

Ciencias Jurídicas y Sociales

 Universidad
Rey Juan Carlos
| Servicio de Publicaciones

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro

Directora

CUESTIONES CRUCIALES DEL ORDENAMIENTO SOCIOLABORAL (II)

ISBN: 978-84-09-56089-9

CUESTIONES CRUCIALES DEL ORDENAMIENTO SOCIOLABORAL (II)

ACTAS DE LA II JORNADA DE INVESTIGACIÓN DEL GRUPO DE ALTO RENDIMIENTO URJC-LAB

6 de junio de 2022

Dirección: *Raquel Yolanda Quintanilla Navarro*. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Coordinadora del Grupo de Alto Rendimiento URJC-LAB.

Autores:

M^a. Begoña García Gil

Concepción-Esther Morales Vállez

Elena Lasasa Irigoyen

Camino Ortiz De Solórzano Aurusa

Oscar Ignacio Mateos y de Cabo

Ana I. Pérez Campos

Juan Carlos Merino San Román

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro



Universidad
Rey Juan Carlos

Servicio de Publicaciones

Servicio de Publicaciones de la URJC

ISBN: 978-84-09-56089-9

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España - 2023

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión del Servicio de Publicaciones de la URJC ni de los editores o coordinadores de la publicación. Asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	4
PROGRAMA DE LA II JORNADA DE INVESTIGACIÓN DEL GRUPO DE ALTO RENDIMIENTO URJC-LAB: “CUESTIONES CRUCIALES DEL ORDENAMIENTO SOCIOLABORAL”.....	5
ACTAS DE LA II JORNADA DE INVESTIGACIÓN DEL GRUPO DE ALTO RENDIMIENTO URJC-LAB	8
PRIMERA PARTE: CUESTIONES DE ACTUALIDAD.....	9
CAPITULO I.....	10
CAPITULO II	17
CAPITULO III.....	20
CAPITULO IV	26
CAPITULO V.....	34
SEGUNDA PARTE: PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA JURÍDICO-LABORAL, PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD SOCIAL”	41
CAPITULO VI.....	42
CAPITULO VII	45
CAPITULO VIII.....	50

PRÓLOGO

La II Jornada de Investigación del Grupo de Alto Rendimiento en relaciones laborales y protección social en el siglo XXI de la Universidad Rey Juan Carlos (cuyo acrónimo es URJC-LAB), continúa la secuencia de la I Jornada de Investigación, celebrada el pasado 8 de junio de 2021, cuyas ponencias están publicadas en la obra colectiva titulada “Cuestiones cruciales del ordenamiento sociolaboral”, por la editorial Dykinson en colaboración con el Servicio de Publicaciones de la URJC.

La presente publicación de las Actas de la II Jornada de Investigación, se ha llevado a cabo gracias a la participación de los miembros del Grupo de Investigación mencionado, que está coordinado por Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Dicho Grupo URJC-LAB ha sido reconocido por la URJC en fecha de 20 de junio de 2020 con la más alta categoría de calidad dentro de los Grupos de Investigación de la Universidad a la que pertenece, categoría que ha renovado en 2023. Formado por 33 investigadores, con 20 proyectos de investigación en los últimos diez años, 54 sexenios de investigación en total, 4 sexenios de transferencia, 105 quinquenios y 72 reconocimientos de Docencia, este Grupo de Alto Rendimiento lo componen profesores universitarios en sus distintas escalas funcionariales y laborales, además de expertos miembros de la judicatura y profesionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Bajo la dirección de la profesora Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, y con la profesora Begoña García Gil como secretaria de la misma, la II Jornada se ha ocupado del análisis sobre relevantes cuestiones de actualidad en materia laboral y de Seguridad Social, y sobre la perspectiva de género en dicha materia.

**PROGRAMA DE LA II JORNADA DE INVESTIGACIÓN
DEL GRUPO DE ALTO RENDIMIENTO URJC-LAB:
“CUESTIONES CRUCIALES DEL ORDENAMIENTO
SOCIOLABORAL”**

18:00 horas. PRESENTACIÓN

D. Antonio V. Sempere Navarro. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC. Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

D^a. Raquel Yolanda Quintanilla Navarro. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC. Coordinadora del Grupo de Alto Rendimiento URJC-LAB.

