psicosociales -por excesos de jornada, dificultad para separar vida profesional y vida personal y familiar, ciberacoso o estrés derivado del uso continuado e intenso de dispositivos digitales-.

⁶⁴ Ver en este sentido, por ejemplo, el artículo 35.1 del Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, que dispone en su apartado d) que “*para una mejor gestión del tiempo de trabajo, se procurará la adopción de las siguientes medidas: - Programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando el correo o los datos de contacto de la persona a quien se hayan asignado las tareas durante tal ausencia. - Evitar las convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, información, etcétera, fuera de la jornada laboral ordinaria diaria de cada persona trabajadora. - Convocar las sesiones indicadas en el párrafo anterior con la antelación suficiente para que las personas puedan planificar su jornada. - Incluir en las convocatorias la hora de inicio y finalización.*”

⁶⁵ Según MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, la empresa “*está obligad[a] a “adoptar cuantas medidas sean necesarias” –como dice el artículo 14.2– para garantizar la seguridad de sus trabajadores, estén o no contempladas específicamente esas medidas en una norma concreta, sea la LPRL u otra cualquiera. Dicho de otro modo: el incumplimiento de las medidas normativamente previstas convierte ipso facto al empresario en infractor; pero el cumplimiento de todas ellas no le inmuniza automáticamente de toda responsabilidad, si se demuestra que alguna medida era racionalmente necesaria –aunque no estuviera normativamente prevista– y no fue adoptada*” (ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, En: OJEDA AVILÉS, ANTONIO, ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a JOSÉ (Coordinadores), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Thompson Reuters Aranzadi, 1996, p. 108).

⁶⁶ ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales”, *op cit.*, p. 19 (versión digital).

En este contexto, el derecho a la desconexión digital, regulado en los artículos 88 LOPD y 20 bis ET y 18 Ley 10/2021, reviene una medida de prevención de riesgos laborales esenciales para eliminar o neutralizar los anteriores riesgos y garantizar la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, especialmente en el teletrabajo.

En este sentido, en atención a su configuración en la regulación vigente, el derecho a la desconexión digital no es solo una facultad que se concede a las personas trabajadoras de no atender a llamadas o correos electrónicos durante el tiempo de descanso, sino, principalmente, una obligación empresarial. Es decir, las empresas deben adoptar medidas que garanticen que las personas trabajadoras desconectan del uso de TIC profesionales durante el tiempo de descanso, de forma que ni sean contactadas ni puedan contactar con otras personas fuera de su jornada de trabajo. Solo mediante esta interpretación del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial se garantiza el descanso de las personas trabajadoras de forma efectiva.

A tal efecto, deviene esencial cumplir con el apartado 3 del artículo 88 LOPD, que establece la obligación de diseñar una política interna de ejercicio del derecho a la desconexión. Esta política, que debe ser negociada con la representación de la plantilla -aunque sin necesidad de acuerdo-, deberá recoger las formas en las que se va a poder ejercer el derecho a la desconexión digital, así como acciones de formación y sensibilización. En este punto, el análisis realizado en las páginas anteriores permite concluir la importancia de ajustar la política empresarial de desconexión digital a las modalidades de prestación de servicios en la empresa. Es decir, es necesario adaptar las medidas de desconexión digital a la forma de trabajo (presencial vs. teletrabajo), la modalidad de horario (fijo vs. flexible) o la intensidad en el uso de TIC. Además, en sede de teletrabajo, es esencial adaptar la política de desconexión digital a la intensidad del teletrabajo, entendida como el porcentaje de la jornada que se trabaja a distancia y su prolongación en el tiempo, por cuanto, como se ha analizado anteriormente, los riesgos laborales asociados al teletrabajo intenso se incrementan sustancialmente.

En definitiva, en la actual sociedad del cansancio, como la denomina Byung-Chul HAN⁶⁷, es necesario garantizar espacios temporales en los que las exigencias laborales y profesionales se interrumpan. Y, en este contexto, el derecho a la desconexión digital, recogido en los artículos 88 LOPD y 20 bis ET y 18 Ley 10/2021, se erige como una medida de prevención de riesgos esencial para garantizar la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras.

5. Bibliografía

ACKERMAN, MARIO, “Prevención de los riesgos del trabajo, obligación de seguridad del empleador y responsabilidad por daños a la salud del trabajador”, En: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS (Director), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Comares, 2006, p. 813-825.

⁶⁷ HAN, Byung-Chul, “La sociedad del cansancio”, *Herder*, 2012, p. 68.

- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, En: OJEDA AVILÉS, ANTONIO, ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a JOSÉ (Coordinadores), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Thompson Reuters Aranzadi, 1996, p. 108.
- ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088””, *Trabajo y Derecho*, n° 30, 2017, p. 1-29 (versión digital).
- ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, n° 102, 2009, p. 1-23 (versión digital).
- ALFARO DE PRADO SAGRERA, ANA, “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales: estrés y tecnoestrés”, *28 de abril, revista digital de salud y seguridad en el trabajo*, n° 1, 2008, p. 1-23.
- ASHFORD, BLAKE E., KREINER, GLEN E. y FULGATE, MEL, “All in a day’s work: boundaries and micro role transitions”, *Academy of Management Review*, vol. 25, n° 3, 2000, p. 472-491.
- BARBERO DEL ÁGUILA, PATRICIA, “¿Deben implantar los despachos el registro de jornada de sus abogados?”, *CincoDías*, 2019 [en línea]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/04/26/legal/1556278447_291548.html [consulta: 3.11.2022].
- CAIRÓS BARRETO, DULCE MARÍA, “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, n° 13, 2021 (versión digital).
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS), “Tendencias en la sociedad digital durante la pandemia de la COVID-19 (avance de resultados)”, Estudio n° 3316, 2021.
- CLADELLAS, RAMÓN, “La ausencia de gestión de tiempo como factor de riesgo psicosocial en el trabajo”, *Intangible Capital*, vol. 4, n° 4, 2008, p. 237-254.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, n° 4, 2020 (versión digital).
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUCÍA, “Riesgos psicosociales y tecnoestrés en el trabajo desde casa”, *Trabajo y Derecho*, n° 12, 2020 (versión digital).
- DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, *Ciberacoso en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2018.
- DELFINO, GIANLUCA F. y VAN DER KOLT, BEREND, “Remote working, management control changes and employee responses during the COVID-19 crisis”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2021 (en prensa).
- DIAS POCHINHO, MARGARIDA y COSTA GARCÍA, JOAO, “Impacto psicosocial de la tecnología de la información y comunicación (TIC): tecnoestrés, daños físicos y satisfacción laboral”, *Acta colombiana de psicología*, vol. 11, n° 2, 2008, p. 127-139.
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Teletrabajo e igualdad de género: requisitos para que el teletrabajo no exacerbe la distribución desigual de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados entre mujeres y Hombres y que sirva de motor*

- para promover la igualdad de género* (2021/C 220/02) [en línea]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=PI_EESC:EESC-2020-05159-AC&from=EN [consulta: 13.11.2022].
- EUROFOUND, “Right to disconnect in the 27 EU member States”, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.
- EU-OSHA, *Work-related musculoskeletal disorders: prevalence, costs and demographics in the EU*, European Risk Observatory, Luxembourg, European Agency for Safety and Health at Work, Publications Office of the European Union, 2019.
- GARCÍA DE LA TORRE, ANA, “Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo”, *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, 2016.
- GINÈS I FABRELLAS, ANNA, “How to ensure employees’ well-being in the digital age? Discussing (new) working policies as health and safety measures”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2022.
- GINÈS I FABRELLAS, ANNA (Coordinadora), LUQUE PARRA, MANUEL, PEÑA MONCHO, JUAN, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- GINÈS I FABRELLAS, ANNA, PEÑA MONCHO, JUAN, “Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 451, 2020, p. 63-107.
- HAN, BYUNG-CHUL, “La sociedad del cansancio”, Barcelona, *Herder*, 2ª edición, 2012.
- IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA, “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, nº 432, p. 61-87.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo*, 2015.
- LEONARDI, PAUL M., TREEM, JEFFREY W., y JACKSON, MICHELE H., “The connectivity paradox: using technology to both decrease and increase perceptions of distance in distributed work arrangements”, *Journal of Applied Communication Research*, vol. 38, nº. 1, 2010, p. 85-105.
- LÓPEZ GANDÍA, JUAN y BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, *Curso de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 12ª edición, 2011.
- MARTÍN MUÑOZ, MARÍA ROSA, “El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 239, 2021 (versión digital).
- MELLA MÉNDEZ, LOURDES, “La seguridad y salud en el teletrabajo”, En: MELLA MÉNDEZ, LOURDES (Editora), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 171-207.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Guía Sobre el Registro de Jornada*.

- MONTOYA MEDINA, DAVID, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 243, 2021 (versión digital).
- MORENO VIDA, MARÍA NIEVES, “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *Temas Laborales*, nº 150, 2019, p. 161-185.
- MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN, “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020 (versión digital).
- PURCALLA BONILLA, MIGUEL ÁNGEL, “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, *Temas Laborales*, nº 155, 2020, p. 109-128.
- RIVERO LAMAS, JUAN y DE VAL TENA, ANGEL LUÍS, “Comentario al art. 14”, En: MONE-REO PÉREZ, JOSÉ LUÍS, MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL y MORENO VIDA, MARÍA NIEVES (Directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granda, Editorial Comares, 2004, p. 123-132.
- RODRÍGUEZ, LUZ, “Desconexión digital vía negociación colectiva”, *InfoLibre*, 26.7.2017 [en línea]. Disponible en: https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/07/26/desconexion_digital_via_negociacion_colectiva_67954_1121.html [consulta 30.11.2017].
- SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado y enfermedades de súbita aparición*, Editorial Comares, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE, *et al.*, *Derecho de la Seguridad y la Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 2ª edición, 1998.
- SERRANO GARCÍA, JUANA MARÍA, “Protección de Datos y la Regulación de las Tecnologías en la Negociación Colectiva y en la Jurisprudencia”, *Bomarzo*, 2019.
- TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN, “Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo”, En: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL y TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN (Directores), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 229-245.
- TRUJILLO PONS, FRANCISCO, “Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *IUSLabor*, nº 1, 2022, p. 148-167.
- UGT, *Costes Socio-Económicos de los Riesgos Psicosociales*, Observatorio de riesgos psicosociales, 2013.
- USHAKOVA, TATSIANA, “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192, 2016, p. 117-138.

DEBATE

La lógica de la reforma. Un análisis sistemático de las reformas emprendidas. Aciertos, lagunas y errores

The basis of the labour law reform. A systematic analysis of the reforms launched. Guesses, gaps and errors

Icíar Alzaga Ruiz

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0002-8643-1092

Recibido: 28/12/2022

Aceptado: 9/1/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7643

1. Planteamiento de la cuestión

El Real Decreto-Ley 32/2021 es fruto del diálogo social, que ha permitido lograr un acuerdo tripartito entre el Gobierno de coalición y los agentes sociales. Ha sido una reforma de consenso y esto es fundamental para entender la lógica de la reforma, los temas abordados y también cuáles se han preferido dejar para futuras reformas. El hecho de que la reforma sea fruto de un acuerdo explica muchos de los aspectos de la misma como veremos seguidamente.

La reforma tiene, en esencia, cuatro objetivos: *a)* Reducir la temporalidad; *b)* Ajustar algunos problemas salariales derivados de la reforma de 2012; *c)* Apostar por la formación de los trabajadores jóvenes; y, *d)* Dotar a nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos de estabilidad en caso de crisis empresarial, mecanismos orientados a evitar la extinción del contrato de trabajo.

El principal objetivo de la Reforma de 2021 ha sido reducir el número de contratos temporales en nuestro país. Este propósito, unido a que ha sido una reforma fruto de un acuerdo social, explican otros fundamentos de la reforma, como mantener la regulación del despido que se aprobó en la Reforma de 2012 y no derogar gran parte del contenido de dicha reforma, en especial por lo que se refiere a las herramientas de flexibilidad empresarial, que han sido hasta la fecha muy útiles.

*Este trabajo se corresponde con mi intervención en la Jornada: “La reforma laboral de 2021: balance tras un año de vigencia”, dirigida por el Prof. Pablo Gimeno Díaz de Atauri y celebrada en la Universidad Carlos III el 15 de diciembre de 2022.

La apuesta por reducir la temporalidad va unida a un aumento de la flexibilidad en modalidades contractuales como la del contrato fijo-discontinuo y a intensificar los mecanismos de reducción de jornada y suspensión de contratos, que son adecuados en plantillas fijas. Al mismo tiempo, ello conecta con otro de los objetivos de la reforma, que es integrar en mayor medida que hasta la fecha la formación de los trabajadores en la relación laboral.

Se ve en perspectiva un modelo laboral inspirado en reformas anteriores, que introdujeron buenas dosis de flexibilidad en nuestro mercado laboral. Se vislumbra un modelo laboral con menos precariedad y con una mayor relevancia de la formación y productividad de las empresas.

2. La reforma de la contratación laboral temporal

Triplicamos la media europea de temporalidad en todos los sectores de actividad. Es un problema preocupante y detectado desde hace décadas. Estaba pendiente una reforma en profundidad de las modalidades contractuales temporales, que afrontara la solución a este problema, como venían indicando desde hace tiempo las instituciones europeas, que están detrás de esta reforma.

Los problemas detectado en materia de contratación temporal eran, en esencia, los siguientes: *a)* Excesiva flexibilidad de ciertos contratos por tiempo determinado; *b)* Abuso en la rotación de los trabajadores; y, *c)* Escasa contundencia en la lucha contra el fraude. Esos tres elementos son los que se afrontan de manera consensuada entre empresarios y sindicatos con la reforma de los arts. 15 y 16 ET.

Por un lado, se cambian los contratos; por otro, se fijan nuevos límites al encadenamiento de contratos temporales y medidas anti rotación; y, finalmente, se establece un encarecimiento de las sanciones en la lucha contra el fraude en la contratación temporal.

En relación a la reforma de las modalidades contractuales, la medida más relevante ha sido la desaparición del contrato para obra o servicio determinado. Era un contrato que llevaba décadas en nuestro ordenamiento jurídico. Provenía de los años setenta y multiplicaba la temporalidad con duraciones contractuales elevadas, de hasta tres o cuatro años por convenio colectivo. Este contrato había sido cuestionado por la más reciente jurisprudencia y también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹ en relación a los fijos de obra de la construcción y eso allanó el camino hacia su desaparición. Su derogación no es una medida baladí o de escasa importancia. En 2021, se firmaron en nuestro país en torno a 4,5 millones de contrato de obra o servicio determinado. En el momento en que entró en vigor la reforma, estamos hablando de una canalización a través de otras modalidades contractuales de entre 4.5 y 5 millones de contratos temporales, que pasaron a ser o bien por circunstancias de la producción o bien indefinidos.

¹ Por todos, Asunto C-550/19, EV y Obras y Servicios Públicos, S. A. y Acciona Agua, S. A., de 24 de junio de 2021.

Eliminado el contrato para obra o servicio determinado, lo que se ha hecho es abrir dos causas de contratación temporal, que se asemejan en gran medida a lo que era el contrato eventual y el contrato de interinidad. En este sentido el nuevo art. 15 ET, partiendo de la base de que el “contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido” distingue dos modalidades: el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución. Añade además que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. No es suficiente con que se establezca una remisión a lo dispuesto en el art. 15 ET, ni una redacción genérica que no concrete la causa. Al mismo tiempo, lo que se hace es potenciar la figura del contrato fijo-discontinuo como alternativa a la desaparición del contrato para obra o servicio determinado. La intención del legislador ha sido realizar una transición hacia un nuevo modelo de contratación laboral, poniendo en el centro de la contratación el contrato fijo-discontinuo. Las anteriores reformas intentaron también reducir la temporalidad pero y esto es fundamental, mediante la adopción de medidas de escaso impacto que perseguían minimizar daños y que no supusieron un cambio en la cultura empresarial en materia de contratación. En nuestra opinión, la Reforma de 2021 es más ambiciosa y va más allá al pretender un verdadero cambio en el modelo de contratación laboral. Ha obligado a las empresas a repensar su modelo interno de contratación al desaparecer gran parte de las modalidades contractuales existentes hasta la fecha y potenciar la figura del contrato fijo-discontinuo, como alternativa de contratación. Estamos ante un cambio cultural ambicioso, que, a nuestro modo de ver, ha funcionado, como veremos seguidamente, porque se han mantenido también las herramientas de flexibilidad empresarial introducidas en la Reforma de 2012.

Se ha recuperado la presunción, que había desaparecido, de que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido y se ha precisado algo que se venía repitiendo desde antiguo: que es necesario que el contrato especifique la causa de la contratación, debiendo haber una correspondencia entre la temporalidad del trabajo a realizar y la temporalidad el vínculo contractual y que dicha causa se concrete en el contrato de trabajo.

3. La reforma de los contratos formativos

Tenemos dos modalidades contractuales: la formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. Con la reforma se pretende elevar el nivel o la categorización de esta modalidad contractual. Se intenta convertirla en una modalidad contractual útil a la hora de dotar de una formación a estos trabajadores. Al tradicional planteamiento de la formación en alternancia se une algo más: que en el contrato de formación en alternancia, el aspecto formativo se integre dentro de los estudios que está desarrollando el trabajador. Se refuerza el objetivo estrictamente formativo de este contrato. Se establece un doble juego de tutores (un tutor académico y un tutor formativo). Cada trabajador va a tener su propio plan formativo. Se pretende superar esa

situación de trabajadores puramente precarios, que eran recibidos por las empresas para que se les enseñaran los rudimentos de alguna actividad.

En cuanto al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional (antiguo contrato en prácticas) se han introducido modificaciones, pero la estructura o núcleo central sigue siendo en esencia el mismo. Se mantiene como un mecanismo de inserción laboral para las personas que ya han terminado sus estudios. Se han reducido los límites temporales dentro de los que puede suscribirse esta modalidad contractual, porque, todo hay que decirlo, esos límites eran muy amplios (a 3 años), también se reduce la duración del contrato (mínimo 6 meses, máximo 1 año).

Es cuestionable quizá que el legislador se invente nuevas denominaciones para intentar evitar antiguas denominaciones que han fracasado, pero en el fondo se siguen refiriendo a las mismas modalidades contractuales -contratos en prácticas y para la formación-, pues las diferencias no son sustanciales. La modificación constante de la denominación de estas modalidades contractuales dificulta, en nuestra opinión, su conocimiento por parte de las empresas y, en consecuencia, el que se haga un mayor uso de ellas como pretende el legislador.

