

LEX LABORUM

BOLETÍN JURÍDICO SOCIAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA.

Nº3 | abril 2023



SUMARIO:

LA DURACIÓN DE LOS PERMISOS POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENORES EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

Davinia Carolina García Molinero. Juez titular del Juzgado de lo Social n.º 1 de Arrecife, Lanzarote.

AMPLIACIÓN DE LA ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Pilar Giménez Pérez. Magistrada del Juzgado Social nº6 de Granada.



ESTADO DE DERECHO Y CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA

María José Hernandez Vitoria. Presidenta Sala Social Tribunal Superior Justicia Aragón.

EL DEBATE DE LA JORNADA LABORAL SEMANAL DE CUATRO DÍAS

Jesús Lahera Forteza. Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Complutense.

FIJOS DISCONTINUOS TRAS LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16 ET

Óscar López Bermejo. Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla.

LEX LABORUM

Boletín Jurídico Social de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
ajfv@ajfv.es

COMITÉ EDITORIAL:

Susana María Molina Gutiérrez.
Óscar López Bermejo.
María del Pilar Giménez Pérez.
Martín José Mingorance Gacía.

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook
Diseño: Fotografía escogida por Óscar.

ISSN: 2605-275X

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Exención de responsabilidad: “Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de estos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Asimismo, el Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoriano se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos”.

Sumario

03

LA DURACIÓN DE LOS PERMISOS POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENORES EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

Davinia Carolina García Molinero.
Juez titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Arrecife,
Lanzarote.

11

AMPLIACIÓN DE LA ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Pilar Giménez Pérez.
Magistrada del Juzgado Social nº6 de Granada.

16

ESTADO DE DERECHO Y CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA

María José Hernandez Vitoria.
Presidenta Sala Social Tribunal Superior Justicia
Aragón.

22

EL DEBATE DE LA JORNADA LABORAL SEMANAL DE CUATRO DÍAS

Jesús Lahera Forteza.
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense.

28

FIJOS DISCONTINUOS TRAS LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16 ET

Óscar López Bermejo.
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla.

LA DURACIÓN DE LOS PERMISOS POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENORES EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

Davinia Carolina García Molinero

Juez titular del Juzgado de lo Social n.º 1 de Arrecife, Lanzarote.

I. LOS PERMISOS DE MATERNIDAD: BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

La protección social de la maternidad, de reciente conquista histórica, tuvo como fundamento no sólo preservar la salud de la mujer, sino también el adecuado desarrollo y crianza del menor.

Su origen, en España, debe fijarse a principios del S. XX. momento en el cual se acentuó el cambio desde una economía agraria hacia una economía industrial, traduciéndose en un éxodo del campo a las ciudades. En este contexto, empezó a visibilizarse el trabajo de las mujeres en la industria, y de la mano de este cambio se comenzaron a promulgar leyes tales como la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, y poco después, la Ley de 13 de marzo de 1900 reguladora de las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños; en su artículo 9 se recogía que: “No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya

solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento. Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia.”

El paso siguiente se consiguió con el Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 relativo al Seguro de Maternidad. En su preámbulo se establecía que “El seguro obligatorio de Maternidad es necesario para cumplir un compromiso internacional; para acabar con la inconsecuencia de imponer un descanso y, por lo tanto, la pérdida de salario, sin la indemnización correspondiente; para velar por la vida y la salud de la madre obrera y de sus hijos y, por consiguiente, aumentar el valor biológico de la raza. Este seguro ha sido sólidamente preparado por el órgano

del Estado para los seguros sociales, que es el Instituto Nacional de Previsión, aprovechando la experiencia del subsidio de Maternidad, y llega a la “Gaceta” con el apoyo de amplias manifestaciones de opinión, especialmente de las clases trabajadoras, después de haber sido informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional.”

Posteriormente, llegaría el Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 que implantó el Seguro obligatorio de maternidad, el Decreto de 11 de julio de 1941 que creó el Seguro obligatorio de enfermedad, siendo una de las contingencias previstas, la maternidad, o la Ley de 18 de junio de 1942, en la que se protegía en el régimen especial de seguro de maternidad a las mujeres de los trabajadores afiliados.

Desde entonces hasta ahora, la protección de la maternidad ha visto importantes modificaciones, especialmente en los últimos años, siendo la reforma más importante la operada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta ley creó el permiso de paternidad, con la finalidad de conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, consistente en una prestación del 100% de la base reguladora con una duración de 13 días, en los mismos supuestos previstos para la prestación de maternidad, aprobándose su ampliación hasta las cuatro semanas, y tras el Real Decreto Ley 6/2019 de 1 marzo, hasta las 16 semanas, tal y como está recogido a día de hoy en el apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde un punto de vista biológico, la finalidad de los permisos parentales consiste en suplir una de las necesidades primarias del ser humano, que es establecer vínculos afectivos percibidos como incondicionales y duraderos desde corta edad. Se ha demostrado que, en los primeros meses de vida, si el desarrollo tiene lugar de modo armónico, esta necesidad se satisface a través del cuidado y atención recibidos de la madre. Diversos estudios han demostrado su importancia para el desarrollo socioemocional del niño y de la especie en general. De esta manera, tanto durante el embarazo como después, en la lactancia, tienen lugar una serie de cambios neurobiológicos, especialmente en el cerebro de la madre, destinados a garantizar el desarrollo óptimo de la descendencia. Los estudios muestran que ya incluso en la gestación, el parto y durante las primeras interacciones maternofiliales, se producen cambios estructurales, funcionales y neuroendocrinos en el cerebro materno, producidos especialmente por las hormonas oxitocina y estradiol, que predisponen a la madre hacia el cuidado y atención de su bebé, llegando a afectar al cerebro infantil y su desarrollo en los primeros años y en los posteriores, siendo incluso transgeneracionales los efectos de estas primeras interacciones maternofiliales sobre el cerebro y desarrollo infantil. No obstante, recientemente los estudios científicos sugieren que también la paternidad modifica el cerebro del padre, preparándolo para el cuidado de los hijos y favoreciendo su implicación en la crianza, lo cual, justificaría los relativamente recientes permisos de paternidad.

II. LA DURACIÓN DEL PERMISO ACTUALMENTE

El derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante el tiempo establecido en el art. 48.4 ET, es, en primer lugar, un derecho individual de los trabajadores, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, y es, además, un derecho autónomo porque siempre se tiene derecho a la suspensión, independientemente de que se cumplan los requisitos recogidos en las normas de la Seguridad Social para poder acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

La duración del permiso es la misma para ambos progenitores, no obstante, se establecen una serie de especialidades:

.- Para la madre biológica, se suspende el contrato de trabajo durante 16 semanas, de las cuales son obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que han de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

No obstante, hay que destacar la posibilidad que se le concede a la madre biológica de anticipar el ejercicio de su derecho hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista para el parto.

.- Para el otro progenitor, la duración es de 16 semanas, de las cuales son obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que han de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se ve reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

En cuanto al asunto aquí debatido, la cuestión de si un progenitor monoparental tiene derecho a acumular a su permiso por nacimiento el que tendría el otro progenitor, ha sido cuestión muy debatida en las sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia. Algunas sentencias lo desestimaban por entender que se trataba de una competencia propia del poder legislativo (STSJ Comunidad Valenciana, Social sección 1 del 19 de octubre de 2021, ROJ: STSJ CV 4451/2021 - ECLI:ES:TSJCV:2021:4451).

Otras sí que habían estimado la acumulación atendiendo al principio de no discriminación de las mujeres e interpretación con perspectiva de género, así como en el superior interés del menor; entre éstas últimas, unas lo estimaban, pero excluyendo las seis semanas de disfrute obligatorio (STSJ País Vasco, Social sección 1 del 06 de octubre de 2020, ROJ: STSJ PV 396/2020 - ECLI:ES:TSJPV:2020:396; STSJ Madrid, Social sección 2 del 13 de octubre de 2021 ROJ: STSJ M 11048/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:11048; STSJ Castilla y León, Social sección 1 del 21 de julio de 2022, ROJ: STSJ CL 3242/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:3242) y otras han admitido la acumulación de la totalidad del permiso (STSJ Cataluña, Social sección 1 del 29 de noviembre de 2022 ROJ: STSJ CAT 9227/2022 -

ECLI:ES:TSJCAT:2022:9227)

No obstante, la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 169/2023, de 02 de marzo (ROJ: STS 783/2023 - ECLI:ES:TS:2023:783), viene a unificar la doctrina en esta materia.