18:05 horas. PRIMERA MESA REDONDA: “CUESTIONES DE ACTUALIDAD”

La normativa laboral y la guerra de Ucrania. D^a. Yolanda Cano Galán. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

La Carta Social Europea revisada. D. Carlos Cid Babarro. Director Jurídico y de Recursos Humanos en Euroforum.

Vacaciones: doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. D^a. María José Ramo Herrando. Abogado.

Sobre la duración de la puesta a disposición exclusiva a la empresa usuaria: ¿fraude de ley? D^a. Concepción-Esther Morales Vállez. Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Profesora Asociada URJC.

Criterios preferentes de autorización para teletrabajar en el empleo público. D^a. Raquel Yolanda Quintanilla Navarro. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

Implementación de acuerdo de teletrabajo. Juan Carlos Merino San Román. Director de Capital Humano y Jurídico IMA IBÉRICA.

El registro de jornada en el trabajo a distancia. D^a. M^a. Lourdes Meléndez Morillo-Velarde. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

Ámbito de aplicación, trabajo agrario y protección social: una cuestión aún pendiente. D^a. Ana Isabel Pérez Campos. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

La relación de causalidad en el recargo de prestaciones. D^a. María del Mar Alarcón Castellanos. Profesora Titular (i) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

La no discriminación en materia de asistencia sanitaria de las personas mayores en España durante la pandemia. D. Óscar Ignacio Mateos de Cabo. Profesor Titular de Derecho Constitucional URJC.

19:00 horas. SEGUNDA MESA REDONDA: “PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA JURÍDICO-LABORAL, PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD SOCIAL”

Mujer y prevención de riesgos en sectores feminizados. D^a. Josefa Romeral Hernández. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

Cuestiones prácticas sobre la implantación de planes de Igualdad. D^a. Rocío Guerrero Jareño. Abogada laboralista.

Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral. D^a. Elena Lasasa Irigoyen. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

La efectividad del permiso por nacimiento de hijo previsto en convenio colectivo. D^a. Camino Ortiz de Solórzano Auresa. Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

Pensión de viudedad en el matrimonio gitano. D^a. Eva María Mas García. Abogado. Doctor en Derecho. Universidad Internacional La Rioja.

La perspectiva de género en la reforma laboral. D^a. M^a. Begoña García Gil. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. URJC.

19:40 horas. CLAUSURA

D. Miguel Cardenal Carro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social URJC.

**ACTAS DE LA II JORNADA DE INVESTIGACIÓN DEL
GRUPO DE ALTO RENDIMIENTO URJC-LAB**

PRIMERA PARTE: CUESTIONES DE ACTUALIDAD

CAPITULO I

SOBRE LA DURACIÓN DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN EXCLUSIVA A LA EMPRESA USUARIA: ¿FRAUDE DE LEY? COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 17 DE MARZO DE 2022

CONCEPCIÓN-ESTHER MORALES VÁLLEZ

Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Profesora Asociada URJC.

SUMARIO

I. Datos esenciales de la Sentencia del TJUE.

II. Comentario crítico.

I. DATOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA COMENTADA

La Sentencia que se sitúa en la base del siguiente artículo es la dictada por la Sala Segunda el TJUE de fecha 17/03/2022, dictada en el asunto Daimler, C-232/20¹.

En la citada Sentencia actuó como Ponente la Excm. Sra. I. Ziemele.

En cuanto a la parte dispositiva de la Sentencia, se ha de indicar que se resuelven las cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial proponente.

Centro de Documentación Judicial ECLI:EU:C:2022:196.

II. COMENTARIO CRÍTICO

La cuestión que se somete a la consideración del TJUE consiste en determinar la existencia o no de una relación laboral con la empresa usuaria sobre la base de que, debido a su duración, la puesta a disposición exclusiva a la empresa usuaria como trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal no puede calificarse de «temporal».

En primer lugar, hemos de partir del propio tenor del artículo 1.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre², que define su ámbito de aplicación, y del que se desprende que la Directiva es de aplicación a “los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección”, de modo que la expresión «de manera temporal» no tiene por objeto limitar la aplicación del trabajo a través de

¹ ECLI:EU:C:2022:196.

² Diario Oficial L 327, de fecha 05/12/2008. Páginas 9 a 14.

empresas de trabajo temporal a puestos que no tengan carácter permanente o que deban ser ocupados para realizar una sustitución.

En segundo lugar, esa interpretación literal del artículo 1.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, se ve corroborada por el contexto en el que se inscribe esta disposición y, en particular, por la estructura de dicha Directiva, pues los Estados miembros conservan un amplio margen de apreciación para determinar las situaciones en las que está justificado recurrir a ella³.