4. Supuestos de estabilidad en situaciones de crisis

Junto a la reforma de la contratación temporal ésta es, a mi modo de ver, la principal novedad de la reforma. El art. 47 ET regula los expedientes de regulación temporal de empleo, los ERTes, que consisten en una suspensión del contrato o una reducción de la jornada. La nueva regulación prefiere la reducción de jornada, porque el coste para el Estado es menor. En líneas generales, la regulación es la misma que la anterior. La única novedad es que dentro de la fuerza mayor se incluye un supuesto de fuerza mayor por decisión de la autoridad pública con lo que se resuelve el problema con el que nos habíamos encontrado en relación al art. 20 del RD 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Ese artículo regulaba los ERTes por fuerza mayor por COVID. Pues bien, el COVID no puede calificarse como causa de fuerza mayor. Para poder hablar de fuerza mayor se exige un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible e inevitable aun aplicando la mayor diligencia. El COVID fue un acontecimiento extraordinario e inevitable, pero imprevisible es más discutible porque cuatro meses antes de que se declara la pandemia ya se sabía que había surgido una epidemia, que avanzaba de país en país, por lo que no se cumplían los requisitos de lo que se entiende por fuerza mayor. En este contexto, la jurisprudencia se inclinó por entender que el Gobierno había creado un supuesto especial de fuerza mayor, que no estaba bajo el concepto general de fuerza mayor.

Lo que ha hecho el legislador en la reforma es incluir un supuesto específico de fuerza mayor por decisión de la autoridad pública, de manera que no habrá que preocuparse más de esta cuestión en el futuro. Si se presenta una situación parecida, estaremos dentro del ámbito de la fuerza mayor. Las causas son las mismas, el procedimiento es

el mismo. Lo que ha sucedido es que se ha introducido en la norma legal lo que antes estaba en la normativa de carácter reglamentario.

Las diferencias se encuentran en el art. 47 BIS y el sistema RED. El sistema RED es un mecanismo de suspensión o de reducción de jornada de trabajo ante una situación de crisis. Mientras que el art. 47 ET se refiere a una crisis de una empresa concreta, el mecanismo RED del art. 47 BIS ET contempla una situación de crisis general de la economía o una situación de crisis de un determinado sector (como ya se ha declarado en relación al sector de las agencias de viajes -Orden PCM/250/2022-). Lo que se ha hecho es trasladar la experiencia del COVID al Estatuto de los Trabajadores. Se tiene que activar la situación RED de crisis por el Consejo de Ministros. Y lo que se hace es simplificar enormemente el procedimiento de suspensión o de reducción de jornada. Es prácticamente el mismo procedimiento del art. 47 ET cuando hay fuerza mayor y de otro lado se aplican ciertas reglas generales de control: las empresas no van a poder acudir a la externalización de servicios, ni van a poder realizar nuevas contrataciones. Se establecen también otro tipo de medidas como las medidas formativas, beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social, etc.

5. La reforma de la negociación colectiva

La reforma de la negociación colectiva ha sido de escaso calado. Se ha modificado mínimamente la prioridad aplicativa del convenio de empresa de manera que dentro de las materias en que el convenio de empresa tiene carácter prioritario ya no se encuentra la regulación del salario de los trabajadores.

Se modifica también y, en este caso en profundidad, la ultraactividad, aunque este tema, en la práctica ya estaba resuelto: la ultraactividad suponía que una vez denunciado el convenio, éste entraba en fase de ultraactividad durante un plazo máximo de un año. Transcurrido ese año, las partes se veían obligadas a acudir a los mecanismos de mediación o arbitraje y en caso de no conseguirse un acuerdo, transcurrido el año, la ultraactividad desaparecía. Seguía en aplicación el convenio colectivo de ámbito superior, en su caso. La jurisprudencia dio como solución que se contractualizasen las condiciones establecidas en convenio colectivo, pero en todo caso el legislador había previsto que perdía totalmente vigencia el convenio colectivo, salvo que las partes acordasen lo contrario. ¿Qué es lo que sucedía? Las partes negociadoras del convenio colectivo pactaban lo contrario, por lo que en la práctica la ultraactividad se venía conservando pese a lo establecido en el art. 86 ET. Lo cierto es que salvo en el momento inicial de aprobación de la anterior reforma en que se produjo un cierto nerviosismo y rechazo, en la práctica no hubo grandes problemas a lo largo del tiempo en materia de ultraactividad. La última reforma laboral ha vuelto al sistema de ultraactividad previo a la reforma de 2012: el convenio colectivo entra en fase de ultraactividad, que se mantiene hasta que se apruebe un nuevo convenio sin someterlo a ningún plazo. Es una vuelta a la anterior regulación pero sobre una materia que, como hemos visto, en la práctica ya estaba resuelta.

6. Balance de la reforma

6.1. Aciertos de la reforma:

Entre los aciertos cabe señalar los siguientes:

- Se trata de una reforma en la que se ha retomado el diálogo social, roto desde hacía años, lo que es sin duda una buena noticia.
- Se observa una preocupación por modernizar el Derecho del Trabajo y dar respuesta a los nuevos retos de los sistemas productivos.
- Se pretende fomentar la estabilidad en el empleo, sobre todo limitar la flexibilizar de entrada y también la de salida, aunque sin tocar su núcleo central. Esto es algo a lo que venía obligado el Gobierno de coalición por los compromisos asumidos con la Unión Europea. Uno de los problemas endémicos de nuestro mercado de trabajo es la elevada tasa de temporalidad, con las implicaciones que ello supone para las personas trabajadoras. La reforma laboral de 2012 provocó unos niveles de precariedad laboral elevados, que esta reforma ha pretendido corregir. Se ha atacado directamente la temporalidad por una doble vía: al derogar el contrato para obra o servicio determinado y al presentar el contrato fijo-discontinuo como la opción natural a la que deben reconducir los contratos temporales las empresas. Es decir, se ha intentado, creo que con éxito, cambiar la cultura empresarial de acudir a la temporalidad como medida de ajuste de plantillas. Se ha obligado a las empresas a sentarse para repensar su modelo interno de contratación ante la derogación de la modalidad contractual temporal más utilizada en nuestro país.
- En materia de contratación para la formación el legislador ha acertado en cuál debe ser la dirección a seguir. Nosotros teníamos una contratación en prácticas y para la formación, que era una contratación dirigida a favorecer la contratación de personas en situación precaria y la reforma intenta corregir esa situación poniendo en valor esta modalidad contractual.
- Otra de las medidas positivas de la reforma ha sido la relacionada con dotar de mecanismos que favorezcan la estabilidad en el empleo en los casos de crisis empresarial. Se ha aprovechado la experiencia de la pandemia para configurar unos mecanismos útiles de flexibilidad y de estabilidad en tiempos de crisis.

6.2. Lagunas de la reforma o desaciertos

Pero la reforma presenta también carencias, como entre otras, las siguientes:

- En relación a la corrección de la excesiva temporalidad, el problema es doble:
 - a) Por una parte, no se han detectado a tiempo las consecuencias de la deroga-

- ción del contrato para obra o servicio determinado en determinados sectores (como el cultural o el de los centros de investigación). Ello ha provocado un rechazo y nerviosismo en dichos sectores al encontrarse ante una laguna de regulación por lo que se ha procedido a regular, con posterioridad a la reforma laboral, contratos temporales específicos para dichos colectivos, que permiten inaplicar la reforma laboral en materia de contratación temporal en base a sus peculiaridades; y, *b*) Por otra parte, hay todo un conjunto de elementos interpretativos que no están claros lo que va a provocar problemas aplicativos del nuevo art. 15 ET y sobre todo en relación con el nuevo contrato fijo-discontinuo del art. 16 ET. Hay un problema de delimitación entre el contrato fijo-discontinuo y el contrato por circunstancias de la producción, así como un problema de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. El número de conceptos jurídicos indeterminados es tan elevado en la regulación de los nuevos contratos por tiempo determinado (entre otros: “incremento ocasional”; “incremento imprevisible”; “actividad normal”; “desajuste temporal”; “empleo estable disponible”; “empleo que se requiere”), que se hace difícil pensar que la aplicación de esta modalidad contractual temporal pueda ser pacífica, sin correr el riesgo de que el contrato sea calificado de indefinido.
- El legislador considera que no es previsible el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas, pues lo incardina entre los supuestos de incrementos imprevisibles de actividad -art. 15.2 ET-, cuando el disfrute de las vacaciones dentro de una empresa es previsible y se conoce con antelación. Es importante tener en cuenta que la norma establece que el concepto de “oscilación” es extensible a las variaciones provocadas por las “vacaciones anuales”. El legislador, por consiguiente, habilita una opción que había quedado cerrada por el Tribunal Supremo -STS de 10 de noviembre de 2020-, al entender que la ausencia de un trabajador por su disfrute de las vacaciones y la consiguiente sobrecarga de trabajo que producía su ausencia para el resto de los trabajadores no se ajustaba a un contrato eventual por no poder configurarse como una causa ocasional, sino ordinaria y permanente de la empresa, además de previsible. Tampoco ahora parece que las vacaciones puedan calificarse como una circunstancia imprevisible, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico y según lo dispuesto en el art. 38.3 ET, se deben conocer con al menos dos meses de antelación. La razón del porqué se incluyen entre los incrementos imprevisibles de la actividad y no en el contrato por sustitución, se encuentra, a nuestro juicio, en que, no lo olvidemos, la reforma es de consenso y el contrato de interinidad por sustitución no tiene indemnización -a diferencia del contrato por circunstancias de la producción-, por lo que los sindicatos defendieron durante la negociación de la reforma que las vacaciones no se incluyesen en esa modalidad contractual y sí en el art. 15.2 ET, como así sucedió finalmente.
 - Otro problema interpretativo que se observa en la redacción del art. 15.2 ET es el relativo al contrato por circunstancias de la producción, cuando se refiere

al período de 90 días. Se trata de la posibilidad de las empresas de abrir un período anual de 90 días en los que utilizar los contratos por circunstancias de la producción, de tal manera que puedan cubrir situaciones ocasionales, previsibles, repetidas en el tiempo y delimitadas en el propio tiempo, que exigen necesidades de trabajo temporal. El precepto se refiere a situaciones “previsibles” con lo cual parece que entramos en el terreno del art. 16 ET, que se refiere a los contratos fijos-discontinuos. Se trata de campañas de producción breves, previsibles y repetidas en el tiempo. Serían supuestos tales como el de las rebajas en el comercio o las temporadas altas en el turismo, campañas breves que podrían ser cubiertas por este contrato de circunstancias de la producción. También este supuesto genera dudas interpretativas, pues parece la vía por la que se trata de dar cabida al hoy derogado contrato para obra o servicio determinado, pero sin una gran exigencia causal, frente al anterior contrato para obra y servicio que exigía sustantividad propia de la causa temporal a cubrir, poniendo el énfasis tan sólo en la temporalidad de la necesidad. La dificultad aplicativa va a estar en los supuestos en los que se produzca una repetición en el tiempo de la necesidad a cubrir. Una interpretación meramente literal del precepto permite la entrada de numerosos supuestos temporales antes no permitidos, siempre que su duración sea reducida y limitada (inferior a 90 días). Con ello parece que se acepta la idea de que la empresa en ocasiones tiene necesidades temporales delimitadas, puntuales, que no necesariamente responden a un “pico” de producción de la actividad normal de la empresa, sino a actividades de la empresa ocasionales, de escasa duración para las que no puede obligarse a una contratación permanente. Puede parecer poco 90 días en un período anual, pero lo cierto es que es la cuarta parte de un año. La última palabra la tendrán nuestros tribunales.

- En materia de reforma de la contratación para la formación el principal problema que nos vamos a encontrar es que falta una mayor implicación de los poderes públicos para hacer atractiva esta modalidad contractual para las empresas. Nuestro país se caracteriza por un tejido industrial formado por pequeñas y medianas empresas. Hacer un planteamiento en base al cual esas pequeñas y medianas empresas van a tener que desarrollar una serie de actividades para favorecer esta contratación sin apoyo público, es el problema. Nos podemos encontrar en una situación en que las empresas no hagan uso de esta modalidad de contratación por las dificultades aplicativas que entraña. Sería conveniente o deseable una mayor implicación de los poderes públicos en este sentido.
- En cuanto a la modernización de la negociación colectiva, no hay una reforma en profundidad de esta materia. Se han dado unas pinceladas respecto de cuestiones que ya estaban resueltas, derogando la reforma de 2012 en materia de ultraactividad, cuestión que en la práctica no planteaba excesivos problemas.

7. Datos estadísticos, primeras valoraciones y conclusiones

Recientemente, la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), el Instituto EY-Sagardoy de Talento e Innovación y BBVA Research han publicado su informe trimestral -noviembre de 2022- sobre el mercado de trabajo. Sus principales conclusiones han sido las siguientes: La contratación indefinida ha experimentado un crecimiento histórico. En los diez primeros meses del año se han registrado 3,1 veces más contratos indefinidos y un 43% menos contratos temporales que en el mismo período de 2019. El peso de los contratos temporales en el conjunto total de contratos registrados ha alcanzado nuevos mínimos tras la reforma. Según la Encuesta de Población Activa, la tasa de temporalidad ha descendido 6.5 puntos entre 2019 y 2022. La mejora de la tasa de temporalidad proviene en esencia del sector privado, mientras que en el sector público, la tasa de temporalidad ha seguido creciendo debido al uso extensivo de los contratos de sustitución. Al mismo tiempo, durante el tercer trimestre se mantuvo el crecimiento de los contratos fijos discontinuos, especialmente en sectores como la hostelería. Entre enero y octubre del 2022, se han registrado cerca de dos millones de contratos fijos-discontinuos, ocho veces más que en el mismo período de 2019, lo que ha elevado su peso en el total de contratos registrados del 1,2% al 13%².

Pero la Reforma de 2021 ha introducido también lo que los economista llaman “ruido” en las estadísticas de empleo. Los problemas surgen como resultado de los cambios registrados en las modalidades de contratos y, en especial, con los contratos fijos-discontinuos, antes unos contratos marginales, ahora de obligado uso por parte de las empresas, ante la derogación del contrato para obra o servicio determinado y la reforma de las otras modalidades contractuales temporales³. Sería aconsejable una revisión de los criterios estadísticos empleados por el SEPE, que tomara en consideración esta nueva realidad.

En conclusión, creo que la reforma ha sido prudente y moderada en el contenido y en el procedimiento. Que sea fruto de un acuerdo tripartido, permite entender mejor la lógica de la reforma. La valoración ha de ser positiva, sobre todo en lo que se refiere al cambio de modelo en la contratación temporal, que ha supuesto un revulsivo en la cultura empresarial de ingreso al trabajo mediante la puesta en valor del contrato fijo-discontinuo. Es una reforma que ha mejorado la contratación pese a las incidencias estadísticas antes mencionadas. La figura de los fijos-discontinuos, más flexible y con mayor protección para el trabajador, está pensada para evitar una destrucción de empleo en situaciones adversas y de incertidumbre y, de hecho, podría estar sirviendo a ese fin. Esto no impide la necesidad de un tratamiento estadístico más transparente y también preguntarse si esa disminución de la tasa de temporalidad mediante la puesta en valor del contrato fijo-discontinuo conlleva la creación de empleos de calidad o quizá en ocasiones la creación de lo que en otros países de nuestro entorno se denomina *minijobs*. Pero este es otro debate para el que no tenemos tiempo de adentrarnos en esta ocasión.

² En extenso, cfr. Instituto EY-Sagardoy de Talento e Innovación, BBVA Research y FEDEA: *Observatorio trimestral del mercado de trabajo*, Boletín nº 3, noviembre 2022, págs. 2 y ss.

³ En extenso, cfr. Instituto EY-Sagardoy de Talento e Innovación, BBVA Research y FEDEA: *Observatorio trimestral del mercado de trabajo*, cit., pág. 3.

La contratación laboral tras un año de reforma*

Labor recruitment after a year of reform

Jesús Lahera Forteza*

*Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense. Madrid*

Recibido: 28/12/2022

Aceptado: 9/1/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7644

I. Fundamentos de la reforma de la contratación laboral y resultados positivos en el primer año de aplicación

1. Tras décadas de un modelo de *temporalidad laboral* (causas temporales flexibles, diferencial de costes con fijos, ausencia de disuasión frente al fraude, cooperación de la negociación colectiva a la temporalidad flexible), la reforma laboral pactada (*Decreto-Ley 32/2021*, en adelante DL 32) pone fin a este modelo laboral y apuesta por la *contratación indefinida flexible* como eje del sistema de relaciones laborales. Las anteriores reformas (1997, 2001, 2002, 2006, 2010, 2012, 2013) minimizaron los daños de este modelo de temporalidad laboral pero no lo transformaron. La reforma pactada de 2021 sí supone un compromiso de transformación en nuestro sistema de contratación laboral incorporando como regla general la contratación indefinida.

2. Esta transformación y trasvase de temporalidad a contratación indefinida en el sector privado se efectúa con profundos cambios normativos en los arts. 15 y 16 ET (y por lo que se mantiene de anteriores reformas laborales) que *estrechan los márgenes de temporalidad y amplían los espacios de la contratación indefinida*.

Por un lado, en síntesis, determinadas medidas normativas *estrechan los espacios de la contratación temporal*:

- Desaparición del contrato de obra o servicio (disposición derogatoria 1.3)
- Nuevos contratos temporales por causa de circunstancias de la producción y sustituciones de personas trabajadoras (arts.15.2 y 3 ET)

* Una síntesis de algunas ideas de esta aportación en mi tribuna de El País, “La transformación laboral”, 4 de enero de 2023.
jesuslahera@cps.ucm.es

- Presunción legal de contrato indefinido y conversión en fijo al trabajador con contrato temporal ilegal (art.15.1 y 4 ET)
- Justificación en forma escrita de la causa temporal, las circunstancias que la justifican y su conexión con la duración prevista (art.15.1 ET)
- Desconexión entre la causa temporal y la contrata en actividades habituales y ordinarias de la empresa (art.15.2 ET)
- Disminución del límite temporal de los encadenamientos de contratos temporales con el mismo trabajador, 18 meses en 24 meses, e incorporación de este nuevo límite temporal por puesto de trabajo (art.15.5 ET)
- Penalización de seguridad social en bajas de contratos temporales inferiores a 30 días (art.151 LGSS)
- Planes de reducción de temporalidad a través de la negociación colectiva (art.15.8 ET)
- Aumento de sanciones administrativas en contratos temporales por fraude de ley, con la imposición de una sanción por cada contrato fraudulento (art.7.2 y 18.2 LISOS)-1000 a 10000 euros

Por otro lado, en síntesis, otras medidas normativas *amplían los espacios de la contratación indefinida flexible*:

- Nuevo contrato fijo-discontinuo con distintas tipologías, estacionalidad, intermitencia, contrata y empresas de trabajo temporal (art.16.1 y 4 ET) con reenvíos a la negociación colectiva en la regulación de llamamientos y reglas específicas de actividad/inactividad de trabajadores (art.16.2 y 3 ET).
- Nuevo contrato indefinido adscrito a obra de construcción con un régimen extintivo propio (DA 3ª Ley 32/2006)
- Mantenimiento y aumento de la flexibilidad empresarial de anteriores reformas laborales, salvo la supresión de cuantías salariales en la prioridad aplicativa de convenio de empresa (arts.34, 39, 40, 41, 47, 47 bis, 84.2, 82.3 ET)
- Mantenimiento sin matices de los costes extintivos en empleo fijo reducidos en anteriores reformas laborales, en especial 2012, y de la regulación causal del despido y sus procedimientos (arts.49-56 ET)
- Mantenimiento de la flexibilidad de la contratación a tiempo parcial de anteriores reformas laborales, con horas complementarias y voluntarias (art.12 ET)

3. El resultado de esta doble operación jurídica efectuada en el sector privado era de esperar, como reflejan los datos oficiales de empleo de 2022: *menos contratación temporal y más contratación indefinida*, con especial incidencia de los *fijos discontinuos* como alternativa a la flexibilidad temporal en una rápida transición de un cambio de paradigma contractual¹.