La duración del permiso es la misma para ambos progenitores, no obstante, se establecen una serie de especialidades:- Para la madre biológica, se suspende el contrato de trabajo durante 16 semanas, de las cuales son obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que han de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO 169/2023 DE 2 DE MARZO

Como ya se ha adelantado, la Sentencia del Tribunal Supremo 169/2023, de 2 de marzo, que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina n.º 3972/2020 tenía las dudas en relación a los distintos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia relativos a la acumulación del permiso de paternidad y el de maternidad en el caso de familias monoparentales. El

procedimiento tenía por objeto resolver si en una familia monoparental, la progenitora que había disfrutado de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tenía derecho a acumular la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor en caso de haber existido.

En primera instancia el Juzgado de lo Social número cinco de Bilbao desestimó la demanda

En suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso y reconoció el derecho de la actora a disfrutar de ocho semanas más de prestación por nacimiento y cuidado del menor.

El recurso de casación fue interpuesto por el Ministerio Fiscal, en base al art. 219.3 LRJS por no existir doctrina unificada en la materia propuesta, conforma al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, entre otros supuestos, en aquellos en los que las normas cuestionadas sean de reciente vigencia o aplicación por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos del apartado 1 del mencionado artículo 219 LRJS. Las normas cuestionadas fueron introducidas por el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo que a la formulación de la demanda objeto de dicho procedimiento, apenas llevaba unos meses en vigor.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo examina la reforma introducida por el RD Ley 6/2019, y concluye que el permiso por

nacimiento y cuidado de menor, se trata de una prestación contributiva de la que serán beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el artículo 48 ET, siempre que además del alta o situación legalmente asimilada, reúnan el período de carencia que se determina en el propio precepto; además, la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del interesado (artículo 179 LGSS) y su subsistencia durante el período de disfrute se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 180 LGSS). De lo que deduce, por un lado, que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación; y, por otro, que, en algunas ocasiones, el disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 ET no lleva aparejado necesariamente el acceso a la prestación. Entiende que declarar el derecho a la acumulación de ambas prestaciones supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. También, supondría, necesariamente, modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo recogida en el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que afectaría al empleador, que se vería

obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

Así, entiende el Tribunal Supremo que se estaría alterando la función de los jueces consistente en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, no en su creación. Una modificación de semejante magnitud únicamente compete al poder legislativo, pues la modificación del régimen de la Seguridad Social o la suspensión del contrato de trabajo ope legis, no puede ejecutarse vía aplicación e interpretación de la norma. La Sala Cuarta resuelve conforme a la jurisprudencia constitucional, - como por ejemplo, la STC 197/2003, de 30 de octubre -, señalando que si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales “es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -art. 53.3 CE-”, sin embargo “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable.

En lo relativo al derecho de la Unión Europea, concluye que la normativa vigente en la materia cumple con las exigencias de la Directiva 2019/1958,

en cuyo preámbulo «se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros»

En siguiente lugar, la Sala de lo Social analiza el interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio que debe ser utilizado por los Tribunales. Destaca que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está presente la atención a ese singular interés, pero que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar la normativa, puesto que tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en la crianza del menor. El legislador, al crear la norma, ya ha realizado la ponderación de ambos intereses, en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que el Estado tiene que atender. Y tal ponderación, no puede ser obviada por los jueces, ya que la norma se ajusta tanto a la Constitución como al resto de normas internacionales aplicables.

Además, el tipo de familia objeto del procedimiento no es la única clase de familia monoparental existente, toda vez que según los datos del INE las familias monoparentales como las del supuesto analizado representan únicamente un 15,8% del total.

Concluye el Tribunal Supremo que ésta se trata de una circunstancia conocida por el legislador, que no ha querido regularla de forma distinta, puesto que el parlamento no aprobó una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y en el mismo sentido, el Senado ha desestimado una enmienda, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: “en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera”. (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

La Sentencia contiene un voto particular del Magistrado don Ignacio García Perrote Escarpín, al que se adhirió la Magistrada doña Rosa María Viroles Piñol.

Los Magistrados, en el voto particular, analizan la Constitución, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y las leyes orgánicas de protección de niños y menores, que establecen que el interés superior del menor debe tener una

consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor, y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer. Añaden que estos preceptos mencionan expresamente a los «tribunales», los cuales, en las medidas que adopten referidas a los niños, han de atender a la consideración primordial del interés superior de éstos.

En segundo lugar, los Magistrados sostienen que la sala ya ha realizado en precedentes ocasiones una interpretación integradora de las normas laborales y de seguridad social aplicables para proyectarlas sobre supuestos no expresamente contemplados en dichas normas. Y la sala ha llevado a cabo esa interpretación integradora en base, precisamente, al interés superior del menor y a la perspectiva de género, en casos, como por ejemplo la STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 que concede las prestaciones de seguridad social solicitadas en un caso de «gestación por sustitución». Que, en otras ocasiones, por la vía de la interpretación con perspectiva de género, la Sala Cuarta aplica la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social.

En último lugar, los Magistrados señalan la progresiva configuración, siempre en sentido ampliatorio, de las prestaciones de la seguridad social, así como de las causas de suspensión a ellas anudadas,

en supuestos similares al aquí enjuiciado. Que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por su propia naturaleza, regula supuestos concretos que se consideran apremiantes, dejando de lado otras circunstancias, de tal forma que se centra en igualar la duración de la suspensión del contrato de ambos progenitores en familias biparentales, a fin de lograr la corresponsabilidad en la crianza de los hijos.

Concluye el Tribunal Supremo que ésta se trata de una circunstancia conocida por el legislador, que no ha querido regularla de forma distinta, puesto que el parlamento no aprobó una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales

IV. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que pueden darse situaciones desiguales entre las familias monoparentales y las biparentales a la hora del disfrute del permiso por nacimiento y cuidado del menor, como ya destacó el Tribunal Supremo en la Sentencia aquí analizada, algunas familias biparentales pueden verse en

una situación menos ventajosa, toda vez que para ellas se establece, como regla general, el carácter contributivo del subsidio.

Y así los arts. 357, 358 y 361 LGSS regulan la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres con discapacidad.

Se prevé la percepción de esta prestación no contributiva en los casos de nacimiento o adopción de hijo en España en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición, en una familia monoparental o en aquellos supuesto en los que las madres o los padres padezcan una discapacidad igual o superior al 65% en el momento del parto o la adopción.

En cuanto a la familia monoparental, se entiende por tal a la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia

La cuantía económica de la prestación por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres discapacitados, consiste en un pago único de 1.000 €.

Por lo tanto, si bien es cierto que no en todos los casos las familias monoparentales sufren una discriminación en materia de percepción de la prestación económica, sí que debe de concluirse que a día de hoy, tal y como se encuentra la legislación, sufren una desventaja en cuanto al tiempo de suspensión del contrato de trabajo a fin de dedicarse al cuidado del hijo, que es, en definitiva, el fin último

que persigue dicha suspensión.

BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, María Amparo, “La prestación de maternidad” 1º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Martínez García, María Luisa “Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad” 1º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Escolano Pérez Elena “El cerebro materno y sus implicaciones en el desarrollo humano”, en Revista neurología, vol. 56, n.º 2, págs. 101-108, 2013.

La cuantía económica de la prestación por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres discapacitados, consiste en un pago único de 1.000 €

AMPLIACIÓN DE LA ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Pilar Giménez Pérez.
Magistrada del Juzgado Social nº6 de Granada.

I. Introducción:

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo goza de protección en la esfera del proceso judicial, evitando irregularidades procesales que produzcan indefensión a la parte, sino que amplía su alcance a la llamada garantía de indemnidad del trabajador. Con la misma se impide que la persona trabajadora pueda ser despedida como represalia al ejercicio de sus derechos.

La protección de la garantía de indemnidad se extendía a la reclamación judicial y así mismo a los actos preparatorios de esa reclamación realizados en la propia empresa, pero no todos los tribunales consideraban que idéntica protección debiera reconocerse cuando tales actos preparatorios no desembocaban en una demanda. La STS, Sala IV, núm. 917/2022 de 15 de noviembre, ha venido a unificar la doctrina al respecto.

II. Resolución comentada:

Tipo: Sentencia
Órgano: Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Nº de resolución 917/2022
Fecha 15 de noviembre de 2022

Ponente: Juan Molins García –Atance.
Votos particulares: no existen

III. Problemática suscitada y términos de la contradicción:

Con fecha 29 de octubre de 2020, por el Juzgado de lo Social número Uno de Valladolid se dictó sentencia declarando nulo el despido del trabajador D. Jenaro por parte de MIVA 2011 S.L.U. constando como hechos probados que *Con fecha 26 de junio de 2020 envió al empresario vía whass la relación de horas extraordinarias, el día 29 de junio expresó su desacuerdo en relación a que no se figurara y abonara el exceso de jornada, recibiendo en el día siguiente carta de Despido. El motivo del mismo era la comisión de la falta que a continuación se detalla y que se califica como muy grave. Se está constatando por parte de nuestra empresa Un bajo rendimiento voluntario en sus obligaciones. Esta actitud está ocasionando unos graves perjuicios a esta empresa.*

Interpuesto recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, la misma dictó sentencia en fecha 26 de abril de 2021 revocando el pronunciamiento de instancia y

declarando el despido improcedente, al entender que no se podía concluir que, del envío por parte del trabajador de los WhatsApp reclamando a la empresa las horas extraordinarias, se infiriese que éste tenía la intención de reclamar judicial o extrajudicialmente frente a la empresa. Entiende dicho tribunal que en ese caso el despido no puede considerarse una reacción de la empresa a una denuncia o situación equiparable.