Y también, el TJUE ha declarado que de las definiciones que se contienen en el artículo 3 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, también se desprende que es la relación laboral con una empresa usuaria la que tiene, por su propia naturaleza, carácter temporal⁴.

Asimismo, el TJUE ha considerado que el artículo 5.5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, en el que se establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva”, no obliga a los Estados miembros a supeditar el recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal a la indicación de razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución⁵.

Y de ello, se infiere que el legislador de la Unión no pretendía limitar el recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal autorizando únicamente que el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal ocupara un puesto de trabajo que tuviera carácter temporal.

En tercer lugar, la citada interpretación no queda desvirtuada por los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, que no son otros que “garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato”, establecer un marco de protección “respetuoso con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales”, y “establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo”⁶, pues no podemos obviar que la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, también tiene por objeto, como recordó el TJUE, fomentar que los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal accedan a una relación laboral de duración

³ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 41.

⁴ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 61.

⁵ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 42. Y también artículo 19.bis.2.a) del RDLeg 5/2000, de 4 agosto.

⁶ Cfr. Considerando 12 y artículo 2 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre.

indefinida con la empresa usuaria⁷, de modo que es posible que un trabajador temporal puede ser puesto a disposición de una empresa usuaria para cubrir, temporalmente, un puesto de carácter permanente, puesto que podría ocupar posteriormente de forma permanente.

En definitiva, el artículo 1.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «de manera temporal», recogida en dicha disposición, no se opone a la cesión de un trabajador que tenga un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria para cubrir un puesto que tenga carácter permanente y que no sea ocupado para realizar una sustitución.

En relación con el **uso abusivo** de la posibilidad de llevar a cabo cesiones sucesivas de un trabajador de una empresa de trabajo temporal⁸, hemos de tener en cuenta que el artículo 5.5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, no obliga a los Estados a limitar el número de cesiones sucesivas de un mismo trabajador en la misma empresa usuaria, ni tampoco prevé ninguna medida específica que los Estados miembros deban adoptar a tal efecto, ni siquiera con el fin de impedir los abusos⁹, ni se impone a los Estados miembros la adopción de una determinada normativa en la materia¹⁰.

No obstante el TJUE ha declarado que los Estados miembros deben velar por que el trabajo a través de empresas de trabajo temporal con la misma empresa usuaria no se convierta en una situación permanente para un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal¹¹.

De modo que, los Estados miembros tienen la facultad de fijar, en su Derecho nacional, el período preciso más allá del cual una puesta a disposición ya no podrá considerarse temporal, en particular cuando las sucesivas renovaciones de la cesión de un mismo trabajador de una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria se extiendan en el tiempo, de modo que la puesta a disposición debe estar limitada en el tiempo.

Y solo cuando la normativa aplicable de un Estado miembro no establezca dicho período, corresponderá a los órganos judiciales nacionales determinarlo en cada caso, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que incluyen, entre otras, las particularidades del sector¹², y estos deberán asegurarse de que el hecho de que se lleven a cabo cesiones sucesivas de un trabajador de una empresa de trabajo temporal no tiene como fin eludir los objetivos de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo

⁷ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 51.

⁸ En el concreto supuesto que se analiza existía una renovación de cesiones para un mismo puesto de trabajo en la empresa usuaria por un periodo de 55 meses.

⁹ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartados 42 y 44.

¹⁰ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 17/03/2015, dictada en el asunto AKT, C-533/13 (ECLI:EU:C:2015:173), apartado 31.

¹¹ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartados 55 y 60.

¹² Cfr. Sentencia TJUE de fecha 18/12/2008, dictada en el asunto Ruben Andersen, C-306/07 (ECLI:EU:C:2008:743), apartado 52.

y del Consejo, de 19 de noviembre, y en particular el carácter temporal del trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Para llevar a cabo esa determinación, el órgano jurisdiccional nacional podrá, según la jurisprudencia del TJUE, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1^a.- Si las misiones sucesivas del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en la misma empresa usuaria dan lugar a un período de actividad en esta empresa más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal», a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que incluyen, entre otras, las particularidades del sector, ello podría constituir un **indicio del recurso abusivo** a las cesiones sucesivas¹³.