¹ Los datos oficiales de empleo, a los que me remito, que muestran este doble efecto positivo, están en las

El primer año de aplicación de la reforma laboral pactada ha transformado, efectivamente, nuestro mercado de trabajo, en el sector privado, en una doble dirección positiva. De un lado, la reducción de los márgenes legales de temporalidad laboral, combinada con el aumento de la flexibilidad empresarial en la contratación indefinida, especialmente mediante modalidades de fijos discontinuos adaptadas a determinadas estructuras productivas, nos está acercando, rápidamente, a la media europea de contratos temporales. De otro lado, el mantenimiento de las fórmulas de flexibilidad laboral de anteriores reformas, combinado con la potenciación de las suspensiones contractuales y reducciones de jornada por causa empresarial, está logrando una enorme contención del empleo ante las dificultades económicas de las empresas, dando continuidad a la lección aprendida en la pandemia. El gran aumento de contratación indefinida favorece la flexibilidad laboral interna, como alternativa a los despidos, lo que supone una transformación evidente frente al comportamiento destructivo de empleo de anteriores crisis.

Este acelerado cambio ha sido posible por el acierto normativo equilibrado, desprendido de anteriores polarizaciones políticas (olvidado ya el discurso de derogar la reforma laboral), pero, sustancialmente, por la implicación sindical y empresarial en este proceso con la debida adecuación a estructuras productivas heterogéneas. Un cambio de paradigma contractual como el efectuado resultaba inviable sin esta implicación, en especial empresarial.

4. Distinto es el *sector público* donde la reforma es mucho menos incisiva. En este ámbito, la DA 4ª y 5ª DL 32 efectúa un reenvío a la *Ley 20/2021*, aplicando simultáneamente los arts.15 ET y 8 EBEP. En síntesis, el resultado es que se mantiene el contrato interinidad por vacante del sector público sin una duración clara máxima de 3 años (sólo funcionarios interinos) siendo aplicable la jurisprudencia anterior de indefinido no fijo y duraciones inusualmente largas con indemnización de 20 días salario/año en determinadas extinciones contractuales². Por tanto, se reproduce, prácticamente, el modelo de temporalidad pública a través de personal laboral de interinos, aunque, en contrapartida, se articula un plan de estabilización de plazas en bolsas acumuladas anteriores a la reforma. En la sanidad pública se ha replicado el mismo esquema que apenas corrige la precariedad y consolida un modelo de profunda dualidad laboral.

Además, en el marco de las DA 4ª y 5ª DL 32, se aceptan contratos temporales de obra específicos en el sector público vinculados a fondos europeos, resucitando una modalidad derogada prácticamente en el ámbito privado (salvo en artistas y sector audiovisual).

El buen comportamiento del sector privado contrasta, en fin, con el estancamiento de la temporalidad y la ausencia de flexibilidad del sector público, donde la reforma es mucho menos incisiva, probablemente también por la ausencia de cambios en el propio

webs del servicio público de empleo y del Ministerio de Trabajo, y han sido muy divulgados en medios de comunicación. De interés, el seguimiento trimestral de mercado laboral realizado por FEDEA, accesible en su web, con idéntica constatación y valoración estadística.

² GORDO, L, “¿Se extingue el contrato por sustitución por vacante en la Administración Pública a los tres años?”, entrada *blog Foro de Labos*, 1 Diciembre 2022

funcionamiento de las Administraciones Públicas, instaladas en la profunda dualidad que genera tanta precariedad de empleados en servicios públicos esenciales.

II. Problemas interpretativos jurídicos de contratación laboral en el primer año de aplicación de la reforma

5. Es lógico que un cambio normativo tan profundo en contratación laboral, como el efectuado en el DL 32, haya motivado algunos problemas interpretativos jurídicos en su primer año de aplicación³. Las cuestiones controvertidas se han concentrado en la delimitación y fronteras entre el contrato temporal de circunstancias de la producción del art.15.2 ET y las modalidades de fijo discontinuo del nuevo art.16 ET. Apunto tan sólo algunos de estos problemas jurídicos en la aplicación de la nueva norma.

6. El contrato temporal de circunstancias de la producción del art.15.2 ET responde a tres modalidades con contrato largo (duración pactada máxima de 6 meses ampliable por convenio colectivo sectorial a 12 meses) y una con contrato corto (durasiones pactadas en el marco de 90 días discontinuos elegidos por la empresa). Existen, así, cuatro modalidades distintas del nuevo contrato temporal de circunstancias de la producción del art. 15.2 ET⁴.

El contrato temporal *largo* puede ser utilizado en: a) *incrementos ocasionales e imprevisibles*; b) *oscilaciones con desajuste de empleo estable que no sean supuestos de fijos discontinuos*; c) *oscilaciones derivadas de vacaciones*

El contrato temporal *corto*, por su parte, puede ser utilizado ante d) *necesidades ocasionales, previsibles y delimitadas en el tiempo con esta referencia de 90 días al año elegidos por la empresa*.

Los problemas interpretativos de esta regulación se han centrado en dos cuestiones del contrato largo.

De un lado, la frontera entre el supuesto *b* de oscilación con desajustes de empleo estable y los supuestos de fijo discontinuo del art. 16 ET. Parece claro, en este sentido, como venía reiterando la jurisprudencia anterior a la reforma, que la repetición cíclica y periódica, ya estacional o intermitente, impide la contratación temporal del art. 15.2 ET. Pero la reforma abre espacio de temporalidad a oscilaciones, productivas pero también organizativas, no repetidas en el tiempo, como puede ser el supuesto de lanzamiento de nueva actividad, o apertura de centro de trabajo, con el límite de la duración máxima legal o convencional del contrato temporal largo.

³ Sobre estas cuestiones, entre otras aportaciones doctrinales, ver LOPEZ BALAGUER, M y RAMOS MORAGUES, F, *La contratación laboral en la reforma laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022; BALLESTER PASTOR, A, *La reforma laboral de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022; LAHERA FORTEZA, J y VICENTE PALACIO, A, *Los contratos de trabajos fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial*, Navarra: Aranzadi, 2023

⁴ LAHERA FORTEZA, J, "Las cuatro modalidades del contrato temporal de circunstancias de la producción", *BRIEF AEDTSS*, web AEDTSS, 2022

De otro lado, se discute si las oscilaciones derivadas de vacaciones de la plantilla propia no debe ser un supuesto de fijo discontinuo del art. 16 ET. A mi juicio, sólo tiene sentido esta mención literal en el art.15.2 ET si se acepta como supuesto fuera de la excepción de fijo discontinuo porque, precisamente, siempre responde a una oscilación periódica por naturaleza. La reforma da, así, cobertura a una contratación temporal vinculada literalmente a oscilaciones por vacaciones, que se repiten periódicamente cada año, ofreciendo seguridad jurídica a las empresas.

En cuanto al contrato corto, la primera aplicación del nuevo art. 15.2 ET ha originado discrepancias, que necesitan de mayor seguridad jurídica. Desde la referencia de 90 días discontinuos al año, la causa habilitante de contratación temporal responde a necesidades *ocasionales y previsibles* periódicas. Parece claro que el término *ocasional* adopta el significado de breve - no único – siendo así compatible con la exigencia de *previsible, periódico y delimitado en el tiempo*. La ubicación del contrato corto en el último párrafo del art.15.2 ET lo sitúa literalmente fuera de la excepción de no ser fijo discontinuo del art.16 ET, por voluntad del acuerdo social. De hecho, la reforma pactada consagra un mini discontinuo temporal destinado a cubrir campañas breves periódicas en la frecuencia de 90 días anuales elegidos por empresa. Cada contrato corto, por campaña, es con término acotado y pactado, dentro de esta opción legal de un mini discontinuo temporal. Cualquier otra interpretación deja sin sentido la previsión de la reforma porque, si se exige la no repetición en el tiempo, o que no sean supuestos del art. 16 ET, cabría ya utilizar el contrato largo del primer párrafo del art. 15.2 ET, en la opción a y b, siendo inútil este cuarto párrafo final del precepto.

La extinción de este contrato temporal, largo y corto, es por vencimiento del término pactado (art.49.1.c ET). La admisión de una prórroga pactada es asociada al mantenimiento de la causa hasta la duración legal o convencional máxima (art.15.2 ET). La relevancia de vincular causa y término pactado entre partes no sólo afecta a la prórroga, sino que puede llegar a consolidar extinciones antes de vencimiento del plazo acordado por finalización de la causa temporal.

7. La nueva regulación del contrato de trabajo fijo discontinuo del art.16 ET, que combina tiempos de actividad e inactividad del trabajador, con llamamientos, responde a cinco modalidades: *a) estacional o de temporada; b) prestación intermitente cierta; c) contrata o concesión con período de inactividad máximo legal de tres meses disponible por convenio colectivo; d) empresa de trabajo temporal; e) sector público*. Son cinco modalidades distintas de fijo discontinuo que se deben diferenciar en la aplicación normativa, en la solución de problemas jurídicos y en las estadísticas⁵.

Algunos problemas jurídicos están protagonizando la aplicación de esta innovadora regulación, auténtica clave de bóveda de la reforma pactada. Se discute que el fijo discontinuo pueda ser a tiempo parcial, sin la cobertura del convenio colectivo sectorial,

⁵ LAHERA FORTEZA, J, “Las cinco modalidades del contrato de trabajo fijo discontinuo”, *BRIEF AEDTSS*, web AEDTSS, 2022

cuando el art. 12.2 ET da libertad contratación indefinida a tiempo parcial, sin exceptuar fijos discontinuos, no constituyendo ninguna novedad esta adaptación convencional de peculiaridades en esta modalidad, prevista en el art. 16.5 ET. Se han abierto discutibles interpretaciones que hacen depender la prestación laboral intermitente del art.16.1 ET de la voluntad de las partes, cuando el art. 16.2 ET exige su determinación inicial en el contrato con estimación de períodos de actividad conforme a la estructura productiva. Las fronteras entre el fijo discontinuo intermitente y el contrato a tiempo parcial no están tampoco claras, lo que aconseja vincular la primera modalidad a factores productivos externos y la segunda a una decisión organizativa interna de la empresa, o a esta voluntad de las partes, puesto que en un caso existe protección social por desempleo durante la inactividad y en el otro. Por su parte, se debe subrayar la voluntad empresarial en suscribir fijos discontinuos en contratos, lo que no sólo avala tener fijos ordinarios, sino también fijos discontinuos estacionales o intermitentes adscritos a una contrata dentro de los supuestos del art. 16.1 ET.

Las reglas de llamamientos en los fijos discontinuos tienen constantes reenvíos a negociación colectiva, sin reglas de subsidiariedad legal, en el art. 16.3 ET, lo que está motivando inseguridad jurídica ante el vacío convencional, que se puede cubrir sin problemas con salidas pactadas entre las partes o protocolos empresariales. Continúa siendo útil la jurisprudencia anterior de fijos discontinuos en relación con la extinción de estos contratos, por incumplimiento de las reglas de llamamiento, con las correspondientes acciones judiciales del trabajador mencionadas de manera indeterminada por el art.16.3 ET (despido, reclamación de cantidad etc ...). El cómputo de la antigüedad sumando períodos de actividad e inactividad recoge la jurisprudencia al respecto, que también mantiene que las indemnizaciones se calculan sobre la prestación de servicios, sin contabilizar estos tiempos de inactividad del trabajador, sin que exista cambio legal en la materia.

Por su parte, el período de inactividad en fijos discontinuos de contratos art. 16.4 ET es el único supuesto condicionado a un plazo máximo legal de 3 meses disponible por negociación colectiva sectorial. Entre contrata y contrata se activa, así, una expectativa de recolocación en vacante adecuada en línea con jurisprudencia de extinción por fin de contrata. La extinción, objetiva o colectiva, por transcurso de dicho plazo sin posibilidad de recolocación puede responder a una causa extintiva estructural. La alternativa del ERTE opera cuando la causa es coyuntural, en función de las posibilidades de negocio. La opción libre de la empresa por fijos discontinuos de contratos opera, de esta manera, con el incentivo de la seguridad jurídica en las medidas coyunturales o estructurales a adoptar en los términos del art. 16.4 ET.

8. Mención aparte, finalmente, merece el nuevo contrato indefinido adscrito a obra de la construcción de la DA 3ª Ley 32/2006, que plantea serios problemas de adecuación al Derecho europeo (directiva 98/59) y constitucional (art.14 CE). En síntesis, este contrato indefinido tiene un régimen extintivo específico de causas inherentes a la persona del trabajador, cuando finaliza la obra con la obligación de recolocación del trabajador en otra obra de misma provincia. Ello ofrece certidumbre extintiva y posibilidad

de eludir las reglas de despido colectivo del art.51 ET. Pero no parece que la extinción sea realmente inherente a la persona del trabajador en supuestos previstos de ausencia de obra en la provincia, o de exceso de trabajadores en la provincia. Además, este régimen extintivo propio cuestiona la igualdad ante la Ley del art. 14 CE, pues se privilegia al sector de la construcción frente al resto de sectores empresariales⁶.

III. El papel de la negociación colectiva en contratación laboral

9. Las llamadas a la negociación colectiva, en especial sectorial, en fijos discontinuos, son una constante en la reforma pactada. El art.16.3 y 5 ET incentiva pactar modelos flexibles de fijos discontinuos con la suficiente seguridad para trabajadores. La regulación convencional de criterios de llamamientos y períodos mínimos de actividad/inactividad, cuantías fin llamamiento, bolsas sectoriales de empleo, conversiones a fijos ordinarios, censos anuales, peculiaridades de tiempo parcial y otras cuestiones abre esta opción convencional, que puede encontrar su vía más idónea en grandes acuerdos sectoriales estatales.

Es todavía pronto para valorar la respuesta convencional a este reto, pero en el primer año de aplicación de la reforma ya existen algunas experiencias interesantes. Así, el convenio de *sector estatal construcción* (BOE 5 agosto 2022) en su art. 25 articula fijos discontinuos por obra en provincia, que compiten en flexibilidad con el citado contrato indefinido adscrito a obra. El período de inactividad sin límite temporal de este fijo discontinuo de obra, de creación convencional, es preocupante porque desplaza los costes de inactividad al desempleo sin ninguna acotación en el tiempo, forzando los fundamentos del art. 16.4 ET. Así, el convenio *sector estatal asistencia tierra de aeropuerto* (BOE 27 Octubre 2022) en su art.21 idea fijos discontinuos sobre una referencia de 33 por 100 de jornada completa anual y una garantía de ocupación mínima de tres meses seguidos, en convivencia con los también regulados contratos a tiempo parcial. Es de prever que otros sectores vayan adaptando las contrataciones, fijas discontinuas y tiempo parcial, a las estructuras productivas, mediante la negociación colectiva estatal o, en su caso, autonómica o provincial.

10. La política de negociación colectiva en contratación temporal de la reforma pactada sigue dos líneas contradictorias. Por un lado, incentiva la firma de *planes de reducción de temporalidad* en el art. 15.8 ET, que pueden motivar porcentajes máximos de contratos de circunstancias de la producción o una mejor delimitación respecto al fijo discontinuo. Por otro lado, se prevé *la ampliación convencional del contrato largo de circunstancias producción de seis meses hasta un máximo de un año* en el art.15.2 ET, lo

⁶ Aragón Gómez, C, “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra: un cambio meramente estético con efectos estadísticos”, *LABOS*, 2022, nº3; BELTRAN HEREDIA, I, “El Decreto Ley 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra de construcción”, entrada Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales; CALVO GALLEGOS, J, “Una nueva causa de extinción del contrato indefinido adscrito a obra”, entrada Blog Trabajo, persona, derecho y mercado

que invita a seguir apostando por la temporalidad laboral. La ampliación convencional a un año no debería descausalizar el contrato temporal de circunstancias de producción porque resulta aplicable la exigencia escrita de vincular duración y causa del art. 15.1 ET.

Es pronto también para valorar la respuesta convencional a esta doble línea contradictoria. Por ahora, parece prevalecer la ampliación convencional del contrato temporal frente a planes de reducción de su utilización. En los ejemplos convencionales citados anteriores se ha ampliado a un año el contrato largo de circunstancias producción del art.15.2 ET, como también ha sucedido en otros casos como el convenio *estatal de seguridad* (BOE 14 Diciembre 2022). Es posible que esta tendencia, dentro de los intercambios negociadores, sea la habitual.

IV. Valoración final tras un año de reforma de la contratación laboral

11. Cabe, finalmente, sintetizar cuatro ideas, desarrolladas en este análisis de la contratación laboral tras un año de reforma.

- 1^a *La reforma es positiva en el sector privado e insuficiente en el sector público.* En el sector privado, la reforma es equilibrada y pactada, con resultados inmediatos positivos en el mercado laboral. La realidad ha confirmado sus sólidos fundamentos de mayor equilibrio entre temporalidad y contratación indefinida flexible, con gran eficiencia en la lucha contra la temporalidad patológica. Ha sido esencial, seguramente, el endurecimiento de las sanciones en el fraude, pero también una reconfiguración acertada de los propios contratos temporales, con suficiente flexibilidad organizativa y productiva, bien vinculada con los supuestos de fijos discontinuos, en sus distintas modalidades. Ello ha permitido una transición rápida del paradigma de la temporalidad al de la contratación indefinida, con una debida adecuación a estructuras productivas estacionales o caracterizadas por la exposición a mercados volátiles. Ello no implica cambiar la estructura productiva, como no podía ser de otra manera, sino sentar reglas adecuadas a modelos heterogéneos con la finalidad de aumentar los contratos indefinidos. No sucede lo mismo en el sector público donde, como se ha razonado, la reforma es tímida e insuficiente, y no apuesta ni por reducir realmente temporalidad ni por aumentar la flexibilidad en las Administraciones Públicas.
- 2^a *La aplicación de las nuevas reglas de contratación laboral ha generado problemas de inseguridad jurídica que necesitarían una aclaración legal o una jurisprudencia rápida.* En este breve análisis he apuntado algunos de estos problemas jurídicos que se concentran en los contratos temporales de circunstancias de la producción y las distintas modalidades de fijos discontinuos. Al ser una reforma pactada se han utilizado conceptos indeterminados, o a veces confusos, en la redacción consensuada de los arts. 15 y 16 ET, que motivan discrepancias

interpretativas. La seguridad jurídica es un factor determinante en las decisiones de contratación laboral de las empresas, más ahora con un régimen sancionador muy contundente ante el fraude (temporalidad y fijo discontinuo), por lo que sería necesaria, quizás, una nueva intervención legal, en lo posible acordada, para despejar algunas dudas. Es de esperar en cualquier caso que, como sucedió con otras reformas laborales, la jurisprudencia vaya añadiendo seguridad jurídica al nuevo sistema de contratación laboral.