Frente a dicha resolución se plantea por el trabajador recurso de casación para unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución, del art. 5.c) del Convenio 158 de la OIT y de la doctrina establecida en la sentencia del TC 140/1999, alegando que la garantía de indemnidad debe incluir los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción.

La sentencia de contraste alegada, dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 14 de septiembre de 2004, recurso 1350/2004, enjuicia el despido disciplinario de tres trabajadores por supuesta disminución del rendimiento en el trabajo y argumenta que esos trabajadores realizaron un exceso de jornada que no había sido remunerado y cuando así lo expusieron al empresario, éste les despidió. *La sentencia sostiene que cualquier acto previo al proceso exige la manifestación de la pretensión dentro de la misma empresa para preparar la ulterior reclamación. Por ello, considera que difícilmente se puede defender la tutela judicial efectiva cuando se cercena a limine la posibilidad de la reclamación.*

Los términos del debate se centran por tanto en determinar que actos de reclamación interna ponen en marcha el mecanismo protector del trabajador de la garantía de indemnidad, pues es claro en los supuestos en los que la reclamación ha precedido a una reclamación judicial y tras ella se ha producido el despido, e incluso en aquellos otros casos en los que se ha anunciado dicha reclamación judicial y ello ha motivado el despido, pero no así cuando éste tiene lugar tras la simple manifestación de la persona trabajadora de la disconformidad o desacuerdo con determinadas condiciones de trabajo o conductas del empleador.

considera que difícilmente se puede defender la tutela judicial efectiva cuando se cercena a limine la posibilidad de la reclamación.

IV. Normativa aplicable:

1. El art. 24.1 de la Constitución establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.
- 2.- Los arts. 5.c) y 12.1.a) del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo disponen: “Art. 5. Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo

figuran los siguientes:

(c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes

Art.12.1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

(a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o

(b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.”

3.- La Recomendación 130 de la OIT sobre el examen de reclamaciones estatuye:

“2. Todo trabajador que juzgue tener motivos para presentar una reclamación, y que actúe individualmente o junto con otros trabajadores, debería tener derecho:

(a) a presentar dicha reclamación sin que pueda resultar para el interesado o los interesados ningún perjuicio por el hecho de haberla presentado;

(b) a que se examine su reclamación de conformidad con un procedimiento

adecuado.”

V. Decisión y conclusiones:

La sentencia analizada estima el recurso de casación, revocando parcialmente la sentencia de suplicación y confirmando el pronunciamiento de nulidad de la instancia (modificando únicamente la fecha de abono de los salarios de tramitación).

Resultan esclarecedoras las siguientes conclusiones que recoge la sentencia:

*La garantía de indemnidad es un instrumento jurídico cuya finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que ha desplegado su virtualidad en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art.24 de la Constitución. Su función consiste en permitir que el trabajador ejercite sus derechos frente al empresario sin el riesgo de recibir de éste una reacción de represalia.

*No toda reclamación interna es seguida de una reclamación judicial.

Por el contrario, con carácter general, las reclamaciones judiciales de derechos están precedidas de la manifestación por parte del trabajador al empleador de su disconformidad con algún aspecto de la relación laboral.

*Ese despido, inmediatamente después de la reclamación, imposibilitó que el actor efectuara ninguna reclamación judicial. Dicha imposibilidad es únicamente

imputable al empleador.

* Como regla general, las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad. Pero si un trabajador efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario, por lo que, en ese concreto contexto temporal, opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la Constitución.

Al no haberlo hecho, debemos concluir que el despido enjuiciado vulneró la garantía de indemnidad del demandante, por lo que debe declararse nulo.

La tesis contraria incentivaría que, ante cualquier reclamación interna en el seno de la empresa, el empleador procediera a despedir inmediatamente al trabajador, antes de que éste pudiera ejercitar la reclamación judicial, con la finalidad de evitar la declaración de nulidad del despido.

VI. Comentario:

La inclusión de los actos preparatorios dentro de la garantía de indemnidad como medio para proteger cualquier

reivindicación de sus derechos por parte del trabajador es algo que no resultaba ya discutido, y la propia relación de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo que recoge la sentencia así lo constatan. Como consta en la STC 55/2004 de 19 de abril *“el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial”*.

Pero en los pronunciamientos judiciales previos en este sentido, el factor denominador común era la voluntad de plantear la correspondiente acción ante los tribunales, constatándose que efectivamente había una intención de reclamar judicialmente y por ello esos actos, como paso previo, están protegidos por la misma garantía de indemnidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador.

El debate ha estado presente y algunos Tribunales Superiores de Justicia ya venían ampliando la protección a las reclamaciones internas que

razonablemente se hacen dentro de la buena fe de las relaciones laborales ya que “el ejercicio de un derecho, exige dentro de los parámetros de la comunicación social la manifestación de la pretensión, dentro del seno empresarial, como exigencia de actos de heurística propio de cualquier proceder humano”¹ y no proteger dichos actos que motiven una reacción de despido del empresario ante cualquier reclamación de sus derechos supondría obligar al trabajador a demandar sorpresivamente ante los tribunales para asegurarse una protección en caso de que, ante cualquier sospecha de reclamación, pudiera ser despedido. Incluso se había protegido la exteriorización de la voluntad de acudir a los tribunales, hecho que por el cese inmediato se desconoce si habría tenido o no lugar, en supuestos como aquellos en los que la empresa recibe una carta del letrado del trabajador².

La diferencia en esta Sentencia 917/2022, que unifica definitivamente los criterios contrapuestos existentes, es que el ámbito de protección se va a ampliar a aquellos supuestos en los que no hay reclamación judicial posterior a los actos preparatorios pues es el propio empresario quien cercena la posibilidad de plantear cualquier acción mediante el despido inmediato del trabajador. Y, como bien indica la resolución analizada, no entenderlo así supondría incentivar al empresario a despedir de forma inmediata al trabajador en cuanto se le ponga de manifiesto de manera interna una reclamación de derechos, para evitar de tal forma que

se active la garantía de indemnidad que protege a dicho trabajador.

La garantía de indemnidad es un instrumento jurídico cuya finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que ha desplegado su virtualidad en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 de la Constitución. Su función consiste en permitir que el trabajador ejercite sus derechos frente al empresario sin el riesgo de recibir de éste una reacción de represalia.

¹ Así lo señala la propia sentencia de contraste STSJ del País Vasco 1721/2004 de 14 de septiembre.

² Supuestos como el de la STSJ de Andalucía, Sala de Granada, 1202/2007.

ESTADO DE DERECHO Y CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA

María José Hernández Vitoria
Presidenta Sala Social Tribunal Superior Justicia Aragón

En el momento de escribir esta colaboración para la “Revista Social” de la Asociación Judicial “Francisco de Vitoria” se encuentra en trámite la gestión del Plan de recuperación para Europa, un instrumento financiero temporal dotado de 2.018 billones de euros que constituye el mayor programa de estímulo financiado en la historia de Europa y tiene como fin ayudar a reconstruir la Europa posterior a la pandemia COVID-19¹. Ese Plan ha sido articulado a través de un denominado “Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”, cuya base jurídica se encuentra en el Reglamento (UE) 2021/7241². Condición imprescindible para beneficiarse del Plan es el cumplimiento de las obligaciones inherentes al Estado de Derecho por parte de los países que pretenden ser receptores de los fondos³, destacando que ese respeto implica una serie de obligaciones entre las cuales, de forma muy preferente, la independencia judicial

y la lucha contra la corrupción, conforme ha sido puesto de relieve en la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2022 (DOUE 7/2/23), una corrupción que se enseorea especialmente en el campo de la subcontratación pública de algunos países, siendo precisamente la lucha contra la corrupción lo que nos lleva a reflexionar en este momento sobre su trasfondo laboral en la subcontratación pública, de tanta incidencia en el mundo laboral.

La subcontratación como fenómeno de organización productiva crece y crece cada día, tanto en España como en el resto de países de la Unión Europea, a medida que las sociedades demandan mayores servicios públicos. Los datos objetivos de nuestro país dan muestra de ese crecimiento, pese a los coletazos de la recesión económica derivada de la pandemia COVID 21, tal como atestigua el OIReScon⁴ en su informe Anual de Supervisión de la Contratación pública en España en 2021, oficialmente presentado

¹ <https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe/es#el-mayor-paquete-de-estmulo-jams-financiado>.