2^a.- Del mismo modo, las misiones sucesivas del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en la misma empresa usuaria eluden la propia esencia de las disposiciones de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, y constituyen un abuso de esa forma de relación laboral, puesto que alteran el equilibrio que establece la Directiva entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, **menoscabando la seguridad para los trabajadores**¹⁴.

3^a.- Por último, cuando, en un supuesto concreto, no se da ninguna **explicación objetiva** al hecho de que la empresa usuaria en cuestión recurra a sucesivos contratos de puesta a disposición, incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar, en el contexto del marco normativo nacional y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, si se elude alguna de las disposiciones de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, máxime cuando la empresa de trabajo temporal cede a la empresa usuaria al mismo trabajador a través de esa serie de contratos¹⁵.

En definitiva para determinar la existencia de un uso abusivo por las sucesivas puestas a disposición de la empresa usuaria de un trabajador, habrá que estar al caso concreto y su determinación la corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Llegados a este punto, hemos de insistir en que el artículo 5.5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, obliga a los Estados miembros, en **términos claros, precisos e incondicionales**, a adoptar las medidas necesarias para impedir los abusos consistentes en que se sucedan cesiones de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal con el fin de eludir las disposiciones de dicha Directiva, de modo que, en definitiva, se opone a que un Estado miembro no adopte ninguna medida para preservar el carácter temporal del trabajo a través de empresas de trabajo temporal¹⁶.

Y conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, la Directiva “no supondrá

¹³ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 69.

¹⁴ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 70.

¹⁵ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 71.

¹⁶ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 63.

menoscabo del derecho de los Estados miembros a aplicar o introducir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores o de favorecer o permitir convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales más favorables a los trabajadores”, y entre ellas, se encuentra una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece un período máximo más allá del cual se considerará que la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria ya no tiene carácter temporal.

Pero ello no quiere decir que el Estado miembro tenga una facultad omnímoda para la adopción de medidas, pues la aplicación de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, no puede constituir en ningún caso un motivo suficiente para justificar una reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por ella, tal y como se afirma explícitamente en el artículo 9.2 de la citada Directiva.

Y por ello, las medidas adoptadas por los Estados miembros no pueden tener como consecuencia privar de **efecto útil** a la protección que la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, ofrece a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal que, debido a la duración de su puesta a disposición de una empresa usuaria, **considerada en su totalidad**¹⁷, haya sido objeto de una puesta a disposición que ya no pueda considerarse «temporal» en el sentido de esa Directiva, y ello sin obviar nuevamente aquí que le corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si este es efectivamente el caso.

Y también merece la pena recordar aquí que cuando un Tribunal nacional conoce de un litigio exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con el fin de adaptar este Derecho a las obligaciones previstas por una Directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta¹⁸.

No obstante, el **principio de interpretación conforme del Derecho nacional** tiene determinados límites, ya que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁹.

Así, cuando no resulte posible interpretar la normativa nacional de modo conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, el **principio de primacía del Derecho de la Unión** exige que el juez nacional encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia,

¹⁷ Y no solo desde su obligatoria aplicabilidad, esto es, desde el 05/12/2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre.

¹⁸ Cfr. Sentencias TJUE de fechas 04/06/2015, dictada en el asunto **Faber, C-497/13** (ECLI:EU:C:2015:357), apartado 33; y 15/01/2014, dictada en el asunto **Association de médiation sociale, C-176/12** (ECLI:EU:C:2014:2), apartado 38.

¹⁹ Cfr. Sentencias TJUE de fechas 14/10/2020, dictada en el asunto KG (*Missions successives dans le cadre du travail intérimaire*), C-681/18 (ECLI:EU:C:2020:823), apartado 66; 13/12/2018, dictada en el asunto Hein, C-385/17 (ECLI:EU:C:2018:1018), apartado 51; y 15/01/2014, dictada en el asunto **Association de médiation sociale, C-176/12** (ECLI:EU:C:2014:2), apartado 39.

las disposiciones de dicho Derecho garantice la plena eficacia de tales disposiciones, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que deba solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional²⁰.

No obstante, hay que tener también en cuenta las demás características esenciales del Derecho de la Unión y, más concretamente, la naturaleza y los efectos jurídicos de las Directivas²¹.