3^a *La negociación colectiva, en especial sectorial, tiene un papel esencial en el desarrollo de la reforma de la contratación laboral*, tanto adaptando a cada sector las distintas modalidades de fijos discontinuos, como ideando planes de reducción de la temporalidad laboral. El cambio de paradigma legal debe ir acompañado de la respuesta convencional. Si bien es pronto para efectuar valoraciones, este proceso de adaptación convencional y de desarrollo de esta materia en la negociación colectiva está siendo muy lento, frente a la gran rapidez de aplicación positiva de las nuevas reglas legales de contratación. Aunque existen ya experiencias convencionales, como las que he mencionado, es necesaria la celebración de muchos más grandes acuerdos sectoriales, en particular estatales, que regulen los fijos discontinuos y los contratos temporales.

4^a *La reforma pactada supone un giro en la forma de flexibilidad empresarial con efectos positivos en la contención del empleo en circunstancias económicas adversas*. El sustancial aumento de contratación indefinida y la reducción de temporalidad, ya presentes en el primer año de aplicación de la reforma, facilita una mayor adaptación del tiempo de trabajo por la vía de modalidades fijas discontinuas y adecuación flexible a la producción, con resiliencia ante las crisis por la vía especialmente de los ERTE suspensivos y de reducción de jornada (y el nuevo mecanismo RED). Este nuevo *modelo laboral de contratación indefinida contiene mejor el empleo ante las crisis y crea más empleo ante el crecimiento económico*. En este sentido, ha sido igual de importante mantener reformas anteriores de flexibilidad empresarial (con algún ajuste en materia salarial) que transformar el propio sistema de contratación laboral. El gran aumento de contratación indefinida favorece la flexibilidad laboral interna, como alternativa a los despidos, lo que supone una transformación evidente frente al comportamiento destructivo de empleo de anteriores crisis económicas.

12. Es, finalmente, conocido el debate estadístico en relación con el cómputo de fijos discontinuos inactivos en este primer año de reforma⁷. Este colectivo es contabilizado, desde los años ochenta, durante sus períodos de inactividad (donde se está de baja) como

⁷ LAHERA FORTEZA, J, “Contar fijos discontinuos”, *El País*, 5 Diciembre 2022; LUJÁN DE FRÍAS, F, “Contando fijos discontinuos”, *El Siglo*, 9 Diciembre 2022; CRUZ VILLALÓN, J, “Cómo leer los datos de empleo”, *ON Economía*, 22 Diciembre. Sobre este debate, en la perspectiva económica, ver los boletines trimestrales de mercado de trabajo de FEDEA, accesibles en su web, o los diagnósticos del servicio de estudios de BBVA Research.

demandantes de empleo ocupados, con contrato en vigor, no constando como paro registrado. De un lado, se afirma que la reforma es, en este sentido, neutra porque el cómputo de este colectivo, como demandantes de empleo con contrato de trabajo vigente, que no constan en paro registrado, no se ha alterado desde los años ochenta. De otro lado, se acusa a la reforma de un maquillaje de los buenos datos de empleo a través del cómputo de los fijos discontinuos, que en sus tiempos de inactividad no constan como parados.

Desde el punto de vista de la regulación, creo es necesario adecuar la estadística a las nuevas reglas de contratación laboral, en aras de una mayor transparencia en el conocimiento de nuestro mercado de trabajo en tiempo real, teniendo en cuenta el gran aumento de fijos discontinuos (unos dos millones en 2022, aunque en términos globales suponen sólo un 6 por 100). Como he constatado, la reforma articuló cuatro modalidades distintas de fijo discontinuo en el sector privado que se deben tener en cuenta en este cálculo estadístico: *estacional, intermitente, contrata y empresa de trabajo temporal*. Los tiempos de actividad del fijo discontinuo de contrata son continuos y plurianuales, reflejando un empleo equiparable al de un fijo ordinario, los estacionales tienen largos períodos de actividad, interrumpidos por circunstancias cíclicas de mercado, los de empresas de trabajo temporal prestan servicios continuamente a distintas empresas, y los intermitentes son los más expuestos a estructuras productivas volátiles. La separación de estos cuatro tipos de fijos discontinuos ofrece luz a este cómputo estadístico, que terminará reflejando los tiempos reales de actividad de los trabajadores, sea cual sea su modalidad contractual, transmitiendo una fotografía adecuada del estado de nuestro mercado de trabajo.

El anunciado desglose de cómputo de fijos discontinuos por el Ministerio de Trabajo es buena noticia porque desvelará con mayor transparencia el estado de nuestro mercado de trabajo, desactivando un debate excesivamente marcado por posiciones ideológicas favorables o contrarias a la propia reforma de la contratación laboral. Habrá que manejar, cada vez más, no sólo los datos de paro registrado y de ocupados con contrato de trabajo vigente de cualquier tipología, sino también los esenciales datos de afiliación a seguridad social con altas y bajas (cabe recordar que el fijo discontinuo está de baja durante su inactividad) y de demandantes de empleo ocupados, con este desglose entre estas modalidades de fijos discontinuos y su diferenciación con otras situaciones (como los ERTE). Desde otro punto de vista, el seguimiento de las jornadas y horas efectivas de trabajo también debe ser un foco en el análisis, teniendo en cuenta la presencia importante, no sólo de fijos discontinuos, sino de contrataciones a tiempo parcial.

Debería quedar siempre clara una cuestión en este tipo de debates: la Ley sólo canaliza, en distintas flexibilidades - antes la temporalidad, ahora la contratación indefinida flexible - las necesidades derivadas de la estructura productiva y el mercado, que es donde se genera el empleo retribuido. Conviene no olvidar esta premisa porque, a veces, se reprocha a la Ley, o incluso a la estadística, lo que sólo es resultado, afortunadamente, del mercado en economías capitalistas. Ni la Ley laboral es magia ni las estadísticas son artefactos que inventan la realidad, lo importante y sustancial es el tejido productivo-empresarial y, por supuesto, la Economía, que, con una serie de sesgos, genera el empleo retribuido que debe ser regulado y adecuadamente contabilizado.

Balance de la reforma de la negociación colectiva^{*}

Balance of collective bargaining reform

Henar Álvarez Cuesta*

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

ORCID ID: 0000-0003-0957-1515

Recibido: XX/XX/201X

Aceptado: XX/XX/201X

doi: 10.20318/labos.2023.7645

Resumen: Transcurrido un año de la publicación y entrada en vigor del RD-Ley 32/2021, procede realizar un balance de los efectos de la reforma laboral en materia de negociación colectiva, tanto con el fin de verificar el cumplimiento de los objetivos pretendidos como de explorar aquellas consecuencias no queridas por la norma. Para ello, es necesario, en primer lugar, conocer cuáles eran las dificultades detectadas y a las que pretendía poner remedio. En un segundo momento, se ha de comprobar la eficacia de las reformas en materia de concurrencia de convenios (art. 84.2 ET) a través del refuerzo del protagonismo del convenio de sector como eje vertebrador de la estructura negociar; el establecimiento de criterios a la hora de seleccionar el acuerdo de aplicación en caso de contratas (art. 42.6 ET); el mantenimiento de la ultraactividad de los pactos (art. 86 ET); y la llamada a la negociación sectorial a lo largo de su articulado.

En esta primera evaluación conviene tener en cuenta que los tiempos de la autonomía colectiva y sus resultados precisan de una mayor perspectiva, y las disposiciones transitorias de la propia norma impiden una mayor precisión en la valoración realizada, sin olvidar los impactos producidos por la coyuntura socioeconómica, capaz de afectar en este ámbito en igual medida que los cambios legales.

En fin, la valoración de los cambios es positiva, aun cuando los efectos están aún por determinar, no ha transcurrido el tiempo necesario para constatar resultados, pero sí para advertir líneas de tendencia capaces de marcar el camino del futuro mapa negocial.

Palabras clave: negociación colectiva, convenio colectivo, concurrencia, vigencia, contratas.

*Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-122631OB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Generación del Conocimiento: investigación orientada, titulado “La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva”.

*halvc@uleon.es

Abstract: One year on from the publication and entry into force of Royal Decree-Law 32/2021, it is appropriate to rethink of the effects of the labour reform on collective bargaining, in order to verify whether the intended objectives have been achieved and to explore the consequences not intended by the law. To this end, it is necessary, firstly, to know what difficulties were detected and which were intended to be remedied. Secondly, it is necessary to verify the effectiveness of the following reforms: the concurrence of agreements (art. 84.2 ET) through the reinforcement of the sectoral agreement as the backbone of the negotiating structure; the establishment of criteria for selecting the agreement to be applied in the case of contracts (art. 42.6 ET); the maintenance of the ultra-activity of agreements (art. 86 ET); and the call for sectoral bargaining throughout the law.

In this initial assessment, it should be kept in mind that the timing of collective autonomy and its results require greater perspective and that the transitional provisions of the law itself prevent a more precise assessment, without forgetting the impact of the socio-economic situation, which can affect this area to the same extent as the legal changes.

The assessment of the changes is positive, even though the effects have yet to be determined, the necessary time has not yet elapsed to confirm the results, but it is possible to note trend lines capable of marking the path of the future negotiating map.

Keywords: collective bargaining, collective agreement, concurrence, in force, subcontracts.

1. Problemas detectados por el RD-Ley 32/2021

Con el fin de realizar un adecuado balance de las reformas llevadas a cabo en la negociación colectiva por parte de la reforma laboral de 2021, es necesario, en primer lugar, conocer cuáles eran las dificultades detectadas y a las que pretendía poner remedio, para, en un segundo momento, comprobar si las medidas llevadas a cabo han sido eficaces en el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Así, el RD-Ley 32/2021, en su preámbulo, expone los problemas detectados (“debilidades u distorsiones”) referidos a la negociación colectiva en España:

- Señala una “incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna”. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue.
- Detecta una “falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables”, que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo.

- Considera necesario “reforzar el convenio sectorial” con el fin de equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, atribuyendo a los convenios de empresa la regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, y correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada.

El gran objetivo planteado es “modernizar la negociación colectiva” en la línea de lo pretendido por el Componente 23 del Plan de Recuperación, Renovación y Resiliencia del Gobierno Español de junio de 2021, titulado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, que reconocía que “el mercado laboral español arrastra desde hace décadas importantes desequilibrios que agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género”.

La pretendida modernización de la negociación colectiva, para ser realmente efectiva, deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos. Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico (sin olvidar la necesaria transición ecológica) exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad.

Para lograrlo, la norma ha modificado la concurrencia de convenios (art. 84.2 ET), a través del refuerzo del protagonismo del convenio de sector como eje vertebrador de la estructura negociar¹, ha establecido criterios a la hora de seleccionar el acuerdo de aplicación en caso de contratas (art. 42.6 ET); ha reformado la ultraactividad de los pactos (art. 86 ET) y realiza a lo largo de su articulado numerosas llamadas a la negociación, bien a la sectorial específicamente, bien de forma general a todos o a cualquiera de los niveles.

Conviene advertir, con todo, que realizar una primera evaluación de las consecuencias de la reforma laboral de 2021 en la negociación colectiva supone realizar un ejercicio de “adivinación”, en tanto los tiempos de la autonomía colectiva y sus resultados precisan de una mayor perspectiva y las disposiciones transitorias de la propia norma impiden una mayor precisión en la valoración realizada. También conviene tener en cuenta los impactos producidos por la coyuntura socioeconómica, capaz de afectar en este ámbito en igual medida que los cambios legales.

¹ MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 240.

2. Balance de las modificaciones en la concurrencia de convenios de empresa con convenios de ámbito superior

La pretendida flexibilidad y adaptabilidad del convenio de empresa fruto de la reforma de 2012, se acabó convirtiendo en una posibilidad de negociar salarios a la baja en la empresa merced al pacto con la representación unitaria, en tanto el juego conjunto de arts. 42 y 84 ET permitió que aquellas empresas que contaban con sujetos legitimados para negociar convenios propios *ex arts. 87 y 88 ET*, pero que carecían de una sólida implantación sindical, pudieran devaluar, mediante la negociación de convenios empresariales, las condiciones laborales previstas en el convenio de sector, sin necesidad de alegar las conocidas causas económicas, técnicas, organizativas y de producción².

Esta regularización suponía atribuir al convenio colectivo de empresa el carácter de herramienta de flexibilización de las condiciones de trabajo, en particular, el coste salarial, con el fin de mejorar la productividad, el rendimiento y la competitividad, y acabó transformándose en la práctica con dos fórmulas distintas de descuelgue³: una causal y otra acausal y negociada, muchas veces con representación unitaria elegida *ad hoc*.

Es verdad que el impacto real de esta reforma descentralizadora ha sido muy relativo, porque, al cabo de diez años, las tasas de cobertura de la negociación colectiva sectorial continúan siendo abrumadoras⁴. Pero también es cierto que las cifras de convenios de empresa se dispararon al 95% con una cobertura de personas trabajadoras cada vez menor, incluso hasta 2015 cabe observar una proliferación de convenios en unidades cada vez más pequeñas que huyen de las condiciones del convenio colectivo sectorial⁵.

Entre 2012 y 2017 se percibe el mencionado ascenso del número de convenios de empresa, que no se corresponde con un incremento similar en el número de personas afectadas, lo que significa que la subida del número de acuerdos se debía al incremento de convenios de empresas más pequeñas, consecuencia directa del cambio introducido por la reforma laboral del 2012 en relación a la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial.

A partir del 2017, el número de personas amparadas por los convenios de ámbito empresarial se incrementa, y ello pese a que el número de convenios es inferior, lo que indicaba un claro cambio de tendencia, que la irrupción de la pandemia sanitaria ha interrumpido, pero que la reforma laboral de 2021 afianzará sin duda⁶.

De atender a los salarios, los cambios propiciados fueron dispares: de un lado, el promedio salarial de las unidades de negociación que ya existían en el momento de la aprobación de la reforma laboral de 2012 resulta muy similar al que había antes de dicho

² LÓPEZ ANIORTE, C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

³ VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, p. 107.

⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de convenios colectivos”, en AA.VV.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid, Cinca, 2017.

⁵ VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, cit., p. 100.

⁶ CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, junio 2022.

cambio legislativo; de otro, el salario medio pactado en los convenios colectivos firmados después de 2012 correspondientes a empresas o grupos que firman su primer acuerdo es “claramente inferior”. De ello cabe deducir cómo no ha servido tanto para dinamizar la estructura de la negociación colectiva, sino para que se generen nuevos acuerdos en empresas para competir por medio de salarios más bajos⁷.

En este último sentido, cabría hallar un gran número de convenios “sospechosos” firmados por un solo representante de los trabajadores, sin apenas garantías de que haya habido un procedimiento de negociación suficiente y haya tenido capacidad de resistirse a las imposiciones empresariales⁸. Esta situación provocó incluso las críticas de los propios empresarios que les era de aplicación el salario sectorial por la competencia salarial a la baja que suponía⁹. Frente a tal panorama, el principio de correspondencia ha operado con un eficaz dique de contención a las insuficiencias de representación negociadora que pudieran partir de la representación legal de los trabajadores, reconduciendo a las representaciones sindicales, en caso de existir, la conclusión de estos convenios¹⁰.

Durante el año 2021 se registraron un total de 908 nuevos convenios colectivos en España, que dieron cobertura a un total de 3.510.106 personas trabajadoras. Del total, 685 fueron convenios colectivos de empresa y 223 de ámbito superior a la empresa. No obstante, mientras que los 685 nuevos convenios de empresa dieron cobertura a un total de 201.537 personas trabajadoras, los nuevos convenios sectoriales han dado cobertura a un total de 3.308.569¹¹. En porcentaje, durante el año 2021, los convenios sectoriales han dado cobertura a un total del 94,25% de las personas trabajadoras, mientras que los de empresa solo han dado cobertura al 5,75% restante. A la vista de las cifras obtenidas, es difícil (incluso imposible) imaginar “un escenario de desplazamiento radical del convenio colectivo sectorial por el convenio de empresa, dado el protagonismo productivo de pequeñas y medianas empresas que no tienen sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo propio”: de un total de 14.967.399 personas asalariadas en diciembre de 2021, las PYMES emplearon a 9.032.841 (un 60,35% del total) frente a los 5.934.558 empleados por las grandes empresas¹².

Dibujado el panorama preexistente, el artículo primero.9 del RD-Ley 3/2021 elimina, mediante una técnica calificada “como eficaz y adecuada”¹³ el antiguo apartado

⁷ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “Determinación del salario y estructura de la negociación”, en AA.VV.: *Evolución de los contenidos económicos en la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pp. 163 y ss.

⁸ ALFONSO MELLADO, C. *et alii*: *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Observatorio de la Negociación Colectiva CC.OO., 2016.

⁹ LAHERA FORTÉZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, p. 32.

¹⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 256.

¹¹ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo. Avance mensual diciembre 2021.

¹² DÍAZ GARCÍA, C.: “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2022, pp. 102-103.

¹³ CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.

“a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”. Mediante su supresión, se contrarresta la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la fundamental materia retributiva, de tal modo que, vigente y aplicable un convenio supraempresarial, un acuerdo de empresa posterior no puede modificar a la baja la retribución. Deja sin alterar, sin embargo, el resto de las prioridades aplicativas del convenio de empresa enumeradas en el apartado 2: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Esta reforma veta, se insiste, el “descuelgue” del posterior acuerdo empresarial que rebaje las condiciones salariales previstas en el sectorial anterior aplicable. Viene a dotar de un nuevo espacio de competencia reguladora de los convenios colectivos sectoriales estatales, autonómicos, o de ámbito inferior que hasta el momento tenían imperativamente prescrita la referida materia¹⁴. No obstante, queda abierta la puerta de que un convenio colectivo de empresa anterior en el tiempo al convenio sectorial de aplicación establezca un salario inferior al establecido en el sectorial superior y posterior en el tiempo, por jugar en toda su amplitud la regla *prior in tempore* unida a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos¹⁵ (y con las dudas de sobra conocidas cuando el anterior sectorial está en ultraactividad¹⁶).