² Reglamento (UE) 2021/7241, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE 18/2/21).

³ Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DOUE 22/12/20).

⁴ OIReScon, Organismo creado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

en 22/12/22⁵. Un fenómeno de esa envergadura tiene una relevancia social que no solo se manifiesta en el frente económico, sino también en el político y en el laboral.

No cabe duda de que la subcontratación incide en el mundo laboral en diversos aspectos, razón por la que desde hace tiempo ha determinado la adopción de medidas legislativas de protección de los trabajadores. Unas han puesto su mirada en la estabilidad en el empleo de quienes se ven afectados por la sucesión de empresas contratistas, estableciendo el mecanismo de la subrogación empresarial, figura jurídica cuyo perfil se ha ido agrandando al compás de la evolución de la doctrina del TJUE en la materia⁶. Otra medida reciente, debida a la reforma laboral operada por RD Ley 32/21⁷, ha centrado su atención en la equiparación de condiciones laborales de trabajadores de empresa principal y contratista, reformando con tal fin el art. 42.6 ET y fijando de este modo un mecanismo de seguridad jurídica sobre el marco normativo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas. Pero los

problemas laborales que lleva asociada la subcontratación pública requieren que miremos las etapas tempranas de su gestación, las fases de licitación y de adjudicación del contrato, con innegable repercusión en las condiciones laborales de los trabajadores que intervienen en la ejecución de la contrata y, como resulta de la doctrina del TJUE, también en el Estado de Derecho.

La doctrina judicial europea en estas materias no es nueva y ha sido puesta de relieve en varias importantes sentencias, dictadas tanto en recursos de anulación como en respuesta al planteamiento de cuestión prejudicial. En la sentencia del Pleno del TJUE de 16 de febrero de 2022 (Asunto C-156/21) se resolvió el recurso de anulación interpuesto al amparo del artículo 263 TFUE por Hungría contra el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, y en la sentencia del Pleno del TJUE de la misma fecha (Asunto C-157/21) se resolvió el recurso de anulación interpuesto por Polonia contra esos mismos Organismos europeos. En ambos casos se solicitaba, con carácter principal, la anulación del citado Reglamento (UE, Euratom) 2020/209; con carácter subsidiario la anulación de algunos de los artículos de ese Reglamento. Éste establece las disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho por los países miembros cuando afecten, o amenacen con afectar, gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión, para lo que acuerda la adopción del denominado

5 Informe Anual de Supervisión de la contratación pública de España de 2021 (IAS 2021): Volumen por importe económico (sin impuestos) del sector público español:

Estatal 35.417.680.054

Autonómico 30.935.498.213

Local: 30.502.258.174

Total: 96.855. 436.442.

<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>

6 Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

7 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre el Estado de Derecho y la posible aprobación del plan nacional de recuperación polaco (MRR) (2022/2703(RSP)) (2022/C 493/10) (DOUE 27/12/22).

“mecanismo de condicionalidad”, que supedita la percepción de financiación de los Estados miembros con cargo al presupuesto de la Unión al cumplimiento de determinadas condiciones, esencialmente el respeto al Estado de Derecho tal como es entendido en las Instituciones de la Unión. En esencia, lo que se planteaba en esos recursos era que las medidas acordadas para conseguir su objetivo incluían la congelación de fondos de la Unión a los países que incurriesen en conductas que pudiesen afectar la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión, sobre la base de que ese proceder incidía en los valores propios del Estado de Derecho de la Unión, y tanto Hungría como Polonia, que no compartían los principios de lo que la Unión entendía por Estado de Derecho, alegaron en las demandas con las que promovieron sus citados recursos, entre otras varias cuestiones, que el vínculo entre la vulneración de los principios del Estado de Derecho y el presupuesto de la Unión era demasiado tenue y que, si se admitiera ese nexo como mecanismo de privación de fondos de la Unión, ese concepto de Estado de Derecho acabaría imponiéndose en importantes aspectos de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, sobre los que la Unión carece de competencias normativas.

Más allá de los aspectos económicos y financieros de los densos y extensos razonamientos de las sentencias con las que se desestimaron ambos recursos, lo que nos importa en este momento de ellas es la doctrina que fija el Tribunal a propósito del lazo que existe entre Estado de Derecho, recta gestión económica de

los intereses públicos y subcontratación laboral, doctrina expuesta bajo un razonamiento que se sintetiza en particular en los fundamentos 125 y 126 de la primera de las citadas sentencias, en estos términos:

“125 En efecto, como se señala en el considerando 5 del Reglamento impugnado, cuando un Estado candidato se convierte en Estado miembro, se integra en una construcción jurídica que se basa en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, los valores comunes que figuran en el artículo 2 TUE, en los que se fundamenta la Unión. Esta premisa forma parte de las características específicas y esenciales del Derecho de la Unión, derivadas de su propia naturaleza, que resultan de la autonomía de que goza dicho Derecho respecto de los Derechos de los Estados miembros y del Derecho internacional. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica [véase, en este sentido, el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 166 a 168; sentencias de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C 64/16, EU:C:2018:117, apartado 30, y de 20 de abril de 2021, Republika, C 896/19, EU:C:2021:311, apartado 62]. Dicho considerando precisa, asimismo, que la legislación y las prácticas de los Estados miembros deben seguir respetando los valores comunes en los que se fundamenta la Unión.

126 *De ello se sigue que el respeto por un Estado miembro de los valores que figuran en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro (sentencias de 20 de abril de 2021, Republika, C 896/19, EU:C:2021:311, apartado 63; de 18 de mayo de 2021, Asociația «Forumul Judecătoriașilor din România» y otros, C 83/19, C 127/19, C 195/19, C 291/19, C 355/19 y C 397/19, EU:C:2021:393, apartado 162, y de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, C 357/19, C 379/19, C 547/19, C 811/19 y C 840/19, EU:C:2021:1034, apartado 162). En efecto, el respeto de estos valores no puede reducirse a una obligación que un Estado candidato está obligado a cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión”.*

Y más adelante añade el fundamento 132: *“En particular, el cumplimiento de estas condiciones y objetivos, como elementos del Derecho de la Unión, no puede asegurarse plenamente a falta de una tutela judicial efectiva destinada a garantizar el respeto del Derecho de la Unión, debiendo precisarse que la existencia de dicha tutela, tanto en los Estados miembros como en el ámbito de la Unión, por órganos jurisdiccionales independientes es inherente a un Estado de Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, C 357/19, C 379/19, C 547/19, C 811/19 y C 840/19, EU:C:2021:1034, apartados 219 y 222”.*

Con esta fundamentación se evidencia que las normas de la Unión forman parte de un auténtico sistema jurídico, tutelado judicialmente, de tal forma

que sus disposiciones no pueden interpretarse prescindiendo de los valores que alumbran ese sistema. Y ésta es la razón por la que la conexión fondos de recuperación/Estado de Derecho ha determinado que Polonia tenga graves dificultades para acceder a esos fondos de recuperación, como se evidencia en la contundente Resolución del Parlamento Europeo de 9 de junio de 2022⁸ y que, en lo que se refiere a Hungría, la entrega efectiva de la dotación que en principio tenía asignada haya sido suspendida por las autoridades competentes de la Unión⁹.

Esa misma defensa del vínculo existente entre recta administración por parte de los países miembros de los fondos que reciben de la UE y el principio de tutela judicial efectiva, materializado en un poder judicial independiente, va a ser resaltado por el TJUE en la sentencia de 17 de noviembre de 2022 (C-54/21), esta vez con ocasión de resolver una cuestión prejudicial sobre contratación pública regulada en la Directiva

8 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre el Estado de Derecho y la posible aprobación del plan nacional de recuperación polaco (MRR) (2022/2703(RSP)) (2022/C 493/10) (DOUE 27/12/22).

9 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7273

La Comisión Europea mantiene que más de un tercio de las medidas anticorrupción emprendidas por Hungría tienen que ver con la contratación pública, un país donde el 50% de las licitaciones solo tienen un postor (cinco veces por encima de la media europea) y las empresas conectadas con el partido político presidido por el actual presidente del país tienen hasta un 130% más de posibilidades de ganar frente a otros competidores. Adicionalmente, las iniciativas en las que se denuncia la corrupción se pierden en una Fiscalía muy politizada y jerarquizada. Por estas razones la Comisión europea ha decidido mantener la propuesta inicial presentada el 18 de septiembre de 2022 de suspender el 65 % de los compromisos asignados a Hungría en tres programas operativos en el marco de la política de cohesión, por un importe de 7 500 millones EUR.