Así, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular ni puede, por consiguiente, ser invocada como tal en contra de un particular ante un órgano jurisdiccional nacional. En efecto, con arreglo al artículo 288 TFUE, párrafo tercero, el **carácter vinculante de una directiva**, en el que se basa la posibilidad de invocarla, existe únicamente con respecto «al Estado miembro destinatario», y la Unión solo está facultada para establecer con efectos inmediatos, con carácter general y abstracto, obligaciones a cargo de los particulares en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos. Por lo tanto, aun cuando sea clara, precisa e incondicional, una disposición de una Directiva no permite al juez nacional excluir una disposición de su Derecho interno contraria a la misma sí, con ello, se impusiese al particular una obligación adicional²².

De ello se colige que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio exclusivamente entre particulares no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar una disposición transitoria contraria al Derecho de la Unión que excluya, “a efectos de la aplicación de una normativa que establece un período máximo de puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, el cómputo de los períodos de puesta a disposición anteriores a la entrada en vigor de tal normativa”.

En otro orden de cosas, cuando el Derecho nacional no sancione el incumplimiento de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, por las empresas de trabajo temporal o por las empresas usuarias, el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal no puede deducir del Derecho de la Unión un **derecho subjetivo** al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria.

Mas, sentado cuando antecede, es preciso recordar que la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar la jurisprudencia del TJUE que se contiene en la Sentencia de fecha 19/11/1991, dictada en

²⁰ Cfr. Sentencias TJUE de fechas 18/01/2022, dictada en el asunto *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20 (ECLI:EU:C:2022:33); apartado 30; y 24/06/2019, dictada en el asunto *Popławski*, C-573/17 (ECLI:EU:C:2019:530), apartado 58, entre otras.

²¹ Cfr. Sentencias TJUE de fechas 18/01/2022, dictada en el asunto *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20 (ECLI:EU:C:2022:33); apartado 31; y 24/06/2019, dictada en el asunto *Popławski*, C-573/17 (ECLI:EU:C:2019:530), apartado 59, entre otras.

²² Cfr. Sentencia TJUE de fecha 18/01/2022, dictada en el asunto *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20 (ECLI:EU:C:2022:33); apartado 32.

el asunto, *Francovich* y otros, C-6/90 y C-9/90 (ECLI:EU:C:1991:428), para obtener, en su caso, **reparación del daño sufrido**²³.

Y ya para concluir, en relación con las facultades que a los Estados miembros les reconoce la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, para permitir convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los **interlocutores sociales** siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la Directiva, es conforme con la jurisprudencia del TJUE según la cual es lícito que éstos dejen, en primer lugar, que los interlocutores sociales lleven a cabo los objetivos de política social que impone una directiva en ese ámbito²⁴.

Pero esta facultad no exime a los Estados miembros de la obligación de cerciorarse, mediante medidas legales, reglamentarias o administrativas apropiadas, de que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal puedan beneficiarse, en toda su extensión, de la protección que les confiere la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre²⁵.

Para concluir, y sobre el particular, en nuestro ordenamiento el Tribunal Supremo ha dictado recientemente la Sentencia nº 1206/2021, de fecha 02/12/2021, recaída en el Recurso nº 4701/2018, en la que la cuestión, planteada en el RCUD, se centra en determinar si, la celebración de 74 contratos de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria para cubrir necesidades permanentes de esta última, debe sancionarse como falta muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, o como falta grave, tal y como se dispone en el artículo 18.2 del RDLeg 5/2000, de 4 de agosto.

Y es que concurre una **cesión ilegal de trabajadores**, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a **necesidades estructurales de la empresa usuaria**, de modo que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.

²³ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 15/01/2014, dictada en el asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12 (ECLI:EU:C:2014:2), apartado 50.

²⁴ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 11/02/2010, dictada en el asunto *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-405/08 (ECLI:EU:C:2010:69), apartado 39.

²⁵ Cfr. Sentencia TJUE de fecha 11/02/2010, dictada en el asunto *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-405/08 (ECLI:EU:C:2010:69), apartado 40.

CAPITULO II

CRITERIOS PREFERENTES DE AUTORIZACIÓN PARA TELETRABAJAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos.

El teletrabajo, como forma de organización del trabajo que flexibiliza la condición relativa al lugar de trabajo e incorpora la utilización frecuente de las tecnologías de la información y la comunicación, se está afianzando no solo en el ámbito de la empresa privada sino también en las Administraciones Públicas. Prueba de esto último son las regulaciones normativas autonómicas al respecto, los programas piloto y las distintas experiencias de teletrabajo enfocadas a los empleados públicos, que se vienen desarrollando en los últimos años.