Tampoco el listado de materias del art. 84.2 ET se configura con carácter absoluto¹⁷ ni cerrado, en tanto el último apartado prevé la posibilidad de que acuerdos interprofesionales amplíen este elenco e incluyan la cuantía salarial derogada legalmente (configurando “una descentralización organizada que permita de este modo un reajuste de la estructura de la negociación colectiva orientado desde niveles superiores a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”¹⁸). Deja así la posibilidad de abrir esa puerta en manos de los agentes sociales, cuyo uso, de hacerse, será muy excepcional. En teoría, podría recuperarse por esta vía la prioridad aplicativa del convenio empresarial respecto a la cuantía salarial, si bien no parece probable (ni deseable). Este laberinto, en cualquier caso, incentiva con más razón la firma de acuerdos

¹⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 275.

¹⁵ SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 82.

¹⁶ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 41.

¹⁷ STS 2 diciembre 2020 (Rec. 86/2019).

¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 270.

sectoriales estatales y autonómicos que regulen de manera clara la concurrencia convencional entre sector y empresa. Esta estrategia negociadora de un salario mínimo sectorial es probable que sea aceptada por la parte patronal en sectores donde se pretenda combatir el *dumping* social desde un punto de vista empresarial, vinculando a todas las organizaciones del sector en el territorio correspondiente; es más, existen ya experiencias convencionales de salarios mínimos sectoriales y resulta previsible su aumento en los próximos años en nuevos sectores¹⁹.

Al final, el efecto de la reforma de 2021 no conduce a un mínimo salarial sectorial en todos los supuestos, solo a evitar salarios inferiores al sectorial en convenios colectivos de empresa que se celebren estando vigente un convenio colectivo sectorial aplicable a los trabajadores²⁰ —específicamente parece dirigirse a evitar negociaciones salariales en empresas con déficit de representación independiente—. La esperanza parece estar puesta en la puerta abierta dejada a la ordenación de la estructura negocial por los acuerdos interprofesionales, capaces de cercenar la posibilidad de que cualquier convenio de empresas de cualquier sector modifique a la baja las cuantías salariales²¹.

En fin, se puede seguir hablando de tres posibles descuelgues: el descuelgue del estatal por parte de una Comunidad Autónoma, la prioridad aplicativa del convenio de empresa en dichas materias y el descuelgue de cualquier convenio cuando concurren las causas y se siga el procedimiento del art. 82.3 ET. Como conclusión anticipada, el escenario anterior dejaba fuera a las pequeñas empresas con menos de seis trabajadores del descuelgue salarial y en todo caso, no volatilizó a los convenios sectoriales.

De hecho, los agentes sociales en los últimos años han despejado el camino que la reforma más adelante recorrería. En este caso, la realidad negocial ha ido por delante y la norma no ha supuesto un cambio repentino, sino que ha avalado y afianzado lo pretendido por los sujetos negociadores, y cercenadas las huidas hacia la precariedad salarial.

Ante las medidas expuestas, las consecuencias presuntamente lógicas habrían de ser una minoración de la negociación a nivel de empresa (al impedir el descuelgue salarial desaparece el incentivo preferente para llegar a acuerdos en ese nivel), mayores dificultades para pactar salarios en el ámbito superior y un incremento en las inaplicaciones convencionales por causas económicas de los acuerdos sectoriales o subsectoriales (en aquellos casos que existiera causa).

De contrastar las medidas expuestas con la realidad de la negociación, cabe afirmar cómo no ha disminuido excesivamente el número de convenios en cifras absolutas: los convenios de empresa que han registrado efectos económicos para 2022 suponen el 77% del total, ascendiendo a 1.567; sin embargo, sólo afectan a 350.055 personas, el 6,5% del total. Por tanto, y como es lógico y habitual, mientras el grueso de los registros corresponde a las actualizaciones salariales de los convenios de empresa, el grueso de las

¹⁹ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., pp. 42 y 92.

²⁰ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 38.

²¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrataciones y subcontratas”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 148.

personas se concentra en las actualizaciones salariales de los sectoriales²². “A 30 de noviembre de 2022 hay 2.957 convenios con efectos económicos conocidos y registrados para 2022, que afectan a 811.596 empresas y 8.407.953 personas -el 76,44% de las cubiertas por convenios con variación salarial pactada para 2022-. Este dato pone de manifiesto el ascenso de los convenios con efectos económicos conocidos y registrados para 2022 y de las personas trabajadoras cubiertas por los mismos, si se compara con las cifras de los once primeros meses de 2021”²³.

Como efecto colateral a la prioridad del salario fijado en los convenios supraempresariales, cabe advertir una moderación en los incrementos retributivos fijados a este nivel: mientras del 2014 al 2021 el incremento salarial medio en los convenios sectoriales ha sido siempre superior al de los convenios de empresa, en 2022 los convenios sectoriales registran un incremento salarial medio inferior. Así, existe una diferencia de casi dos décimas a favor del ámbito empresarial (2,39% en los convenios sectoriales frente al 2,58% en los de empresa), diferencia favorable a los de empresa que se reproduce en todos los sectores excepto en Industria, en el que los convenios sectoriales superan en casi cuatro décimas a los de empresa (3,14% el incremento pactado en los convenios sectoriales frente al 2,76% en los de empresa). Pero, al margen de la Industria, la diferencia general de dos décimas a favor de los convenios de empresa no se reproduce por igual en los restantes sectores: mientras en el sector Agrario y en la Construcción esta diferencia aumenta hasta situarse en torno a un punto porcentual (un 0,97% y un 1,03%, respectivamente), en el caso del sector Servicios apenas es de tres décimas y media²⁴.

En cuanto hace al número de inaplicaciones de convenios, tampoco se advierte un incremento inusual, ni en cantidades absolutas, ni en el número de personas trabajadoras afectadas: el 74% de los 221 acuerdos registrados en 2022 se producen en empresas pequeñas, sin embargo, estos acuerdos sólo afectan al 21% del total de personas trabajadoras; el 21% en empresas medianas que vinculan al 39% de los y las trabajadoras y un 4% en las grandes que afectan al 39% de las personas empleadas; si bien el 98% de las inaplicaciones registradas en 2022 se producen sobre un convenio sectorial y por cuestiones relacionadas con la retribución, en mayor o menor medida²⁵.

3. Incidencia del régimen transitorio en el balance

Se advertía al comienzo que resulta extremadamente difícil realizar un balance en este ámbito por el escaso tiempo transcurrido desde la aprobación, escasamente un año, uni-

²² CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, junio 2022. Tendencia que continúa en el Balance de noviembre de 2022.

²³ CEOE: Mercado laboral y negociación colectiva, diciembre 2022, <https://foe.es/wp-content/uploads/2022/12/Informe-12-2022-mercado-laboral-y-negociacion-colectiva.pdf>, pp. 13-14.

²⁴ CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, junio 2022.

²⁵ CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, junio 2022.

do a la transitoriedad prevista en la d.t.6ª del RD-Ley 32/2021 respecto a la aplicación del art. 84.2 ET modificado²⁶.

Así, el RD-ley impone la aplicación de la nueva prioridad a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma. El término “vigencia expresa” parece referirse al plazo establecido en el correspondiente convenio, y no las posibilidades de prórroga que las partes pudieran alcanzar o la ultraactividad del mismo²⁷. Y en todo caso, a partir del 31 de diciembre de 2022, ningún convenio de empresa tendrá prioridad en materia salarial salvo previsión al efecto contenida en acuerdo interprofesional. Pero, a continuación, concede un plazo de seis meses a los convenios para adaptarse a las modificaciones operadas en el citado precepto. Dicho plazo comenzará a contar desde que estas modificaciones “resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”, esto es, desde el cumplimiento del plazo de vigencia expresa o, si no se ha producido antes, desde el 31 de diciembre de 2022. Esta obligación no parece establecerse como una condición para la aplicación de la preferencia salarial del convenio sectorial, pues se trata de un efecto legal directo a partir del momento temporal anteriormente especificado, sino de un deber de los negociadores para evitar que se siga perpetuando una regulación convencional obsoleta. Este deber ha de ser llevado a cabo bien por la comisión negociadora, o bien por la comisión paritaria de interpretación y aplicación si la actuación consiste en adaptar el texto del convenio mediante el mero reconocimiento de la preferencia del sectorial²⁸. Este plazo de seis meses resulta una norma “poco común” y dirigida exclusivamente a los negociadores del convenio, pero durante ese tiempo (una vez decaída la vigencia expresa o llegado el 31 de diciembre de 2022), se insiste, la persona empresaria ha de aplicar el marco salarial más favorable del convenio sectorial, sin poder esperar a la acomodación o ajuste dentro del referente temporal dado, cuyo cumplimiento o incumplimiento sería así inocuo para las personas trabajadoras: “una interpretación distinta otorgaría al empleador un inexplicable plazo de gracia de seis meses para seguir aplicando el régimen salarial menos favorable del convenio empresarial, bastando a este respecto con demorar el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras en la empresa”²⁹.

En el caso de los convenios cuyo plazo de vigencia pactado hubiera vencido entre el 31 de diciembre de 2021 y el 31 de diciembre de 2022, el nuevo acuerdo a negociar por los sujetos legitimados tendrá que ajustarse a la nueva regla, pero puede que no se suscriba

²⁶ Sobre la misma, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., pp. 132 y ss.

²⁷ AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 241.

²⁸ AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 243.

²⁹ VIVERO SERRANO, J.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

en el plazo de seis meses y el anterior se encuentre en fase de prórroga o en ultraactividad; en ambos casos, sí sería necesario que los negociadores lleven a cabo la adaptación del convenio³⁰. Esta posibilidad abierta será un cambio interesante en el marco de la nueva vigencia ultraactiva del convenio, y no podrá aplicarse a esta situación la doctrina de la “impermeabilización de los ámbitos”, sino que el empresarial quedará “inundado” por el instrumento de sector negociado al amparo del art. 83.2 en sus remisiones relativas a las cuantías salariales³¹.

Desde luego, los convenios que se suscribieran y/o presentaran al registro a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral, es decir el 31 diciembre 2021, les ha sido de aplicación directa la nueva regulación, incluida la norma de concurrencia clásica de preferencia del convenio *prior in tempore*, arrastrando a un complicado casuismo de situaciones diversas³². Con todo, y pese a la regla anteriormente mencionada de prioridad en el tiempo, la inercia convencional y la necesaria ayuda de los acuerdos interprofesionales expulsarán del ordenamiento jurídico toda regulación convencional que colisione a la baja en materia salarial con el marco convencional sectorial de referencia³³.

4. Balance del retorno a la ultraactividad general de los convenios colectivos

La reforma realizada en el art. 86 ET retorna al mantenimiento indefinido de las condiciones previstas en un convenio colectivo denunciado, como sucedía antes de la reforma de 2012, pero dejando la puerta abierta a que las partes negociadoras pacten otra solución en cada caso.

No supone, pese a la afirmación anterior, una vuelta al *statu quo* anterior, sino una previsión de ultraactividad en dos fases. Así, concede un primer plazo de un año a partir de la denuncia para negociar la renovación, que, una vez transcurrido sin acuerdo, obliga a las partes a someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes, o bien acudan a arbitraje si hay pacto expreso entre las partes, anterior o coetáneo. Llevada a cabo sin efecto la mediación, en defecto de acuerdo se sigue manteniendo la vigencia del convenio colectivo, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

La vuelta a la ultraactividad indefinida de las condiciones laborales pactadas en el convenio denunciado, pese a resultar sumamente positiva³⁴, no supone una gran revo-

³⁰ AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 243.

³¹ CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

³² CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

³³ DÍAZ GARCÍA, C.: “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, cit., p. 104.

³⁴ MERINO SEGOVIA, A.: “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la

lución, habida cuenta las partes negociadoras ya estaban pactando el mantenimiento de la ultraactividad indefinida en la mayoría de los convenios. Y el recurso a la mediación tampoco supone una novedad, porque la mayoría de los acuerdos interprofesionales ya contenían dicha llamada.

Un análisis realizado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre 9.135 convenios registrados desde el enero de 2016 a 30 de junio de 2021 reflejaba que el 63,7% de los convenios estudiados, que afectaban a un 59% de las personas trabajadoras, optaban por la permanencia de la vigencia del contenido normativo hasta la firma del nuevo convenio³⁵; mientras que la solución implantada por la reforma laboral de 2012 de una ultraactividad limitada solo a un año era la opción de un 24,1% de los convenios que afectaban a un 23,2% de los trabajadores³⁶.

En cuanto hace a los riesgos que parecen derivarse de la modificación en la ultraactividad, resultan de sobra conocidos: petrificación de las condiciones laborales ultraactivas y, consecuentemente, pérdida de poder adquisitivo (máxime en un contexto de inflación) y la posible pérdida de unidades convencionales, que se verán invadidas por otros acuerdos de distinto nivel, pero coincidente ámbito funcional y territorial.

De un lado, la ultraactividad indefinida puede operar en sentido contrario al buscado, manteniendo salarios no renovados por debajo del poder adquisitivo³⁷. La respuesta a este enquistamiento se hallaría en las cláusulas pactadas de actualización salarial anual y en los efectos jurídicos durante la vigencia ultraactiva, aun teniendo en cuenta que muchas de ellas tienen referencia a los años de vigencia pactada y decaen una vez denunciado el pacto³⁸. Por tanto, en tiempos de inflación alta, los incentivos al acuerdo con criterios razonables de actualización salarial serán esenciales para no terminar perjudicando a quien se pretende proteger³⁹. Como mera muestra, el Acuerdo sindical sobre negociación colectiva para los años 2022 a 2024 entre CC.OO. y UGT contempla como incrementos mínimos de referencia en materia salarial los siguientes: año 2022, el incremento a pactar será de un 3,5%; año 2023, incremento salarial de un 2,5%; y año 2024, el incremento será de un 2%. Como garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios, propone incluir cláusulas de revisión salarial que garanticen el mantenimiento del poder adquisitivo para el caso de que la inflación interanual supere los dígitos de los incrementos pactados.

De otro, parece indudable que la norma ha querido establecer una mayor intensidad en el compromiso de negociación durante este primer año, que vendría significar

Reforma Laboral 2021”, AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>. o GORDO GONZÁLEZ, L.: “El retorno de la ultraactividad ilimitada. Una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, *Labos*, núm. 3, 2022, pp. 140 y 141.

³⁵ ALFONSO MELLADO, C.: “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Murcia, Laborum, 2022, p. 464.

³⁶ ALFONSO MELLADO, C.: “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido”, cit., p. 464.

³⁷ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 69.

³⁸ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 70.

³⁹ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 92.

algo similar a un deber de negociar en el que se espera de ambas partes, con el fin de que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, pero pasado este año se discute por la doctrina si cabe la absorción de la unidad convencional por parte del convenio de ámbito superior o inferior en cada caso⁴⁰ o cuál es el tiempo razonable de conservación de la misma.

Parece claro, con todo, que la ultraactividad mantenida eliminará la inseguridad jurídica preexistente, así como las vigencias muy prolongadas pactadas en convenio ante el temor de la denuncia y la falta de renovación del acuerdo e igualmente desaparece la necesidad de buscar el convenio superior aplicable en caso de decaer el convenio denunciado de conformidad con la regulación anterior. En fin, resultará determinante el papel de los acuerdos de solución de conflictos a la hora de cumplir el objetivo de mantener la negociación más ágil y menos petrificada⁴¹.

5. Balance de las reglas de selección del convenio colectivo de aplicación en las contrata

El artículo primero.5 del RD-Ley 32/2021 modifica el art. 42 ET y, a los efectos estudiados, su apartado 6, y fija criterios de selección del convenio aplicable a la contrata o subcontrata, independientemente de si la contrata o subcontrata sea o no de propia actividad de la principal⁴², con el fin de procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, y evitar una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales. Sin embargo, el cumplimiento de dicho objetivo ha acabado por originar un “rompecabezas” a la hora de interpretar la nueva redacción⁴³.

Así, la regla general (que resulta al final desplazada por los otros criterios y se convierte, al final, en subsidiaria⁴⁴) es la aplicación del convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social (muchas veces ampliado hasta el infinito en las multiservicios) o su forma jurídica.

La misma solución la había establecido ya el art. 122.2 de la Ley 9/2017 para las empresas adjudicatarias en contratos del sector público y superando el debate en torno a la aplicación del convenio aplicado en la empresa principal⁴⁵. Prescinde así la norma

⁴⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

⁴¹ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 92.

⁴² AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 247 y BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contrata y subcontratas”, 29 diciembre 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primera-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.

⁴³ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrata y subcontratas”, cit., p. 131.

⁴⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrata y subcontratas”, cit., pp. 131 y 136.

VLAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 54.

de otra de las opciones barajadas (y semejante a la aplicada para las Empresas de Trabajo Temporal, al menos para fijar un suelo de condiciones), como pudiera haber sido el convenio de aplicación a la empresa principal⁴⁶.

Pero la cuestión dudosa consiste en saber qué se entiende por actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. La norma, ante la potencial concurrencia de convenios sectoriales (los correspondientes a la actividad de la empresa principal y la correspondiente a la contrata cuando no sean coincidentes), apuesta por este último, quizá pensando “en la necesidad de que prevalezca en esos casos las condiciones laborales que mejor se adaptan a las tareas efectivamente desarrolladas por el trabajador”⁴⁷. Sigue así aquella interpretación del Tribunal Supremo que considera cómo “ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicios, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata..., que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios” (si bien en el caso analizado el convenio aplicable a la actividad principal no se conoce y nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores)⁴⁸; y no aquella otra que apostaba por la actividad preponderante⁴⁹. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos también se ha decantado por esta solución, tanto si la empresa multiservicios desempeña una pluralidad de actividades en las dependencias de un determinado cliente⁵⁰, como si las desarrolla en distintos centros por cuenta de diferentes usuarios⁵¹.

Esta selección resulta especialmente compleja cuando “las actividades que realiza la persona trabajadora son susceptibles de quedar encuadradas en diversos convenios o su encuadramiento resulta dudoso”⁵²; también si se trata de una multiservicios que presta servicios integrales, pues en tal caso procedería la aplicación de los acuerdos de cada sector respectivo, situación que, en la práctica, plantea alguna dificultad de delimitación⁵³.

A continuación, el precepto analizado establece dos excepciones: la primera, que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III; y la segunda, “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

⁴⁶ Rechazando esta idea, STS 12 febrero 2021 (Rec. 2839/2019).

⁴⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 249.

⁴⁸ STS 11 junio 2020 (Rec.1546/2016). También la STS 11 de noviembre de 2021 (Rec. 3330/2019) avala la aplicación del convenio de limpieza y no de hostelería para determinar el módulo de salarial de referencia para el cálculo de una indemnización por despido de una camarera de piso. Recientemente refrendada por la STS 6 octubre 2022 (Rec. 35/2021).

⁴⁹ STS 17 marzo 2015 (Rec. 1464/2014).

⁵⁰ Dictámenes de 22 de noviembre de 2006; de 17 de diciembre de 2009 y de 15 de abril de 2011.

⁵¹ Informes de 24 de febrero de 2009; 8 de septiembre de 2011; 27 de junio de 2013 y 24 de marzo de 2015.