2014/24/UE¹⁰. Desde esta perspectiva la sentencia examina la posición del licitador de un contrato público que había presentado una oferta admisible y que, tras ser rechazada, solicitó al poder adjudicador que le comunicase no solo los motivos por los que había desestimado su oferta sino también las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada y el nombre del adjudicatario. Tales peticiones se justificaban en el derecho del solicitante de comprobar si verdaderamente se había respetado su derecho a una buena administración¹¹, ya que este principio incluye, entre otros, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial así como la obligación de la Administración de motivar adecuadamente sus decisiones a fin de que quienes se sientan perjudicados por ellas dispongan de los elementos de juicio necesarios para impugnarlas en vía judicial.

No obstante, los mecanismos para eludir y obviar las reglas de la buena administración inherentes a la subcontratación pública

10 DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE 28/3/14).

11 CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Artículo 41 Derecho a una buena administración

"1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

-el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

-la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones".

ya están inventados hace tiempo y se dan con frecuencia hasta en los más impensables situaciones, como se puede ver en el buscador de resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de España¹² y no digamos en las actuaciones penales en la materia, que denotan una proliferación de la corruptela de la subcontratación pública en los más variados campos de la vida cotidiana¹³.

Después de cuanto se acaba de decir nos preguntamos: el respeto al Estado de Derecho aplicado al mundo de la subcontratación, tal como lo ha interpretado el TJUE en las sentencias mencionadas, ¿afecta al sector público laboral? La respuesta es: sin duda. No es casualidad que la disposición adicional centésimo décima segunda de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023 prevea un análisis sistemático del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos administrativos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, riesgo sobre el que nos alerta la reciente publicación en el DOUE de 7/2/2023 de la Resolución del Parlamento Europeo de 7/7/22 sobre la protección de los intereses financieros

12 Buscador de resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de España

<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/TACRC/Paginas/BuscadordeResoluciones.aspx>

13 Página web CGPJ 30 de noviembre de 2022

La sección quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, ha inhabilitado durante doce años al alcalde pedáneo de XXX para empleo o cargo público por cometer un delito continuado de prevaricación administrativa al fraccionar en contratos menores, "para eludir los requisitos legales", la compra de sidra para la fiesta que anualmente se celebra en esta parroquia. El tribunal destaca que, mediante ese procedimiento, adjudicó a una empresa, durante los años 2019 y 2020, "de forma directa y sin cumplir el procedimiento legal para contratos de suministro superiores a 15.000 euros", la compra de la sidra.

de la UE y la lucha contra el fraude¹⁴.

Sin duda también la estabilidad en el empleo de la persona trabajadora por conservar su vínculo laboral con una determinada empresa contratista que ejecuta una obra o servicio requiere que ésta pueda competir en pie de igualdad con el resto de licitadores para mantener su condición de adjudicataria y sigan los trabajadores adscritos a la ejecución de esa obra o servicio, pues no es obligada en todos los casos la sucesión empresarial. No solo eso sino también que, si todas las condiciones laborales –no solo el salario– de quienes trabajan en una empresa contratista dependen de los recursos económicos que esa empresa pueda destinar a su plantilla, el desvío de fondos para comprar ilícitas voluntades mermará esos recursos.

Y como ya nos ha quedado claro con las citadas sentencias del TJUE que Estado de Derecho y fiel cumplimiento de las obligaciones inherentes a los cargos públicos en la ejecución de las políticas económicas y laborales que llevan a cabo actúan como vasos comunicantes, esperemos que los deberes que resultan de esa doctrina se hagan efectivos en el campo de la subcontratación laboral del sector público español a la hora de ejecutar las medidas previstas en la importante disposición adicional quinta del RD Ley 32/21, por cuanto ese precepto autoriza en términos muy abiertos la suscripción de contratos de duración determinada por parte de las Entidades que integran el sector público asociados

¹⁴<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022IP0300&from=EN>

a la ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Esperemos también que esos valores propios del Estado de Derecho se apliquen en otros muchos campos del derecho laboral. Sin ir más lejos en la previsión que contiene la vigente disp. adicional 17 del EBEP en materia de exigencia de responsabilidades a las Administraciones públicas que incurran en cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal¹⁵, a raíz de lo cual nos tenemos que preguntar: ¿podemos confiar en que, en caso de efectivo incumplimiento de las normas que rigen esa normativa laboral, se pondrán en marcha los correspondientes mecanismos de determinación de responsabilidades públicas?, ¿estamos ante un auténtico compromiso del legislador o ante simple propaganda legislativa?, ¿nuestra exigencia de que se cumpla la ley quedará en un mero “desideratum” que tenemos como juristas o es un verdadero derecho de todos los ciudadanos?

¹⁵ Disp adicional 17 EBEP, introducida por Art. 1. Tres Ley 20/21: “1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.(...)”

2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.(...)”.

EL DEBATE DE LA JORNADA LABORAL SEMANAL DE CUATRO DÍAS

Jesús Lahera Forteza.

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Complutense

I.- Fórmulas de jornadas laborales semanales de cuatro días con la legislación vigente

En el ordenamiento laboral vigente, y sin necesidad de cambio normativo alguno, existen tres fórmulas posibles de jornadas laborales semanales de cuatro días, a través de la negociación colectiva sectorial o, lo que será más habitual, de empresa.

1ª Mediante la negociación colectiva se puede concentrar la jornada máxima vigente en cuatro días, sin alterar los salarios, pues la Ley permite ya esta distribución, ampliando incluso la jornada máxima diaria de 9 horas, y mejorando el descanso semanal (arts.34.1 y 3 y 37.1 Decreto Legislativo 2/2015 Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET). Este modelo convencional puede operar sobre la jornada máxima legal de 40 horas de promedio a la semana en cómputo anual, repartida en cuatro días, o sobre la jornada máxima convencional, que puede ser inferior a estas 40 horas semanales (p.e 37 horas), con esta distribución en cuatro días a la semana. Es un modelo convencional que

puede ser complementado también con fórmulas de distribución irregular de la jornada dependiendo de las semanas (art.34.2 ET) y que debe respetar siempre el descanso legal de doce horas entre jornadas diarias (art.34.3 ET).

2ª También la negociación colectiva está capacitada para articular planes voluntarios de jornadas semanales a tiempo parcial de cuatro días laborables, por debajo de la jornada máxima legal o convencional, con una reducción proporcionada del salario (art.12.1 y 2 ET). La voluntariedad individual del trabajador es requisito imprescindible para la implantación de este tipo de plan, a diferencia del supuesto anterior, porque se suscriben contratos a tiempo parcial con la correspondiente distribución horaria en cuatro días semanales y una disminución proporcional del salario en función de las horas trabajadas (art.12.4.e ET). Es un modelo convencional, con aceptación individual, que puede ser complementado con el sistema de horas complementarias, preavisadas con tres días, a disposición de la empresa, de los contratos a tiempo parcial que superan las diez horas semanales, con un tope legal del 30 por 100 o convencional hasta

el 60 por 100 (art.12.5 ET), sin superar nunca las jornadas completas.

3ª La negociación colectiva puede proceder, finalmente, a pactar una reducción de la jornada máxima, legal o convencional, manteniendo los salarios, y proceder a su distribución en cuatro días semanales, aumentando el descanso semanal a tres días (arts.34.1 y 3 y 37.1 ET). La flexibilidad del marco legal vigente permite perfectamente esta operación, si existe acuerdo entre la parte empresarial y sindical. En este caso, se reduce tiempo de trabajo y se mantiene salario, por lo que, indirectamente, se implanta una subida de retribuciones a los trabajadores. Por ejemplo, en una empresa con 38 horas semanales distribuidas en cinco días con un salario determinado, se puede proceder a reducir la jornada semanal a 35 horas distribuidas en cuatro días sin alterar salarios. No es necesario ningún cambio legislativo para alcanzar este objetivo, siendo suficiente la capacidad de la negociación colectiva en el marco normativo vigente. Esta fórmula puede también tener el complemento de la distribución irregular de la jornada, así reducida, en los términos establecidos por el propio convenio colectivo (art.34.2 ET).

Las tres fórmulas convencionales de jornadas laborales semanales de cuatro días tienen una tipología diferente. La primera mantiene jornada y salarios con nueva distribución semanal, la segunda reduce jornadas y salarios mediante contratos a tiempo parcial, y la tercera reduce tiempo de trabajo y eleva salarios

al implantar jornadas semanales de cuatro días. En los tres casos el denominador común es la ampliación de descanso semanal de la persona trabajadora a tres días.