Sin perjuicio del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado el 16 de julio de 2002, y mientras no se apruebe una Directiva comunitaria sobre la materia, la regulación de la que disponemos sobre teletrabajo en el ámbito del empleo público funcionario y laboral se compone, en primer lugar, del art. 47 bis del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y, en segundo lugar, de las normas autonómicas dictadas para adaptarse al texto estatutario (dado que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia solo se aplica en el ámbito privado).

En el caso de la Administración General del Estado, se ha suscrito un Acuerdo entre Gobierno y sindicatos, de fecha de 12 de abril de 2021²⁶, en el que se incorporan los criterios generales para el desarrollo del teletrabajo en dicha Administración, pero no se dispone todavía de una norma reguladora específica al respecto.

En las regulaciones normativas sobre teletrabajo que las Comunidades Autónomas han aprobado a fin de regular esta fórmula de trabajo a distancia, se tratan aspectos tan relevantes como el ámbito de aplicación personal, los puestos de trabajo susceptibles de desempeñarse mediante teletrabajo, los requisitos de autorización para teletrabajar, el

²⁶ chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portals/efp/funcion-publica/dialogo-social/mesas-negociacion/Acuerdos-de-MGNAGE--36.3-TREBEP-/12_04_21_Acuerdo_MGNAGE_Art_36_3_Teletrabajo.pdf

procedimiento de solicitud, entre otros, y, por lo que ahora nos interesa, los criterios preferentes de autorización para teletrabajar.

En este sentido, es posible que varios empleados públicos deseen prestar el servicio mediante jornada no presencial y pertenezcan a la misma unidad de trabajo. En este caso, puede no resultar factible que ambos presten sus funciones teletrabajando, por cuestiones de organización administrativa. De ahí que las normas autonómicas al respecto frecuentemente incluyan opciones como las de rotar entre los trabajadores, organizar turnos, o alcanzar un acuerdo entre los empleados públicos y la Administración.

A la hora de decidir sobre la prioridad de un trabajador u otro de entre los solicitantes de teletrabajo, se establecen distintas circunstancias a tener en cuenta y que deben ser acreditadas por la persona trabajadora afectada. Por ejemplo, se establece la preferencia para teletrabajar de aquel trabajador o trabajadora que no haya tenido concedida esa posibilidad con anterioridad, durante los dieciocho meses consecutivos inmediatamente anteriores²⁷.

La conciliación de la vida familiar y personal con la laboral suele incluirse como uno de los principales criterios para dar preferencia a un solicitante sobre el resto²⁸. De este modo, tiene prioridad para teletrabajar la persona trabajadora que tenga a su cargo personas mayores de 65 años que precisen cuidados continuados, hijos menores de 12 años²⁹, familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad con discapacidad, familiares con enfermedad grave³⁰ hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad³¹, o por ser familia monoparental³².

Asimismo, son considerados como criterios preferentes la circunstancia de discapacidad del empleado público solicitante relacionada con la movilidad³³, o el hecho de tener una alteración de la salud; en este último caso, tanto si afecta a la movilidad como a otro tipo de condicionante de salud, del que resulte que la autorización de teletrabajar supondrá una contribución a que realice de forma óptima sus funciones³⁴.

Además de los criterios mencionados, resulta relevante cuál sea la distancia por la que ha de desplazarse la empleada pública desde su domicilio al puesto de trabajo³⁵ o si está realizando estudios reglados o relacionados con el puesto de trabajo³⁶, aparte de su eventual condición de víctima de violencia de género o por tener 60 años³⁷.

Con carácter general, se menciona a hijos e hijas a los que atender, como hemos señalado, lo cual comprende también a las personas que se encuentren en régimen de

²⁷ Art. 7.1 Decreto islas Baleares.

²⁸ Art. 15.4.a) Orden Galicia.

²⁹ A menores de 18 años se refiere el art. 7 Decreto Islas Islas Baleares.

³⁰ Este supuesto es denominado como “teletrabajo ocasional por fuerza mayor familiar” en la Disposición Adicional 2ª Orden Aragón.

³¹ Art. 6.1.a) Decreto Castilla y León. Art. 8 Decreto Extremadura.

³² Art. 7.2.a) 4 Decreto Islas Baleares.

³³ Art. 7.2.c) Decreto islas Baleares.

³⁴ Art. 7.2.d) Decreto Islas Baleares.

³⁵ Cláusula 9ª Borrador Acuerdo Asturias.