⁵² VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación”, en AA.VV.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018, p. 245.

⁵³ BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contratas y subcontratas”, cit.

Respecto a la primera, algún sector doctrinal vincula esta previsión al supuesto específico (aunque puede darse en otros ámbitos) de las camareras de piso (“kellys”)⁵⁴. Así, se considera referida la regla al supuesto de que la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata tenga especialidades, condiciones o contenidos específicos definidos en el convenio sectorial aplicable a la empresa principal, en cuyo caso este último resultará de aplicación a la contrata, y más aún cuando el acuerdo en cuestión haya extendido su ámbito funcional a dichas actividades⁵⁵. Por tal razón, comenzarán a negociarse cada vez más estas cláusulas de salvaguarda, en virtud de las cuales se declara la aplicación del convenio sectorial de que se trate a las empresas contratistas⁵⁶. Este tipo de cláusulas convencionales inclusivas y extensivas de empresas contratistas va a formar parte de las estrategias sindicales el desarrollo de la reforma⁵⁷, precisamente para ampararse en esta excepción. De hecho, ya son cada vez más numerosos los convenios colectivos que, a través de regulaciones indirectas, reformulan su ámbito funcional, especificando que se aplicará a las empresas que realicen actividades propias de dicho sector, aunque no constituya su objetivo social principal y se realicen parcialmente⁵⁸. Desde luego, esta “salvedad” hace también referencia a la aplicación de un convenio sectorial o subsectorial específico de empresas multiservicios, que desplazaría al referido a la actividad que realice la contrata⁵⁹.

Por cuanto hace a la segunda, ha generado más dudas que certezas, las cuales tratan tanto de evitar el “efecto bumerán de su interpretación literal”⁶⁰; como poner fin al “fenómeno de diáspora convencional que ha provocado un vaciamiento del ámbito de aplicación de muchos convenios sectoriales”⁶¹. Así, por un lado, y acudiendo a la finalidad expuesta en el propio Preámbulo, no faltan opiniones doctrinales que consideran solo aplicable el convenio de la empresa contratista cuando no exista convenio de sector y, de existir convenio de sector en los términos ya examinados, solo entraría en juego el referente empresarial en aquellas materias enumeradas en el art. 84.2 ET (dejando fuera, se recuerda, la cuantía salarial)⁶². De esta manera ciertamente alambicada el RD-

⁵⁴ No obstante, el Tribunal Supremo optó por la aplicación del Convenio sectorial de limpieza y no de hostelería en la STS 12 febrero 2021 (Rec. 2839/2019).

⁵⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 137.

⁵⁶ MARTÍNEZ MORENO, C.: “La reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 249 y ss.

⁵⁷ LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 57.

⁵⁸ ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 150.

⁵⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 143 y LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 55.

⁶⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 146.

⁶¹ ESTEVE SEGARRA, A.: “Criterios para la determinación de actividades desarrolladas por empresas multiservicios que contarían con un convenio sectorial de referencia”, en AA.VV.: *Congreso Nacional de la AEDTSS*, Madrid, Iustel, 2018.

⁶² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., pp. 146-147. De la misma opinión, AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo*

Ley establecería un salario mínimo estándar en los distintos sectores de actividad de una empresa contratista de imposible reducción por el convenio de empresa⁶³; y el progresivo juego de los arts. 42.6 y 84.2 ET, las previsiones en materia de contratos públicos, junto con la esperable estructuración realizada por los acuerdos interprofesionales, impedirán la competencia salarial a la baja en las contrata⁶⁴.

Como cláusula de cierre, el artículo primero.15 del RD-Ley 32/2021 introduce la disposición adicional 27^a en el ET que excepciona la aplicación del art. 42.6 ET a las contrata y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo. Recoge así la doctrina judicial que excepcionaba la aplicación del convenio sectorial por razón de actividad a este tipo de organizaciones, y lo hacía acudiendo a la especialidad de la relación laboral existente y en aras a las singularidades que se prevén en sus propios pactos⁶⁵.

Como apresurado (y anticipado balance), se podrían perder unidades de negociación empresariales vinculadas a competencias basadas en la bajada de costes laborales, singularmente en las empresas multiservicios; progresivamente se ampliará el ámbito funcional de convenios sectoriales que recurran estructuralmente a la subcontratación o bien se comenzarán a negociar pactos sectoriales o subsectoriales referidos a actividades típicamente subcontratadas, dejando escaso juego a la excepción del convenio de empresa.

6. La centralidad del convenio sectorial en la reforma laboral

El RD-Ley 32/2021 realiza numerosas llamadas (más de veinte) a la negociación colectiva (al igual que sucedía en anteriores reformas), y lo hace asignando determinadas materias al convenio sectorial, como la fijación de la duración máxima del contrato para la práctica profesional o la determinación de los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo (art. 11 ET). De igual modo, el convenio de ámbito sectorial podrá ampliar la duración del contrato por circunstancias de la producción hasta un año (art. 15).

Un papel más relevante asigna a estos convenios sectoriales a la hora de adecuar la figura del contrato fijo discontinuo (art. 16), en tanto ese es el nivel requerido para determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas

marco de relaciones laborales tras la reforma laboral, cit., p. 247 y ROJO TORRECILLA, E.: “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022, p. 96.

⁶³ SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, cit., p. 86.

⁶⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022, pp. 84 y ss.

⁶⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrata y subcontratas”, cit., pp. 148-149. En la jurisprudencia, SSTs 23 septiembre 2014 (Rec. 50/2013) y 2 febrero 2017 (Rec. 2012/2015).

fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estas esperas; podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos; y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo. Asimismo, podrán establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento.

En fin, la disposición adicional 3ª, referida al sector de la construcción, y en atención a la propia estructura sectorial de dicha actividad, encomienda a la negociación colectiva de ámbito estatal determinar los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional. También precisará los criterios de prioridad o permanencia que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra.

De nuevo, el tiempo confirmará si los acuerdos de este nivel recogen el guante y comienzan a incorporar en su articulado estos contenidos, aun cuando cabe hallar varios convenios sectoriales que han comenzado a regular estas materias⁶⁶; así como si los pactos de ámbito inferior deciden asumir en caso de vacío, tales previsiones.

7. El futuro de la negociación colectiva

Como se ha advertido desde el comienzo, los efectos en materia de negociación colectiva cabe valorarlos como muy positivos, aun cuando las consecuencias prácticas obtenidas de la realidad convencional están aún por determinar, no ha transcurrido el tiempo necesario para constatar resultados, pero sí para advertir líneas de tendencia capaces de marcar el camino del futuro mapa negocial.

El utópico y ambiguo objetivo de modernizar la negociación parece no haberse alcanzado en su plenitud, en coherencia con su propio destino, cual es el de situarse como un horizonte esquivo al cual acercarse, que permitiera la perpetua transformación y adaptación de la negociación colectiva.

Esta esquivada meta precisaría, tal y como aparece en el documento España 2050⁶⁷, de avanzar en las siguientes materias:

⁶⁶ Art. 12.4 del Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes, BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022; art. 17 del Convenio colectivo de restauración colectiva, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2022, que incluye ya la posibilidad de contratar a trabajadores fijos discontinuos a tiempo parcial, al igual que en la disposición transitoria 4ª del Convenio colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna, BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2022; art. 12. 4 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2022, que permite alterar los criterios del orden de llamada por acuerdo de empresa.

⁶⁷ <https://futuros.gob.es/nuestro-trabajo/espana-2050>.

- Fortalecer el modelo de representación en la empresa, prestando especial atención a las pymes y micropymes.
- Articular la estructura de la negociación colectiva y adecuarla a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas.
- Rediseñar los criterios de clasificación de los grupos profesionales y ponerlos en conexión con la formación requerida para cada uno.
- Repensar los ámbitos funcionales de los convenios con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica a empresas y personas trabajadoras.
- Ampliar la negociación colectiva a los autónomos sin empleados a cargo y a otros tipos de trabajadores propios de la economía digital, respetando siempre las normas de libre competencia.

8. Bibliografía

- AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Albacete, Bomarzo, 2022.
- ALFONSO MELLADO, C. et alii: *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Observatorio de la Negociación Colectiva CC.OO., 2016.
- ALFONSO MELLADO, C.: “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Murcia, Laborum, 2022.
- ALFONSO MELLADO, C.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021”, *Lex Social*, Vol. 12, núm. 2, 2022.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contratas y subcontratas”, 29 diciembre 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.
- CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.
- CEOE: Mercado laboral y negociación colectiva, diciembre 2022, <https://foe.es/wp-content/uploads/2022/12/Informe-12-2022-mercado-laboral-y-negociacion-colectiva.pdf>.
- CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, 2021, <https://www.ccoo.es/c7e991b7bebddd6184cb6d61c46ad5b4000001.pdf>.
- CC.OO.: Balance de la negociación colectiva, junio 2022.

- CRUZ VILLALÓN, J.: “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de convenios colectivos”, en AA.VV.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid, Cinca, 2017.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrataciones y subcontratas”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- DÍAZ GARCÍA, C.: “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2022.
- ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- ESTEVE SEGARRA, A.: “Criterios para la determinación de actividades desarrolladas por empresas multiservicios que contarían con un convenio sectorial de referencia”, en AA.VV.: *Congreso Nacional de la AEDTSS*, Madrid, Iustel, 2018.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “Determinación del salario y estructura de la negociación”, en AA.VV.: *Evolución de los contenidos económicos en la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “El retorno de la ultraactividad ilimitada. Una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, *Labos*, núm. 3, 2022.
- LÓPEZ ANIORTE, C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs AEDTSS*, 2022.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “La reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MERINO SEGOVIA, A.: “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la Reforma Laboral 2021”, AEDTSS, 2022, [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/ROJO_TORRECILLA, E.: “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022.](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/ROJO_TORRECILLA_E_2022.pdf)
- SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación”, en AA.VV.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.
- VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022.
- VIVERO SERRANO, J.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral 2021

Suspensions and reductions in working hours. What we have learned from the 2021 labor reform

Jesús Cruz Villalón*

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

ORCID ID: 0000-0002-1275-5289

Recibido: 30/12/2023

Aceptado: 9/1/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7646

1. Cambio en el espacio de los ERTE en los procesos de reestructuración empresarial

Desde hace bastante tiempo, cuando menos desde hace más de 15 años, se venía apostando por incrementar la utilización de los procedimientos de suspensión contractual y de reducción de jornada, en comparación con el juego del resto de los instrumentos de reestructuración empresarial, especialmente con vistas a reducir medidas más traumáticas de destrucción de empleo vía despidos y otras extinciones contractuales. Diversos ensayos se habían hecho con ocasión de la reforma laboral de 2010, lo que se presentaba como un objetivo de consenso, pero sin lograrse resultados materiales de envergadura. No es sino con ocasión de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia cuando se ha terminado de materializar de modo decisivo este objetivo, tanto desde la perspectiva legislativa y de los incentivos, como desde la perspectiva estadística. Es precisamente con ocasión de las medidas reactivas a las restricciones derivadas de la pandemia que se han adoptado medidas, sobre todo de carácter económico, pero también de regulación jurídica, que favorecen la utilización preferente de las medidas suspensivas y de jornada frente al despido. En términos comparativos baste con mencionar el hecho de que con ocasión de la precedente crisis financiera en 2012 se adoptaron ERTE que afectaron a 400.000 trabajadores, en un escenario de destrucción empleo que alcanzó a tres millones de trabajadores¹; en tanto que en 2020 se realizaron ERTE que afectaron a tres millones y medio de trabajadores frente a

¹ Datos derivados de las estadísticas sobre expedientes de regulación de empleo y del movimiento laboral registrado del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

*jesuscruz@us.es

una destrucción de empleo que afectó en torno a 1.100.000 trabajadores². Desde el punto de vista jurídico, lo más relevante era que las causas justificativas para los ERTE y para los despidos se igualaron con ocasión de la reforma de 2012, de modo que la jurisprudencia interpretó que es el empresario quien debe decidir “soberanamente” si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas³.

Sin lugar a dudas, las medidas adoptadas de fomento de los ERTE han tenido una decisiva eficacia en el período pandémico, desde el instante en el que, no sólo las paralizaciones de la actividad productiva se han canalizado por esta vía, con un impacto menor en los despidos, por cuanto que la destrucción de empleo se ha concentrado básicamente en la no renovación de los contratos temporales, sino porque, adicionalmente a la finalización de las restricciones por la COVID-19, la práctica totalidad de los afectados por suspensiones o reducciones de empleo se han reactivado, volviendo plenamente a sus precedentes puestos de trabajo. Dicho de otro modo, puede afirmarse con rotundidad que con los ERTE no se ha producido en modo alguno la, por algunos pronosticada, futura transformación de los ERTE COVID en ERES, que supondría la definitiva pérdida del empleo.

En particular, conforme a una encuesta efectuada por el Instituto Nacional de Empleo, el tipo de medidas para hacer frente a la paralización de la actividad productiva derivada del COVID, manifiesta que el 71,1 % de centros de trabajo adoptaron medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos de trabajo, frente al 15,7 % que adoptaron medidas de extinción contractual. Tales porcentajes se resumen conforme al siguiente cuadro en términos de porcentaje.

Medidas de reestructuración durante la pandemia	
Porcentaje medidas por establecimiento	
Reducir la jornada laboral de sus trabajadores	33,2
Solicitar un ERTE de suspensión o reducción para parte de sus trabajadores	20,7
Solicitar un ERTE de suspensión o reducción para todos sus trabajadores	17,2
Total suspensión y reducción jornada	71,1
Reorganizar la jornada laboral	35,8
Despedir o no renovar contratos	15,7
Contratar nuevo personal	7,8
Incrementar la jornada laboral de sus trabajadores	1,6

Fuente: INE, índice de confianza empresarial covid-19. Porcentaje establecimientos

Como bien es sabido, la reforma laboral de 2021, a la vista de la positiva experiencia pandémica en esta materia, ha incorporado como reforma estructural de nuestro modelo de reestructuraciones empresariales, que adopta como permanente, ese paradigma de centralidad de los ERTE, pretendiendo con ello conjurar los riesgos de destrucción de empleo en futuros escenarios de crisis de empleo, bien generales o sectoriales, incluidos los

² Datos comparativos de los tres primeros trimestres de la EPA 2020.

³ STS 17 de junio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131.

procesos de adaptación empresarial a los cambios tecnológicos y de nueva sostenibilidad energética. A estas alturas, los estudios realizados sobre el alcance concreto de la reforma en términos jurídicos son amplios y detallados⁴. A tenor de ello, lo que se pretende abordar en este estudio es simplemente una valoración aproximativa del impacto aplicativo de la reforma de 2021 en esta materia. Sin pretender efectuar un análisis pormenorizado de las modificaciones introducidas, lo que se desea es intentar valorar si en su proceso aplicativo se están logrando los principales objetivos buscados con aquellas.

2. Dificultades para realizar una valoración de impacto real

Antes de efectuar la valoración anunciada, debe anticiparse que la misma no resulta fácil de llevar a cabo en estos momentos iniciales de la aplicación de la reforma operada hace un año en estos momentos. Ello se debe, ante todo, al hecho de que los efectos de una reforma laboral de cierta envergadura, como es la presente, no se pueden constatar con plena certidumbre hasta que transcurre un período dilatado de tiempo, no siendo suficiente con el escaso año transcurrido desde su entrada en vigor. Pero, es más, en este caso concreto concurren circunstancias adicionales que es preciso mencionar y tomar en consideración, a los efectos de relativizar las conclusiones a las que se puedan llegar en estos momentos.

El gran interrogante es si los cambios de orientación en las prácticas y estrategias para hacer frente a las situaciones de sobredimensionamiento del empleo se están consolidando, en términos tales que ello comporte una nueva cultura en la gestión de las reestructuraciones, o bien va a ser una actitud transitoria, que se podría agotar con el paso del tiempo y volviéramos a las técnicas utilizadas tradicionalmente en nuestro sistema de relaciones laborales.

Las circunstancias que dificultan una respuesta clara a esta cuestión se cifran, sobre todo, en los siguientes datos.

En primer lugar, nos enfrentamos a una nueva regulación apenas ensayada en la práctica. Debe tenerse en cuenta que, cerrada la fase pandémica, hemos pasado a un período de crecimiento del empleo, donde son escasos los escenarios empresariales que requieren la adopción de medidas de reestructuración para hacer frente a un excedente de

⁴ Por todos. A. ESTEBAN GÓMEZ, ERTE del siglo XXI, Tirant lo blanca, Valencia 2022. A. DE LA PUEBLA PINILLA, El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social, enero 2022. M. L. MOLERO MARAÑÓN, Reducción temporal de jornada y suspensión del contrato ex art. 47 ET: un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria, *CIELO*, número monográfico dedicado a la reforma laboral española de 2021. J. CRUZ VILLALÓN, El sistema RED de regulación temporal de empleo, *Brief de la AEDTSS*. P. GIMENO DÍAZ ATAURI, La respuesta anticipada del legislador al riesgo de empleo: en nuevo mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social, enero 2022. F. VILA TIerno y J. C. Álvarez Cortés, Los expedientes temporales de regulación de empleo, *Temas Laborales* 161 (2022), pgs. 281 ss. J. L. MONEREO PÉREZ y P. G. ORTEGA LOZANO, Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo, *Temas Laborales* 161 (2022), pgs. 305 ss.

empleo. Ante un panorama de crecimiento de empleo apenas se puede constatar cómo se aplican las causas justificativas y los procedimientos de los ERTE conforme a la nueva regulación en comparación con las correspondientes de las extinciones contractuales. En particular, no se han verificado de manera suficiente los supuestos determinantes de la activación del mecanismo RED, salvo para una situación marginal de carácter sectorial, siendo casi imposible efectuar una valoración de los posibles efectos de una activación de mayor envergadura, de cierta repercusión numérica del mecanismo RED.

En segundo lugar, no se ha producido un desarrollo reglamentario de la regulación legal, incluso se ha optado por no llevarlo a cabo, con lo que algunas concreciones que podrían requerir el desarrollo de la reforma laboral no se van a producir por vía normativa; cuando menos, en el momento actual, ello no va a suceder. Tan sólo se ha producido un desarrollo muy singular, con carácter provisional, por lo que refiere al mecanismo RED, condicionado por la urgencia de activarlo para el sector de las agencias de viaje⁵.

En tercer lugar, no se han dictado hasta el presente resoluciones judiciales relevantes, que puedan resolver algunos de los interrogantes interpretativos más significativos sobre la materia. Desde luego, salvo error u omisión, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo interpretativa de la nueva regulación. Lo único que se han dictado son sentencias de este Tribunal relativas a la normativa establecida para los ERTE en el período pandémico, que, por añadidura, atienden a cuestiones que no son significativas a efectos de su traslación a la nueva regulación contenida en la regulación vigente del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, aunque se citarán algunas resoluciones judiciales a lo largo de este estudio, debe tenerse en cuenta que están aplicando la legislación precedente y no la propia de la reforma.