Desde otra perspectiva, dentro del marco convencional vigente, los pactos individuales pueden, con voluntariedad individual, canalizar jornadas laborales semanales de cuatro días. La capacidad de la autonomía individual de mejorar las condiciones laborales de los convenios colectivos aplicables (art.3.1.c ET) permite reducir la jornada máxima convencional, en cómputo anual o fijada por semanas, y proceder a su distribución en cuatro días a la semana, siempre respetando los salarios mínimos fijados por la negociación colectiva. Por ejemplo, si el convenio colectivo aplicable determina 38 horas semanales, el pacto individual puede reducirla a 35 horas semanales, sin alterar salarios, distribuidas en cuatro días, siempre que no se superen las 9 horas diarias (art.34.3 ET). La única cautela de estos planes empresariales es que no sea una práctica de pactos individuales en masa, que suplante o eluda la negociación colectiva, porque ello podría determinar, conforme a la jurisprudencia constitucional (STC 107/2000 y 225/2001), la nulidad por conducta antisindical. Y, por supuesto, la empresa puede organizar el trabajo con contratos a tiempo parcial del art. 12.1 ET, por debajo de la jornada máxima legal o convencional, con disminución proporcionada de salario, en semanas de cuatro días, siempre que sea fruto de la voluntariedad de ambas partes, en especial ante novaciones contractuales,

desde la jornada completa, que quedan fuera claramente del procedimiento de modificación sustancial del art. 41 ET, en los términos literales del art.12.4.e ET. Por tanto, sin cambio legislativo alguno, las posibilidades de la negociación colectiva, o de la autonomía individual, en la implantación de jornadas laborales semanales de cuatro días son muy amplias, en cualquiera de las formulaciones expuestas, que tienen, como se ha expuesto, consecuencias retributivas bien diferentes. Esta idea debe presidir el actual debate sobre este modo de distribuir el tiempo de trabajo porque se suele recurrir a la necesidad de un cambio legislativo, que reduzca la jornada máxima legal vigente de 40 horas semanales de promedio anual del art.34.1 ET, para alcanzar jornadas laborales semanales de cuatro días, cuando este resultado se puede lograr ya mediante la negociación colectiva o los pactos individuales con las cautelas descritas. No es necesario, ni conveniente, plantear este debate en términos políticos de cambio legal cuando la autorregulación adaptada a cada sector y empresa puede conseguir este objetivo. De hecho, los márgenes de productividad y las características empresariales de la producción o de prestación de servicios en el mercado son determinantes en la mayor y menor capacidad para implantar jornadas laborales semanales de cuatro días. Debe corresponder a la negociación colectiva, o con cautelas a la autonomía individual, lograr este objetivo, de difícil planteamiento a través de una imposición legal poco adaptada a la heterogeneidad de los sectores y empresas.

De igual modo, en el debate se deberían clarificar mejor estas tres formulaciones que alcanzan el mismo resultado, trabajar cuatro días y descansar tres a la semana, pero con consecuencias económicas distintas. A veces, en el tratamiento, académico, político y mediático, de la cuestión, se mezclan experiencias empresariales de nueva concentración horaria, sin alterar la jornada vigente ni en consecuencia retribuciones, con planes voluntarios de tiempo parcial que reducen salario, o con fórmulas de reducción de tiempo real de trabajo sin alterar el poder adquisitivo de los trabajadores. Se deben distinguir estas tres vías, viables dentro del marco legal vigente, en el debate.

II.- La propuesta política de jornadas laborales semanales de cuatro días y los programas de ayuda pública

En términos estrictos, las propuestas políticas de jornadas laborales semanales de cuatro días se refieren a la tercera de esta formulaciones convencionales o individuales. Esto es, la reducción del tiempo de trabajo sin alteración de los salarios vigentes, con una nueva distribución horaria en cuatro días semanales, que ofrece a las personas trabajadoras la posibilidad de tres días de descanso a la semana. De hecho, los programas piloto, como el de la Comunidad Valenciana o el más reciente a nivel estatal, que incentivan con ayudas públicas esta organización del trabajo, se sustentan en esta medida porque ayudan económicamente a la empresa a

soportar esta subida salarial indirecta. La empresa recibe ayudas públicas porque reduce la jornada vigente máxima, legal o convencional, con la contrapartida de mantener los salarios.

Es, creo, cuestionable inyectar estas ayudas públicas a empresas con suficientes márgenes de productividad para reducir el tiempo de trabajo, subiendo indirectamente salarios, a no ser que exista un compromiso claro de la empresa de mantener o subir el empleo. El mejor destino de la ayuda pública es la empresa que está en crisis, con el objetivo de contener el empleo, en el modelo normativo ERTES, o tras la reforma laboral pactada el sistema RED, donde se reduce tiempo de trabajo con la cooperación de las prestaciones de desempleo y las exoneraciones sociales (arts. 47.1 y 47 bis ET), de especial éxito, como es bien conocido, en la pandemia COVID-19. Resulta más difícil fundamentar la ayuda pública en empresas productivas, aunque sea con este objetivo de reducir jornadas, donde parte de la compensación de la subida indirecta salarial parece desplazarse al Estado. En estos programas de jornadas semanales de cuatro días, la ayuda pública puede terminar concentrada en la atracción de talento laboral de empresas de gran valor añadido, con alto salario del trabajador, sin encontrar un adecuado fundamento político.

En todo caso, los argumentos socioeconómicos de defensa de esta tercera formulación de semanas de cuatro días laborables, donde se reduce tiempo y se mantiene salario, son,

en apariencia, atractivos. La gestión de los factores productivos podría ser más eficiente, con ganancias de productividad para la empresa y sin pérdida de salarios de los trabajadores, con un incremento del tiempo libre semanal favorable para la conciliación familiar o nuestras economías del ocio, y un reparto del tiempo del trabajo dirigido a reducir el desempleo estructural. Las transformaciones digitales facilitan, además, este tipo de planteamientos, sustentados en una ganancia de productividad, que se convierte en antídoto frente al temor a la subida del desempleo. No es de extrañar, por tanto, el interés del propio debate, y su alcance mediático.

Este tipo de debates no es original, cabe recordar la, luego rectificada, Ley francesa de treinta y cinco horas semanales de inicios de siglo, pero es renovado en un nuevo contexto. Los antecedentes parecen desmontar la poca vinculación entre la reducción de la jornada semanal y el reparto de empleo, con riesgos de pérdida salarial de los trabajadores, y un incremento de horas extraordinarias, pero estos argumentos persisten iluminados, ahora, por las atractivas economías occidentales del entretenimiento y del ocio. Seguramente ahora el foco del debate no es tanto el reparto de empleo, como sucedió en Francia a inicios de este siglo, sino la atracción de talento laboral y la capacidad económica de producir igual, o más, en menos tiempo gracias a los procesos de transformación digital y la propia robotización. Este nuevo foco, de nuevo, confirma que estos planteamientos se deben reconducir a

la negociación colectiva, o autonomía individual, siendo muy difícil la rebaja legal de todas las jornadas máximas sin diferenciar supuestos. Un planteamiento clásico, aun frustrante, de reducir jornada para repartir empleo puede sustentarse mejor en un cambio de Ley que estos nuevos parámetros de atracción de talento laboral, aumento de productividad, y transformaciones de la producción, mucho más dependientes de los sectores y empresas dentro de una enorme heterogeneidad.

En este sentido, el objetivo de caminar a jornadas semanales de cuatro días, como he expuesto, sin duda atractivo, puede tener, sin embargo, consecuencias no deseadas de ampliación de la desigualdad entre trabajadores y de aumento de brechas sociales, entre trabajadores con alta productividad, renta y cualificación, con semanas de cuatro días, y otros, con menor renta y cualificación sin este modelo de tiempo de trabajo. De igual modo, el debate puede tener otro riesgo adicional, si se concentra la implantación en el sector público, donde puedan acomodarse mejor estas jornadas semanales que, salvo excepciones, en el sector privado, más condicionado por los factores singulares de producción y productividad. Se debe advertir que, en clave de igualdad, este tipo de modelos de organización del tiempo de trabajo puede originar mayores desigualdades y brechas entre trabajadores.

III.- La necesaria integración del debate de las jornadas laborales semanales de cuatro días en la flexibilidad del tiempo de trabajo

El debate de las jornadas semanales de cuatro días debe ser situado, finalmente, en la flexibilidad del tiempo de trabajo que domina nuestro ordenamiento laboral, inspirado en la directiva europea 2003/88. En nuestros contextos, una vez que quedaron asegurados los derechos de descanso de las personas trabajadoras y limitadas las jornadas en la loable protección de su salud (aquí los arts. 34 a 38 ET), con herramientas ahora combinadas de derechos de conciliación familiar (aquí los arts.34.8 y 45-48 ET), la regulación del tiempo de trabajo ha girado hacia una mejor adecuación de las necesidades productivas de las empresas que, habitualmente, participan en procesos de producción flexibles por las exigencias de clientes y consumidores. La consagrada flexibilidad en el tiempo de trabajo absorbe buena parte ya de los planteamientos de este tipo de propuestas de reducir jornadas porque, en línea de lo inicialmente expuesto, a través de la negociación colectiva adecúa la productividad a las jornadas laborales, mediante fórmulas de distribución irregular anual, bolsas y horarios flexibles, horas extraordinarias con compensaciones de descanso o planes voluntarios de tiempo parcial. En la mayor parte de estas formulaciones, los trabajadores mantienen su salario, y ganan tiempos retribuidos de descanso, siendo, incluso, como he demostrado, perfectamente posible ya articular

semanas de cuatro días laborables si la productividad queda garantizada en función de las retribuciones pactadas. Además, el sistema contempla jornadas reducidas en profesiones concretas, donde la producción lo permite o lo exige la salud laboral, y por conciliación familiar (art. 37.6 y 7 ET), bien que, en este caso, con sacrificio salarial voluntario.