Por último, aunque citaremos los datos a los que hemos podido tener acceso, las estadísticas disponibles son escasas, no poseen plena continuidad temporal y no permiten llegar a conclusiones que se puedan proyectar con seguridad para el futuro inmediato.

3. Una primera valoración general a resultados de los datos disponibles

Los datos disponibles, que nos permiten esta primera valoración aproximativa se refieren, en esencia, a los aportados, por un lado, por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en relación con los expedientes de regulación de empleo tramitados, y, por otro lado, por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración, en relación con la afiliación de los trabajadores incluidos en ERTE. Las primeras conclusiones que se pueden obtener en relación con estos datos, se resumen del siguiente modo.

En primer lugar, se ha producido un uso muy intenso de los ERTE durante la pandemia, que fueron descendiendo progresivamente conforme los trabajadores se fueron desafectando de los mismo a resultados del levantamiento de las restricciones a la movilidad y la consiguiente recuperación de la ocupación en el mercado de trabajo. De este modo, el punto álgido se produce en la primavera del 2020, con la declaración del estado

⁵ Disp. trans. 2ª Real Decreto ley 4/2022, de 15 de marzo (BOE 16 de marzo), por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

de alarma, momento en el que se llegan a alcanzar, como ya hemos indicado, los 3,5 millones de trabajadores afectados por ERTE. La cifra va disminuyendo progresivamente, de modo que, cuando a inicios del año 2022 se cierran las medidas COVID y empieza a aplicarse la reforma laboral de diciembre de 2021, el número de afectados por ERTE se situaba en torno a los 75.000 trabajadores. Esta cifra ha ido reduciéndose a lo largo de este año de aplicación de la reforma laboral, de modo que a finales del año la cifra se encontraba en torno a los 20.000 trabajadores. Así se deduce de los datos de afiliación a la Seguridad Social de trabajadores afectados por ERTE.

Fecha	Erte covid	Erte no covid	Total
30/04/2020	3.576.192		
31/12/2020	702.808		
31/10/2021	164.868		
31/12/2021	106.584	29.134	119.921
31/03/2022	74.546	16.238	90.784
30/09/2022		25.801	25.801
31/12/2022		17.648	17.648

En segundo lugar, dentro de los expedientes de regulación de empleo tramitados en los dos últimos años, se aprecia una clara centralidad de los trabajadores afectados por suspensiones y reducciones de contratos, vía ERTE, respecto al número, muy inferior, de los afectados por despidos colectivos, vía ERE. Bien es cierto que estas cifras no permiten una comparación homogénea, dado que todas las empresas que deseen efectuar suspensiones contractuales o reducciones de jornadas por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante, ETOP) o de fuerza mayor deben someterse a estos expedientes, con independencia del número de trabajadores que tengan contratados, mientras que para los despidos se establece un umbral cuantitativo, que provoca no poder incluir dentro del cómputo a quienes son despedidos por las mismas causas a través de despidos objetivos. En todo caso, las cifras son elocuentes y bien significativas para poder concluir que se afianza la idea de la prioridad de los ERTE frente a las medidas extintivas.

Periodo	Medida	Afectados	Porcentaje
2021	Total	500.845	
Enero - septiembre	Despido	37.535	7,5
	Erte	463.310	92,5
	Suspensión	392.234	78,31
	Jornada	71.046	14
2022	Total	211.519	
Enero - septiembre	Despido	195.563	7,5
	Erte	195.563	92,5
	Suspension	165.600	78,30
	Jornada	29.963	14,1

En tercer lugar, se aprecia un cambio de reparto entre los ERTE fundados en razones de fuerza mayor respecto de los ERTE ETOP. Este es uno de los cambios más significativos desde el punto de vista causal y, por tanto, procedimental, entre los procedimientos adoptados durante la pandemia, de manera abrumadora girando en torno a razones de fuerza mayor, que vienen a ser sustituidos por los ERTE ETOP a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral de diciembre de 2021. A partir de esta última, los derivados de fuerza mayor pasan a ser casi marginales, en tanto que la generalidad de ellos lo es por causas ETOP, de modo que a noviembre de 2022 los derivados de fuerza mayor apenas representaban el 6,4 % del total, tal como se deduce del cuadro siguiente.

Fecha	Total trabajadores Afectados por cualquier erte	Total fm	Fm ordinario (art. 47.5 E.T.)	Fm derivado decisiones autoridad pública (art. 47.6 E.T.)
30/04/2022	33.085	1.328	1.138	190
31/05/2022	26.701	1.334	1.090	244
30/06/2022	31.854	1.391	1.190	201
31/07/2022	20.059	1.298	1.099	199
31/08/2022	29.344	1.506	1.342	164
30/09/2022	25.801	1.600	1.448	152
30/11/2022	22.763	1.453		

En cuarto lugar, como ya se ha adelantado, el mecanismo RED se ha activado exclusivamente en su modalidad sectorial y, sobre todo, para las agencias de viaje que, si bien constituyen un ejemplo emblemático, afecta a una actividad cuyo volumen de ocupación resulta bastante escaso, al menos en términos comparativos respecto del conjunto del mercado de trabajo (38.000 trabajadores). En todo caso, los datos muestran cómo, a partir de un número de trabajadores sometidos a procedimientos de suspensión que resultaba bastante elevado dentro de la ocupación del sector en el momento del cierre de la pandemia (11.235), la activación del mecanismo RED ha tenido resultados, parece, que bastante exitosos, por cuanto que la intensidad de la desafectación de los ERTE ha sido muy notable. En concreto, en la recta final de la activación de este mecanismo RED, con prevista conclusión a final del año 2022, el número de trabajadores en ERTE ya resulta bastante reducido (933 trabajadores), tal como muestra el siguiente cuadro evolutivo:

Fecha	Total trabajadores afectados por cualquier erte	Mecanismo red agencias viajes (art. 47 Bis e.T.)
30/04/2022	33.085	4.071
31/05/2022	26.701	2.921
30/06/2022	31.854	2.568
31/07/2022	20.059	1.668
31/08/2022	29.344	1.550
30/09/2022	25.801	1.289
31/12/2022	17.648	933

Finalmente, allí donde se aprecia una mayor dificultad en la valoración de los datos disponibles es respecto a la relación entre los ERTE suspensivos y los ERTE de reducción de jornada. La posible utilidad de estos datos se relacionaría con la posibilidad de comprobar hasta qué punto juega o no en la práctica una preferencia de la reducción de jornada frente a la suspensión del contrato, tal como se introduce de forma novedosa en la reforma laboral de 2021. Los datos disponibles son dispares, entre los que se aportan por las estadísticas relativas a los expedientes de regulación de empleo, comparados con los correspondientes a afiliación a la Seguridad Social, si bien la diferencia puede explicarse porque los primeros son datos de flujo (es decir, del número de expedientes tramitados en un momento dado) en tanto que los segundos lo son de stock (es decir, el total acumulado de afectados por los ERTE en un momento dado).

Los datos deducidos de los expedientes de regulación de empleo muestran porcentajes más reducidos en el uso de la medida de reducción de la jornada de trabajo. A mayor abundamiento, si los últimos datos se comparan con los inmediatamente precedentes a la pandemia, se detecta un importante crecimiento porcentual. Por el contrario, si la comparación se realiza con las medidas alcanzadas durante la reforma laboral de 2012 los resultados actuales son bastante más modestos. Las cifras relativas a los expedientes, muestran tales resultados en los siguientes términos.

Fecha	Erte total	Reduccion jornada	Porcentaje
2012	400.437	99.724	24,9
2019	58.056	2.771	4,77
2021 en/sep	463.310	71.076	15,34
2022 en/sep	195.563	29.963	15,32

Por contraste, los datos relativos a la afiliación, a nuestro juicio más fiables por su carácter de stock, muestran en general porcentajes más elevados en el uso de la medida de reducción de jornada, si bien con diferencias significativas según el mes que tomemos en consideración. Los datos más recientes de afiliación son los siguientes, interpretando que la referencia estadística a suspensiones parciales alude a los supuestos de reducción de jornada:

Fecha	Total trabajadores	Tipo suspensión		
		Total	Parcial (1)	Porcentaje parcial
30/04/2022	33.085	17.485	15.600	47,15
31/05/2022	26.701	13.774	12.927	48,41
30/06/2022	31.854	19.840	12.014	37,72
31/07/2022	20.059	9.501	10.558	52,63
31/08/2022	29.344	19.138	10.206	34,78
30/09/2022	25.801	15.786	10.015	31,82
31/12/2022	17.648	11.732	5.916	33,52

Dos inconvenientes básicos presentan los datos precedentes. De un lado, que para constatar el posible alcance comparativo de los ERTE por reducción de jornada debería efectuarse no con el total de los ERTE suspensivos, sino exclusivamente con aquellas empresas que, a pesar del ERTE, pueden seguir desarrollando algún tipo de actividad productiva; por tanto, con exclusión de los ERTE suspensivos que afectan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, es decir, cuando esta se encuentra cerrada a todos los efectos. Careciendo de la posibilidad de diferenciar estadísticamente entre estos dos tipos de ERTE suspensivos, la valoración sólo puede ser de carácter aproximativo. De otro lado, hecho más relevante todavía, a estas alturas carecemos de datos suficientes para efectuar un contraste entre los ERTE adoptados con anterioridad y con posterioridad a la reforma laboral. En definitiva, deberemos esperar aún algún tiempo para poder comprobar hasta qué punto la preferencia a favor de los ERTE por reducción de jornada prevista por primera vez a partir de la reforma laboral de 2021 ha tenido algún impacto en la aplicación práctica de estos procedimientos.

4. La preferencia frente a los despidos

Tal como hemos indicado, toda la nueva regulación sobre los ERTE gira en torno al objetivo de convertirlos en el instrumento principal de reacción frente a las situaciones de excedentes de empleo que requieren de medidas de reestructuración empresarial. En sentido negativo, pretenden convertir a las medidas extintivas y, en particular, a los despidos por causas económicas, en la medida última a agotar, una vez que se constata como ineficaz o insuficiente una medida menos traumática como es la suspensión contractual o la reducción de jornadas temporales para atajar la situación de dificultad.

En primera instancia, ese objetivo se articula a través del ofrecimiento de medidas de incentivo de los ERTE, por la vía de hacerlos más atractivos a las empresas en términos de costes y de mantenimiento de su capital humano. Resulta fácil de percibir que las medidas de evitación de los costes indemnizatorios por despidos, reducción en las cotizaciones sociales, así como financiación preferente al reciclaje profesional de los trabajadores afectados pretenden actuar como elementos que decanten las preferencias empresariales a favor de los ERTE, frente a los despidos, siempre más costosos, de pérdida de la experiencia profesional de los trabajadores vinculados a la empresa y, a la postre, más traumáticos y de superior conflictividad.

Eso sí, el cambio legislativo apunta más allá de la perspectiva típica de las técnicas del *soft law*, incentivadoras de unas medidas de reestructuración frente a otras, sino que también se orienta a una regulación más incisiva, de imposición legal de la preferencia de los ERTE frente a los despidos, reduciendo o incluso superando la hasta ahora plena libertad de opción entre las medidas extintivas y las suspensivas o de reducción de jornada.

En efecto, el punto de referencia a partir de la reforma laboral de 2012 ha sido una jurisprudencia que ha entendido que “es el empresario el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas (ERE) o meramente suspensivas (ERTE)”,

reforzando esta premisa sobre la afirmación de que “aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos (artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores) induzca a concluir que, en principio, los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso, resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de ‘oportunidad’ que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa”⁶.

Podría interpretarse que, como cierta avanzadilla a lo que después de manera más decidida ha supuesto la reforma de 2021, el propio Tribunal Supremo vendría a realizar una lectura complementaria al criterio anterior, cuando ha valorado la viabilidad de adoptar medidas extintivas tras procedimientos previos suspensivos. Ciertamente se trata de pronunciamientos que, de manera directa, avalan la posibilidad de acometer medidas extintivas una vez ensayadas las suspensivas. Eso sí, a nuestro juicio, la novedad se encuentra en resaltar la concurrencia de la causa estructural en las medidas extintivas⁷, que se devaluaba en la resolución anterior, y la exigencia de específicas causas para justificar los despidos en estos escenarios. En efecto, partiéndose de que el despido se concibe para hacer frente a medidas estructurales, acepta que los mismos se adopten tras previas medidas suspensivas cuando concurren circunstancias específicas: bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicha suspensión⁸.

Pero es más, del texto de la reforma legal hay elementos variados que permiten interpretar que se ha elevado a rango legal esa preferencia de los ERTE frente a los despidos, en términos tales que se puede entender como ya inaplicable el criterio jurisprudencial de la libertad de opción empresarial entre una y otra medida, por cuanto que se viene a exigir que la empresa adopte los ERTE cuando nos encontremos ante una medida coyuntural, tratándose de una situación objetivamente controlable, sin que quede a criterio discrecional empresarial si estamos o no ante una situación estructural que le permite acudir directamente a los despidos por causas económicas. De manera expresa así lo contempla la exposición de motivos de la norma de reforma, cuando afirma que a través de la misma “se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”. Aunque no se modifica la definición legal de las causas justificativas de los despidos, sí que se altera la correspondiente a los ERTE, en términos tales que, como efecto reflejo, incide sobre la interpretación de los primeros. Así, la vigente regulación precisa que las empresas podrán acudir a los ERTE cuando concurren causas “de carácter temporal”; es decir, leído a sensu contrario, cuando la situación sea de este tipo de carácter temporal no procederá acudir a adoptar medidas extintivas. Más aun, respecto del mecanismo RED, la activa-

⁶ STS 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131.

⁷ STS 22 de febrero de 2022, rec. 232/2021, ECLI:ES:TS:2022:794.

⁸ STS 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, ECLI:ES:TS:2021:4793.

ción del mismo, en ambas de sus modalidades, global y sectorial, implica abrir paso a que los procedimientos suspensivos o de reducción de jornada se convierten en los idóneos para hacer frente a las situaciones de excedentes temporales de empleo, con marginación de los despidos, salvo, obviamente, en el caso de que éstos respondan a un escenario estructural que inicialmente se contempla como irreversible. Incluso, desbordando la dualidad tradicional entre lo coyuntural y lo estructural, se contempla la hipótesis de que el mecanismo RED, en su modalidad sectorial, pueda ser resultado, como, de nuevo, la propia exposición de motivos indica, de “procesos de cambio estructural”, de modo que los mismos puedan dar pie a medidas propias de los ERTE ante escenarios de declive irreversible del sector que requieran de reciclaje profesional de los trabajadores afectados, con vistas a su futura recolocación en otros sectores productivos y, por tanto, en otras empresas; a pesar de que esto último aboque a extinciones contractuales, derivadas de desplazamiento de los trabajadores a otras actividades que comportan prestar servicios en otras empresas, se prefiere optar por las medidas menos traumáticas iniciales de los ERTE. No al caso, el texto legal para esa modalidad alude a cambios “permanentes” que generen necesidades de recualificación y procesos de “transición” profesional de los trabajadores afectados (art. 47 bis.1 b ET).

5. La preferencia de la reducción de jornada frente a la suspensión contractual

En la misma línea, incluso como elemento más novedoso si cabe, la reforma laboral pretende que las reducciones de jornadas se adopten como medidas preferentes respecto de las suspensivas. Se entiende que se trata de medidas en las que se mantiene la actividad profesional del trabajador, se conserva su capacidad de adquisición de nuevas competencias y experiencias profesionales y, especialmente, alejan más aún si cabe el riesgo de destrucción de empleo. Se trata de una auténtica novedad, por cuanto que hasta el momento presente los ERTE se habían centrado en las medidas suspensivas de los contratos. Más aún, en su arranque histórico, el precepto correspondiente del Estatuto de los Trabajadores, al ubicarse dentro de la sección relativa a la “suspensión del contrato” se centraba exclusivamente en la medida suspensiva. No será sino hasta la reforma de 2010 cuando se incorpore la posibilidad de que a través de un expediente temporal de empleo la medida que se adopte sea la de una mera reducción de empleo que no exija suspensión plena del contrato de trabajo⁹. Ello vendrá reforzado por todas las medidas de favorecimiento de los ERTE durante la pandemia, si bien sin que en las mismas se llegue a establecer una relación de preferencia entre reducción de jornada y suspensión contractual.

Será precisamente la última de las reformas de carácter permanente, la de diciembre de 2021, la que viene a apostar por la reducción de jornada antes que por la suspensión contractual. Ya una primera pista nos la da la reforma cuando invierte el orden de

⁹ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

las medidas posibles a adoptar en el caso de los ERTE. En efecto, mientras que el título del precepto en su redacción precedente mencionaba en primer lugar a la suspensión contractual y sucesivamente se refería a la reducción de jornada, el texto vigente invierte el orden, mencionado en primer lugar a la jornada, con lo que refuerza la importancia que se le otorga a la medida frente a la suspensión.

En este caso, no se pueden detectar medidas de incentivo económico para las empresas, que jueguen en el terreno inicial de la *soft law*, como indicábamos sucedía en el apartado precedente para la dualidad ERTE frente a ERE, pues los incentivos económicos juegan en igual medida tanto para la suspensión como para la reducción de jornada.

Por ello, el elemento de novedad se encuentra en que de manera expresa en su articulado viene a establecer la preferencia por la medida de reducción de jornada frente a la medida suspensiva, limitando de nuevo la discrecionalidad empresarial para optar por una u otra medida. Eso sí, lo hace con una importante matización, introduciendo un concepto jurídico indeterminado, de no fácil interpretación, no estableciendo una preferencia absoluta sino condicionada a su viabilidad: “en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”.

El problema en términos aplicativos de esta regla es con qué criterios nos movemos para determinar si la medida de reducción de jornada resulta o no “viable”, comparativamente con la suspensión contractual. Más aún, la dificultad en la aplicación de esta regla en la práctica deriva del hecho de que la opción no es una alternativa absoluta entre la reducción de jornada y la suspensión del contrato de trabajo, por cuanto que también son posibles situaciones intermedias, consistentes en adoptar medidas de reducción de jornada para un grupo de trabajadores, de suspensión de contrato para otros trabajadores, incluso de mantenimiento pleno de la ocupación para un tercer grupo de trabajadores. Como situación singular en el caso del mecanismo RED lo que no se admite es que un mismo trabajador pase en varios momentos de afectación por las situaciones de suspensión y de reducción de jornada, pero admitiendo que unos trabajadores de la empresa estén afectados por suspensión y otros por reducción¹⁰. En todo caso, ante la posibilidad de que se produzcan estas situaciones intermedias, la regla de la preferencia debe interpretarse en el sentido de que, en la medida de lo posible, serán preferibles las fórmulas intermedias a las de la total suspensión de contrato, así como que, dentro de las fórmulas intermedias, serán preferibles aquellas que se decanten por el mayor número posible de reducciones de jornadas frente a suspensiones contractuales. En todo caso, en estos escenarios no cabe la menor duda de que se acentúa la dificultad interpretativa de cuándo procede o no aplicar tal preferencia y en qué términos procede aplicarla. De ahí, la complejidad de interpretar la previsión legal en torno a la “viabilidad” o no de la medida.

¹⁰ “Durante la aplicación del Mecanismo RED cada persona trabajadora solo podrá verse afectada en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, que se produzcan ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas” (disp. transitoria 2ª.2 a RDL 4/2022, de 15 de marzo, BOE 16 de marzo).

Indiscutiblemente, en sentido negativo, podríamos interpretar que tal viabilidad no resulta posible allí donde se ha de producir una paralización completa de la actividad productiva, que aboque a un cierre temporal de la empresa. Eso sí, en sentido contrario, no podemos concluir con automaticidad que allí donde se mantenga la actividad productiva siempre va a ser viable adoptar la medida de reducción de jornada, por cuanto que podría demostrarse que el mantenimiento de esa actividad productiva sólo es viable con continuidad a tiempo completo de los que siguen prestando servicios y suspensión de los que no pueden mantenerse en activo. Eso sí, lo razonable es interpretar que legalmente se excluye una comparación de eficiencia de la medida, en el sentido de que no cabe analizar si en términos de productividad es preferible la suspensión frente a la reducción de jornada. Debe tenerse en cuenta que la ley sólo excluye de esta preferencia los supuestos en los que ello no sea “viable”, que en términos gramaticales es sinónimo de allí donde ello no sea posible, se entiende desde el punto de vista organizativo o productivo, pero no de costes. Hubiera sido deseable en este terreno que el legislador hubiera procedido al necesario desarrollo de la reforma por vía de la aprobación de la correspondiente norma reglamentaria. Posiblemente ello sea el resultado de una reforma que es producto del diálogo social donde, en aras al logro del acuerdo, se desemboca en una redacción de cierta imprecisión, que desde luego no es la más deseable desde el punto de vista de la técnica jurídica y, especialmente, de la seguridad jurídica. Precisamente, ante la opción del legislador por renunciar al desarrollo reglamentario de la medida, ello tiene consecuencias de mayor incertidumbre respecto de los elementos más novedosos de la reforma, como es el que venimos comentando, por añadidura, con un elevado nivel de imprecisión legal. A la vista de ello, no habrá otra alternativa que esperar a la posible interpretación de esta preferencia por vía jurisprudencial y, en particular, del alcance de la exigencia de la viabilidad de la medida.

En tanto que ello suceda, cuando menos, se puede deducir de la exigencia de preferencia por la reducción de jornada una regla de procedimiento. Coincidimos en estos términos con la posición de otros autores que han interpretado que tal preferencia viene a exigir a la dirección de la empresa que estime que la reducción de jornada no es viable que aporte en el curso del expediente y, en particular, en la información que transmita a los representantes de los trabajadores en el trámite de consultas, la justificación de que sólo procede la medida de suspensión contractual, o bien prevalentemente la suspensión contractual¹¹.

6. La conexión con otras vías de reducción de jornada

Aunque no se trate de un asunto que haya surgido a resultas de la última de las reformas, cada vez resulta más necesaria una clarificación legal respecto de los diversos procedimientos a través de los cuales se puede llevar a cabo una reducción de jornada derivada de causas económicas y empresariales. Ello emerge sobre todo a partir del instante en

¹¹ A. DE LA PUEBLA, op. cit., pg. 91. MOLERO MARAÑÓN, op. cit. pg. 3.

que, junto a los mecanismos tradicionales, también a través de los ERTE es posible llevar a cabo medidas de reducción de jornada.

Tres son las posibilidades alternativas legalmente contempladas: primera, la ya mencionada de los ERTE, la segunda a través de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, la tercera por vía de acuerdo individual entre las partes de conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial contemplada en el art. 12.4 e del Estatuto de los Trabajadores.

Ciertamente, algunas pistas se ofrecen en el texto legal, que nos permiten clarificar algunos aspectos, corroborados incluso por vía jurisprudencial. Ante todo, es obvio, a la vista de lo que venimos considerando, que los ERTE se sitúan exclusivamente en el terreno de las reducciones temporales, literalmente así lo indica el actual art. 47 ET y lo confirma algún concreto pronunciamiento¹². Ciertamente, ello determina que la reducción de carácter definitivo, no pueda verificarse por vía de un ERTE, obligando a acudir a una de las otras dos vías. No obstante, ello no deja de plantear ciertas dudas, cuando también por vía jurisprudencia se admite como lícito que en el curso de un procedimiento de regulación temporal de empleo se pacte la posible futura consolidación como definitiva de la reducción de jornada, con la simple opción al trabajador afectado por la extinción indemnizada en caso de que no esté conforme con la conversión en permanente de la reducción de jornada¹³.

Por lo demás, el procedimiento de modificaciones sustanciales, aunque se diseña básicamente pensando en cambios de carácter permanentes, el texto legal no excluye su posible utilización también para modificaciones de carácter temporal, con lo cual se pueden solapar a todos los efectos con los ERTE respecto de las reducciones de jornadas provisionales. En estos casos, se presenta la situación cuando menos delicada de que la opción por una y otra vía nos es inocua en cuanto a sus consecuencias para los trabajadores, por cuanto que a través de los ERTE los afectados tienen derecho a compensar su pérdida retributiva con el derecho a la prestación por desempleo durante el período correspondiente, posibilidad de la que carecen en caso de las modificaciones sustanciales. Esta circunstancia está llamando a una respuesta de clarificación legal, bien en clave de preferencia de los ERTE frente a las modificaciones sustanciales o bien del reconocimiento del derecho a la prestación parcial por desempleo por esta otra vía. En tanto que esa clarificación no se produzca, parece de sentido común que no puede quedar al arbitrio del empleador, según la vía por la que opte, que el trabajador tenga o no derecho a la prestación por desempleo. Por ello, una interpretación contextual y sistemática de la regulación actual debe conducir a interpretar que el empresario está obligado a acudir al procedimiento ERTE de reducción de jornada allí donde ello sea viable y, por tanto, el procedimiento de modificaciones sustanciales sólo se puede utilizar cuando no quepa hacer uso de alguna de las vías de los ERTE.

¹² STS 16 de junio de 2014, rec. 194/2013, ECLI:ES:TS:2014:3467.

¹³ STS 27 de abril de 2017, rec. 95/2016, ECLI:ES:TS:2017:2132.

La única duda que perviviría sería la de la posibilidad de adoptar por vía de las modificaciones sustanciales una reducción de jornada fuera de la horquilla legal permitida para los ERTE, es decir, una reducción de jornada inferior al 10 % o superior al 70 % (art. 47.7 a ET). También aquí sería precisa una clarificación legal, en el sentido de si la voluntad del legislador es que se respete en todo caso esta horquilla máxima y mínima, de modo que se interprete que el legislador no admite que se produzcan reducciones de jornada fuera de dichos límites por vías alternativas. De este modo, la vía de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sólo procedería para las reducciones de jornadas permanentes. Hasta tanto que tal clarificación legal se produzca, parece razonable interpretarlo en términos prohibitivos, tanto por el hecho de que el legislador se esté inclinando porque la superación del límite máximo se orienta hacia una suspensión contractual y porque medida inferior al límite mínimo carece de impacto práctico para hacer frente a la situación de dificultad económica en la que se encuentra la empresa.

Finalmente, también parece conveniente que se clarifique la exigencia de la voluntariedad en el cambio de modalidad contractual, en concreto de tiempo parcial a tiempo completo, especialmente cuando algún pronunciamiento jurisprudencial ha debilitado la exigencia legal de la aceptación del trabajador, aceptando la vía de las modificaciones sustanciales¹⁴.

7. La generalizada exclusión del sector público

Desde la reforma de 2012 se excluyó con carácter general la posibilidad de adoptar medidas suspensivas y de reducción de jornada temporales en el ámbito de las Administraciones Públicas y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos. La única excepción que se contempló es la posibilidad de llevar a cabo ERTE en aquellas entidades públicas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado¹⁵.

La pandemia no incorporó cambio alguno a estos efectos, de modo que se entendió que a los efectos que estamos tratando aquí se presumía que se mantenía la exclusión de referencia. Más aún, en la práctica ni siquiera las entidades públicas que, por financiarse mayoritariamente con ingresos propios, llegaron a utilizar este mecanismo, entendiéndose que en muchos casos estaban atendiendo a servicios esenciales de la comunidad para los

¹⁴ STS de 7 de octubre de 2011, rec. 144/2011, ECLI:ES:TS:2011:7264. Matizando la anterior y con un posible cambio de orientación jurisprudencial, STS 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012, ECLI:ES:TS:2013:2468.

¹⁵ Disposición adicional 21 del Estatuto de los Trabajadores, introducida conforme al Real Decreto Ley, de 10 de febrero, sucesivamente transformado en Ley 3/2012, de 6 de julio, posteriormente incorporado al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), incorporándolo en su disposición adicional 17ª, que es donde se encuentra actualmente.

que no se reducía su actividad o, caso de que se redujese, carecía de sentido que se hiciera frente a las dificultades por esta vía.

La reforma de 2021 ha mantenido el tenor literal de esta disposición adicional, con el único complemento de que, al introducirse los ERTE del mecanismo RED, se ha precisado que esta exclusión también resulta de aplicación a los mismos¹⁶. Más allá de ello, lo único que se ha hecho es suprimir la definición específica de las causas justificativas de los despidos por causas económicas cuando los mismos se adoptan en el ámbito del sector público, si bien se trata de una materia que desborda el objeto de este trabajo y, en todo caso, entendemos que ello ni siquiera repercute de manera indirecta sobre la cuestión que estamos tratando en este apartado.

De manera expresa, la normativa de exclusión en ningún momento llega a explicitar las razones por las que se procedió a excluir al sector público de las medidas de suspensión y de reducción de jornada, si bien es de común aceptación la idea de que las situaciones de excedentes temporales de empleo no deberían llevarse a cabo a través de medidas por medio de las cuales fuesen los fondos que financian la prestación por desempleo quienes hicieran frente a los costes de las mismas. En efecto, se había constatado en el pasado cierto tipo de abuso en este terreno por parte de ciertas Administraciones Públicas, especialmente de las entidades locales, de derivación hacia la Seguridad Social de sobrecostes de las mismas.

Para advertir el reto al que nos enfrentamos en este ámbito, debe tenerse presente al mismo tiempo, que la medida de exclusión en ningún momento ha pretendido ampliar el ámbito de actuación de los despidos por causas económicas dentro del sector público, como fórmula alternativa a la ausencia de medidas suspensivas o de reducción de jornada. Ha de tenerse en cuenta que, en ningún momento, se altera, sino todo lo contrario, la premisa general analizada al principio de que los despidos deben adoptarse ante escenarios de excedentes de empleo estructurales, sin que se haya introducido una causa más amplia, que incluyese también las situaciones coyunturales, para los correspondientes al sector público.

A la vista de ello, no cabe otra alternativa que pensar en un reforzamiento de las medidas estrictas de flexibilidad interna ajenas a las suspensiones y reducciones de jornadas. Es decir, la necesaria articulación de mecanismos ágiles de movilidad funcional, movilidad geográfica y otras modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en el ámbito del sector público. Pero paradójicamente, por la aplicación extensiva de la normativa sobre el empleo público a estos aspectos de las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio del sector público, estas otras medidas de flexibilidad interna son las que encuentran mayores dificultades prácticas de articulación. Por ello, llama la atención que la exclusión de manera generalizada de los ERTE en el ámbito del sector público, no haya venido acompañada de modificaciones legales que refuercen esos otros mecanismos de flexibilidad interna en el ámbito del sector público. Lo único que se ha hecho al efecto es contemplar un mecanismo específico de inaplicación de los convenios colectivos en el

¹⁶ Disposición final 3ª del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

ámbito del sector público por la vía de la actuación unilateral de la propia Administración Pública¹⁷. Se trata de una previsión que se introdujo en el marco de la reforma de 2012 para hacer frente a la crisis financiera de aquel período¹⁸, que ha pervivido como tal a lo largo del tiempo, sin ningún tipo de cambio. Sin poder entrar en estos momentos en el significado y alcance de esta medida¹⁹, baste con señalar que tal medida se contempla y, como tal, se aplica en situaciones de crisis de deuda pública extrema y, desde luego, no puede considerarse como la medida más idónea para actuar como alternativa única a las situaciones de excedentes de empleo que se presentan en determinadas ocasiones en el ámbito del sector público. Por ello, no hay, sino que insistir en la necesidad de reflexionar acerca de las carencias en este terreno dentro de las necesarias reestructuraciones del sector público, que están llamando a una actuación singular para las mismas.

¹⁷ Art. 38.2 Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁸ Art. 7 del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁹ Sobre el particular. J. CRUZ VILLALÓN, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en *Temas Laborales* nº 117 (2012), pgs. 13 ss.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO. *El nuevo marco regulador de los empleados de Hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*. Dykinson, Madrid, 2022, 205 p.

Doi: 10.20318/labos.2023.7647

Hasta hace una década, el trabajo de servicio doméstico (rebautizado a lo largo del siglo XXI para quedar referido al trabajo al servicio del hogar familiar, y así diferenciado entonces del trabajo reproductivo no remunerado prestado casi unánimemente por las mujeres), había venido siendo uno de esos temas poco atractivos a los que solo un grupo reducido de juristas habían dedicado especial atención investigadora. Y entre ellos se encuentra el profesor Guillermo García González, que, desde una óptica de historia del Derecho, pero también del análisis dogmático ha llevado a cabo una labor de estudio de la relación laboral especial de empleador de Hogar. Por eso no es extraño que aborde en esta obra de forma sucinta, pero condensadamente, uno de los hitos normativos más relevantes del Derecho social en las últimas décadas, como es el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (en adelante RDL 16/2022)

Tras la Introducción que enmarca el contexto de la transformación de cultura jurídica que subyace a la nueva norma, dedica tres capítulos al análisis de la misma.

En el capítulo I analiza el nuevo régimen extintivo del contrato de trabajo de las personas empleadas de hogar. De un modo más concreto, reordena las causas extintivas del artículo 49.1. del Estatuto de los Trabajadores (epígrafes 1.1 y 1.2.). Dedicar un apartado especial (el 1.3) al despido disciplinario (causas, procedimiento y calificación) de este tipo de personas tra-

bajadoras, por cuanto la nueva modalidad introducida en el RDL 16/2022 no ha entrado a modificar las reglas precedentes en lo que refiere a la calificación del despido (especialmente en de improcedencia y nulidad) ni a sus efectos. La cuantía indemnizatoria y la readmisión son elementos sensibles que el profesor García González retoma entonces, antes de entrar en el análisis de la eventual modalización del despido objetivo (1.4) y la novedosa modalidad extintiva por causas objetivas que viene a superar (y derogar) el libre desistimiento previsto en el art 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RD 1620/2011) (1.5).

En el Capítulo II se aborda el derecho al desempleo y las otras reformas en materia de protección social que el RDL 16/2022 acomete. Introductoriamente el autor lleva acomete una descripción histórica de la exclusión clásica de este colectivo de trabajadores de la protección por desempleo (2.2.). Enseguida, a partir del detalle del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389-20), se describe de modo integral la reforma legislativa; de forma que, una vez contemplada la protección de la contingencia por desempleo dentro de la acción protectora prevista para las personas encuadradas en el sistema especial de empleados de hogar, se precisan las novedades en materia de cotización.

Simétricamente, aun cuando no se trate en sentido estricto de una materia prestacional, el profesor García González profundiza en la extensión a este colectivo de personas trabajadoras de la protección por el Fondo de Garantía Salarial (2.3), de cuya esfera de salvaguarda habían estado excluidas y que, ahora, provoca nuevas obligaciones también en materia de cotización.

En tercer lugar, se afronta una de las novedades con mayor trascendencia práctica, como es la de la reconducción de los dos regímenes de encuadramiento que se mantenían en el sistema especial de empleador de hogar a uno único, en el que ya no es relevante el número de horas de trabajo pactadas (2.4).

Por último, se cierra el examen de las novedades en materia de seguridad social, con la descripción y valoración del nuevo régimen de beneficios en la cotización, como herramientas de políticas de incentivación del empleo formal en este sector (2.5).

Como consecuencia de la *expertise* manifiesta del autor en materia preventiva, no podía faltar en esta obra un Capítulo III centrado en las novedades que en materia de prevención de riesgos laborales contiene el RDL 16/2022. Esta norma, como enésimo ejemplo de cambio de paradigma legislativo, acaba con la histórica exclusión de la relación laboral especial regulada en el RD 1620/2011 del ámbito de aplicación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos laborales. A estos efectos, el profesor García González afronta un diagnóstico crítico de la reforma a partir de la observación de las razones que habían justificado la exclusión originaria, de los efectos de la doctrina jurisprudencial comunitaria y de la potencia del convenio 189 de la OIT de 2011 sólo muy recientemente ratificado por España (3.2)

Contextualizada entonces la modificación normativa, el autor explora el significado los y alcances reales de la extensión del derecho a la prevención de riesgos laborales (3.3.); tanto desde la órbita estricta del derecho de la persona trabajadora, cuanto de las obligaciones –generales y específicas– y responsabilidades del sujeto empleador. Esa exploración conduce al autor a llevar a cabo una llamada al desarrollo reglamentario. Y para ello incorpora una panorámica

propositiva de eventuales contenidos sustantivos (3.4).

Sin perjuicio de que las primeras 186 páginas de descripción estén pergeñadas de valoraciones argumentadas a la reforma, que se imbrican con las partes puramente analíticas, se dedican aún al final varias páginas más a sintetizar Conclusiones Prospectivas que combinan un balance crítico y constructivo de la norma examinada.

La obra concluye con una selección bibliográfica cuidadosamente seleccionada que enriquece el comentario actualizado de la nueva norma.

En suma, podría terminarse afirmando que esta monografía responde fidedignamente a su título. Porque efectivamente ofrece una aproximación crítica, pero en la que está presente el rigor científico fundamentado a partir de enfoques estrictamente positivistas, pero también desde la historia del Derecho del Trabajo. Contribuye entonces, en un momento de giro en la cultura legislativa, a hacer una labor no meramente descriptiva de la novedad normativa. Porque, de un lado, dota de valor a un tema de gran relevancia desde la perspectiva de género –el trabajo al servicio del hogar– en el que el autor es experto. Más allá de eso, lo hace desde un ámbito –el de la prevención de riesgo laborales– es el que está manifiestamente especializado; de suerte que, con modestia, propone contenido jurídico-técnico a eventuales futuros desarrollos del nuevo derecho a la seguridad y salud laboral de los empleados del hogar.

Huelga el agradecimiento por aportar una obra de estas características a nuestras bibliotecas.

María Gema Quintero Lima

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid
ORDID: 0000-0002-0014-2709