Otro factor de consideración en el debate es el trabajo a distancia (Ley 10/2021) que, en modelos híbridos junto a presencia, forma parte de muchas actividades laborales, tras su gran utilidad durante la pandemia COVID-19. Esta vía de flexibilidad y organización del trabajo, con muchos menos riesgos de alterar salarios que la reducción de tiempo, está integrada ya en muchas empresas, con modelos híbridos de 3 + 2 o 4 + 1, a la semana, que desplazan a propuestas de jornadas semanales de cuatro días sustentadas, excesivamente, en el presentismo en la empresa. El camino de la flexibilidad y diversidad horaria ofrece más posibilidades que la reducción de tiempo de trabajo.

Por todo lo expuesto, la propuesta de jornada laboral semanal de cuatro días tiene, sin duda, interés dialéctico, motivación política y atracción mediática, pero necesita de un replanteamiento más sofisticado, dentro de la complejidad del análisis socioeconómico y jurídico. No debería caer en la categoría de los mantras ideológicos poco fructíferos.

Quizás, quien sabe, los sistemas productivos de nuestras economías occidentales caminen, en el siglo XXI, hacia jornadas semanales de cuatro días laborables y tres días de descanso

semanal, con los efectos económicos y sociales beneficiosos expuestos en esta breve reflexión. De hecho, en numerosas empresas ya, dependiendo de los sectores económicos, se trabaja prácticamente cuatro días y medio, sin la tarde del viernes, o se combinan modelos híbridos de presencia y trabajo a distancia con resultados parecidos. El modelo de jornadas semanales de cuatro días, en definitiva, no será fruto de la imposición legal, ni de artificios con ayudas públicas de difícil justificación, sino el resultado final, en todo caso, de la flexibilidad, diversidad, adaptación y autorregulación pactada de los sistemas actuales de tiempo de trabajo vinculados a la productividad de las empresas¹.

¹ Se desarrollan las ideas de esta reflexión con detalle en el libro SALA FRANCO, T.; LAHERA FORTEZA, J., La transformación del tiempo de trabajo: ¿hacia la jornada laboral semanal de cuatro días?, Tirant lo blanch, Valencia, 2022

FIJOS DISCONTINUOS TRAS LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16 ET, EN CONCRETO, LA CUESTIÓN DEL LLAMAMIENTO: FORMA DE REALIZARSE Y ANTELACIÓN ADECUADA.

Óscar López Bermejo.

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla

I.- Introducción.-

La nueva regulación del art. 16 ET sobre la figura del fijo-discontinuo ha supuesto una de las joyas de la corona de la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, y, en poco más de un año de su existencia, ha generado diversos y ricos debates por variados motivos. En nuestro caso, desde un punto de vista jurídico, se debe destacar la gran ampliación de su ámbito de aplicación, como se deriva del art. 16.1 ET al abarcar causas de campaña, temporada, prestación intermitente con periodos de ejecución cierta (cabe todo: determinados o indeterminados), ejecución de contratos mercantiles o administrativas, y por medio de una ETT.

II.- Identificación de resoluciones comentadas.-

Tipo de resolución.- Sentencia.

Órgano Judicial.- Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución y fecha. Sentencia de 5 de diciembre de 2022, la nº 162/2022 (Rec. 287/2022).

Ponentes.- D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ.

Voto particular.- No existe.

III.- Problema suscitado.-

Por el sindicato demandante se solicita la declaración nulidad por ilicitud de varios preceptos del convenio colectivo de empresa de la sociedad demandada, mercantil dedicada al sector multiservicios. Y relativo a los fijos-discontinuos se impugna el precepto 22.1 bis del convenio con el título “Contrato fijo-discontinuo” y, dentro de éste, la petición de ilegalidad contenida en la demanda se concentra sobre la regulación relativa a la forma de comunicar el llamamiento y el tiempo de preaviso para la incorporación. En concreto, como fija la sentencia de la AN: “...cuestiones cuya ilegalidad se pretende, a saber:

- que la forma de llamamiento a los fijos discontinuos no puede realizarse vía WhatsApp o mensaje de texto.

- Los plazos establecidos para que el trabajador cumpla con el llamamiento empresarial y las consecuencias de su inobservancia”.

La sentencia de la Sala de lo Social de la AN analiza y resuelve si tales preceptos convencionales se ajustan a la legalidad vigente.

IV.- Antecedentes, controversia y resolución posterior.-

1º.- En la sentencia de la AN se refleja el precepto sobre fijos-discontinuos en disputa, señalando en negrita los párrafos impugnados; así: “ **Artículo 22. Contratación del personal operativo.**

1 bis. Contrato fijo-discontinuo.

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

2. El contrato se formalizará por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral que son el lugar de trabajo: el grupo profesional, la jornada y la distribución horaria si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.

3. Mediante el presente convenio colectivo, se establecen los criterios objetivos

y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijos-discontinuos.

El llamamiento se hará con la máxima antelación posible, que además deberá ser un tiempo necesario para que la persona trabajadora pueda incorporarse al puesto de trabajo al inicio de la jornada. El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-.

El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma.

En el llamamiento se definirá el centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación y remuneración aplicable duración del periodo de actividad.

El criterio de selección para el llamamiento será el de adecuación del perfil al puesto de trabajo, de manera que de entre las personas fijos discontinuos inactivos se avisará primero a las que tengan un perfil

más adecuado al puesto de trabajo a cubrir. El criterio de adecuación del perfil estará determinado por las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento. En el caso de existir personas fijas discontinuas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto de trabajo concreto.

La incorporación al llamamiento se hará con flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, de manera que siempre que sea posible se permita la conciliación entre la vida personal y laboral. Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa trasladará a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo,

y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

- Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.
- Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.
- Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.
- Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

- Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).
- Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.
- En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen (.....)”.

2º.- Sobre la cuestión discutida de la forma de comunicación razona

la AN en su fundamento de derecho sexto: “No apreciamos ilicitud alguna en que estos llamamientos puedan realizarse empleando estos sistemas de comunicación, pues el art. 16.3 ET cuando regula los contratos fijos discontinuos establece expresamente que En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada.

La comunicación del llamamiento utilizando WhatsApp, las aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles, o empleando la aplicación de correo electrónico con que cuentan los ordenadores, se realizan por escrito y de ellas queda constancia suficiente para advenir su existencia y contenido. También ocurre igual cuando se utilizan los buzones de voz como medio de comunicación no escrito.

Lo dicho, unido a que recae en el empresario la carga probatoria de haber realizado el llamamiento, nos llevan a la conclusión de no apreciar que el inciso contenido en el art. 22.1bis.3 2º párrafo del convenio colectivo resulte contrario a la legalidad.”

3º.- En el fundamento de derecho séptimo de la sentencia analizada se resuelve el segundo punto en discusión sobre la regulación convencional del fijo-discontinuo, en concreto la ilegalidad del art. 22.1 bis apartado 3º del convenio cuando dispone “...El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que

se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-” (en negrita lo impugnado). Y ello por infracción del art. 16 del vigente ET, radicado la controversia en que tal previsión convencional choca con la definición vigente de los arts. 15 (prevé el contrato por circunstancias de la producción como aquel que atiende a un incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones) y 16 ET (prevé el art. 16.1, 2º párrafo regula que este contrato pueda aplicarse para trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa).

Y, en base a lo anterior, la sentencia declara la ilegalidad de esta parte del precepto convencional conforme a los siguientes razonamientos: “Constituyendo la previsibilidad/imprevisibilidad una nota diferenciadora esencial entre ambos tipos de contrato y siendo así que en el art. 22.1bis del convenio se regulan los contratos fijos discontinuos (los temporales por circunstancias de la producción se regulan en el art. 22.2), dicha norma convencional, cuando fija unos tiempos para el llamamiento inferiores a 48 horas para los que denomina servicios sorpresivos y que define como aquellos en que es imposible llamar al trabajador cumpliendo ese plazo, está admitiendo que los contratos fijos discontinuos se apliquen para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad y con ello adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET, máxime si tenemos en consideración que la

voluntad del actual legislador es apostar por los contratos de trabajo indefinidos (entre ellos los fijos discontinuos) en detrimento de los temporales.

En consecuencia, la indicación convencional de que el contrato fijo discontinuo pueda emplearse para servicios sorpresivos es contraria a los arts. 15 y 16 ET y de ello deriva la consiguiente nulidad de las previsiones previstas en el convenio para atender los llamamientos del empresario con preaviso temporal inferior al plazo de 48 horas mínimo establecido con carácter general en dicha norma convencional.”

4º.- Y finalmente, la última cuestión en el examen de la legalidad del art. 22.1 bis del convenio de empresa es la relativa a la nulidad del preaviso de 48 horas establecido con carácter general en el convenio y del párrafo en el que se indica que en llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento. Ante esto la Sala de lo Social de la AN desestima tal petición, razonando en su fundamento de derecho octavo: “El art. 16.3 ET establece: “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”.

Vemos que el legislador deriva a la

negociación colectiva el establecimiento de qué antelación adecuada debe tener el plazo para el llamamiento a un fijo discontinuo.

Y en los mismos términos se pronuncia el art. 10 de la Directiva 2019/1152, actualmente vigente pero no traspuesta, cuando exige que la información sobre una tarea asignada deba realizarse con un preaviso razonable de conformidad con la legislación, los convenios colectivos, o las prácticas nacionales.

Antelación adecuada o preaviso razonable son términos equivalentes que ni el legislador comunitario ni el nacional fijan con mayor precisión y lo derivan a la decisión de los negociadores del convenio colectivo.

Siendo así que la determinación de ese plazo corresponde a los agentes sociales a través de la negociación colectiva y que esta se ha pronunciado en el presente caso fijando como tal el mínimo de 48 horas, no cabe apreciar que su decisión sea contraria a la legalidad.”

5º.- Consecuencia de lo anterior, el fallo de la sentencia analizada -señala en **negrita lo declaro nulo**- tiene el siguiente contenido:

*“Previo rechazo de la falta de legitimación activa invocada, ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda formulada por el sindicato FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (FESMC-UGT) y declaramos la nulidad por ilegalidad de los párrafos resaltados en **negrita** de los artículos del VIII Convenio colectivo de Grupo*

Constant Servicios Empresariales, SLU publicado en el BOE el 28-7-2022 y que se indican a continuación: (...) B.- Artículo 22. Contratación del personal operativo.

1 bis. Contrato fijo-discontinuo.

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

2. El contrato se formalizará por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral que son el lugar de trabajo: el grupo profesional, la jornada y la distribución horaria si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.

3. Mediante el presente convenio colectivo, se establecen los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

El llamamiento se hará con la máxima

antelación posible, que además deberá ser un tiempo necesario para que la persona trabajadora pueda incorporarse al puesto de trabajo al inicio de la jornada. El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-.

El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma.

En el llamamiento se definirá el centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación y remuneración aplicable duración del periodo de actividad.

El criterio de selección para el llamamiento será el de adecuación del perfil al puesto de trabajo, de manera que de entre las personas fijas discontinuas inactivas se avisará primero a las que tengan un perfil más adecuado al puesto de trabajo a cubrir. El criterio de adecuación del perfil estará determinado por las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras

que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento. En el caso de existir personas fijas discontinuas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto de trabajo concreto.

La incorporación al llamamiento se hará con flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, de manera que siempre que sea posible se permita la conciliación entre la vida personal y laboral. Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa trasladará a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

- Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.
- Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.
- Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.
- Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).
- La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:
- Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).
- Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.

En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen.....”.

V.- Normativa aplicable.-

1º.- Art. 16.3 del ET “3. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por

escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen”.

2º.- Art. 10.1 b) de la Directiva Directiva (UE)2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: *“Previsibilidad mínima del trabajo: 1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: (.....) b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el*

artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii)”.

3º.- Artículo 22. Contratación del personal operativo, en concreto el apartado 1 bis, con título “Contrato fijo-discontinuo”, que ya hemos transcrito con anterioridad y por economicidad no reiteramos.

VI.- Principales conclusiones de la decisión adoptada.-

A tenor de lo expuesto hasta este momento, la Sentencia de 5 de diciembre de 2022, nº 162/2022 (Rec. 287/2022), de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, llega a diferentes conclusiones sobre la legalidad del precepto convencional sometido a litigio por el sindicato actor; así:

1º- En cuanto a la forma de comunicar el llamamiento, considera la Sala ajustado al art. 16.3 ET el uso de diversos sistemas de uso habitual en el día de hoy (*WhatsApp, las aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles, o empleando la aplicación de correo electrónico.....*) que prevé el art. 22.1 bis del convenio de empresa, además de la vías clásicas. Y por ello desestima la demanda en este punto.

2º- Sí declara la ilegalidad del art. 22.1 bis apartado 3º del convenio (*“...El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-”* en negrita lo impugnado), razonando que el término “sorpresivo” es más propio de la naturaleza del contrato

por circunstancias de la producción regulado en el art. 15 ET, como se deriva de uno de sus elementos (imprevisible) usado para definir tal contrato en el Estatuto de los Trabajadores y, a su vez, alejado del entorno propio del contrato fijo-discontinuo cuando en su apartado primero del art. 16 ET utiliza la expresión “siendo previsibles”.

3º- Considera ajustado a la legalidad estatutaria (a la expresión “antelación adecuada” usada en el art. 16.3, primer párrafo ET) y comunitaria aquella parte del convenio de empresa que fija el plazo de 48 horas establecido con carácter general en el convenio para el llamamiento y, al mismo tiempo, el parágrafo donde se prevé que el trabajador no puede rechazar ningún llamamiento efectuado con más de 48 horas de antelación, recordando que en estos casos equivaldría a incomparecencia, renuncia al puesto de trabajo y, por tanto, su baja voluntaria.

VII.- Apunte final.-

Ya desde un primer momento, con la lectura del nuevo artículo 16 del ET, surgían diversas cuestiones que permitían presumir supuestos generadores de dudas -como mínimo-, e incluso de futuros litigios, y que podemos calificar como zonas de riesgo de conflicto laboral en la nueva regulación del fijo-discontinuo. Mencionamos, entre otras, las siguientes: 1º La interacción entre el art. 16.1 ET y el art. 15.2 párrafo 4º del ET; 2º La “degradación” en la calidad

del contrato indefinido cuando se deben calificar como fijos-discontinuos aquellos trabajadores de contratas mercantiles o administrativas a los que la STS 1137/2020, de 29 diciembre, ya otorgo la consideración de indefinido ordinario; 3º El uso de conceptos jurídicos indeterminados, con la inseguridad jurídica que producen, tales como “con carácter estimado”, cuando se señalan los elementos esenciales que deben constar en este tipo de contratos (art. 16.2 ET) o, precisamente que el llamamiento “deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación” y con “antelación adecuada” (art. 16.3 ET).

Pues bien, algunas de las anteriores inquietudes ya han emergido, como hemos visto de la sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de la cual emitimos algunas breves y humildes reflexiones, siguiendo los tres puntos en litigio resueltos.

Así, relativo a los medios concretos regulados en la norma convencional para comunicar el llamamiento, algunos de los descritos van a provocar dificultades, tanto materiales (su eficacia de realización), como procesales (su prueba). Pensemos en la vía del WhatsApp u otras aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles y nos surge la duda sobre cuándo se entiende producida la constancia de notificación: con un visto, doble visto, que se ponga el doble visto azul, etc.... Además, la sentencia de la AN cae en un exceso interpretativo cuando admite como medio válido “.....cuando se utilizan los buzones de voz como medio de

comunicación no escrito”, lo que no está previsto en el precepto impugnado que al respecto sólo dispone que “*Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma*”. Esto es, vía sentencia y para las partes en litigio se habilita el buzón de voz como medio para realizar el llamamiento, a lo que añadimos otra zona de incertidumbre como es la falta de garantía y confianza que desprende este sistema, pues es experiencia común que este servicio de grabación de cada compañía se activa en muchas ocasiones sin conocimiento por el usuario -en este caso además trabajador-, sin que luego sepa el destinatario cómo se puede reproducir la audición del mensaje de voz, de manera que ahí ya nace un problema práctico sobre el elemento de la constancia de notificación.

En segundo lugar, en cuanto a los plazos ante llamamientos sorpresivos, el órgano enjuiciador hace un admirable y preciso estudio ontológico de la naturaleza de los dos contratos, fijo-discontinuo y el temporal de circunstancias de la producción, excluyendo de la regulación prevista en el convenio de empresa para los fijos-discontinuos cualquier uso indebido de términos propios del contrato temporal citado, poniendo cada cosa en su debido sitio.

Y, finalmente, se da preferencia al resultado de la negociación colectiva para integrar en cada caso qué se debe entender por la expresión “antelación

adecuada” usada en el art. 16.3, primer párrafo ET, de manera que si las partes negociadoras fijan tal margen temporal (48 horas de preaviso con carácter general) y se da la aquiescencia de los agentes sociales, el órgano juzgador no observa ilegalidad.