³⁶ Art. 7.2.f) Decreto Islas Baleares.

³⁷ Cláusula 9ª Borrador Acuerdo Asturias.

tutela o acogimiento permanente o preadoptivo, o simple, si se prevé que dure todo el tiempo de prestación de servicios mediante teletrabajo³⁸.

Del mismo modo, se extienden las referencias relativas al parentesco en grado de afinidad a la relación entre la persona solicitante y los parientes por consanguinidad de la pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas Estables correspondiente³⁹.

La situación de embarazo de la empleada pública implica obtener preferencia para teletrabajar: “Las interesadas que cumplan los requisitos previstos en el presente decreto y acrediten encontrarse en gestación podrán solicitar y obtener preferentemente autorización para prestar el servicio durante la totalidad de la jornada laboral bajo la modalidad no presencial. La prestación del servicio en régimen de teletrabajo finalizará una vez que cesen las causas que la motivaron”⁴⁰.

Una vez analizados los criterios conforme a los cuales se otorga preferencia para desempeñar las funciones del puesto mediante teletrabajo en las Administraciones públicas autonómicas, conviene considerar su forma de valoración. No siempre se establece una especificación al respecto, pero, en caso de mencionarse, en ocasiones se tiene en cuenta el orden en que están enumerados en el texto normativo⁴¹. En otras ocasiones, se les otorga una puntuación, e incluso mayor preferencia para teletrabajar más tiempo, si se pertenece a un grupo determinado de entre las circunstancias de preferencia⁴².

Solicitada la prestación laboral mediante teletrabajo, aplicados los criterios de preferencia señalados según la forma de valoración que es haya dispuesto en cada caso, puede darse la circunstancia de que continúe la concurrencia de varios solicitantes en igualdad de circunstancias y justificación. En tal supuesto, suele concederse la prioridad para teletrabajar a la persona trabajadora que acredite más antigüedad en la unidad de trabajo⁴³. Si este criterio no es suficiente y persiste el empate, este último será se solucionará mediante sorteo público⁴⁴.

Adquirida la condición de teletrabajador, se está obligado a poner en conocimiento de la unidad administrativa correspondiente tanto las pruebas acreditativas de las circunstancias que le han otorgado preferencia para teletrabajar, como, en su caso, la desaparición con posterioridad de esa/s circunstancias baremadas para autorizar el teletrabajo⁴⁵.

³⁸ Art. 7.4 Decreto Islas Baleares.

³⁹ Art. 7.5 Decreto Islas Baleares.

⁴⁰ Disposición Adicional 1ª Decreto Extremadura. Art. 12.1 Orden Aragón.

⁴¹ Art. 7.3 Decreto Islas Baleares.

⁴² Art. 12.2 Orden Aragón.

⁴³ Art. 7.3 Decreto Islas Baleares.

⁴⁴ Art. 7.3 Decreto Islas Baleares.

⁴⁵ Art. 6.4 Decreto Castilla y León.

CAPITULO III

IMPLEMENTACIÓN DE ACUERDO DE TELETRABAJO

JUAN CARLOS MERINO SAN ROMÁN

Director de Capital Humano y Jurídico IMA IBÉRICA.

SUMARIO

- I. LEY 10/2021, DE 3 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA. II. ACUERDO DE EMPRESA DE TRABAJO A DISTANCIA III. CONTENIDO MÍNIMO DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA.

I. LEY 10/2021, DE 3 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA

La pandemia de COVID-19, que fue declarada por la Organización Mundial de la Salud de emergencia de salud pública de importancia internacional el 30 de enero de 2020 y reconocida como pandemia el 11 de marzo de 2020, ha implicado un fuerte desarrollo en la puesta en marcha por parte de las empresas del trabajo a distancia.

A pesar de que no se trata de una modalidad nueva de trabajo, puesto que ya había empresas que tenían implantado el trabajo a distancia o el teletrabajo en sus organizaciones, a raíz de la pandemia y con la ayuda de las nuevas tecnologías y la velocidad en la digitalización, ha derivado en un nuevo entorno laboral que ha surgido con fuerza y que ha venido para quedarse.

Es por ello, que esta nueva tendencia exige al legislador el esfuerzo de adaptar el marco jurídico laboral a las nuevas reglas de juego que van asociadas a esta forma de trabajar y con esta voluntad nace la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia⁴⁶, se ha tramitado como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia⁴⁷ del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de

⁴⁶ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2021, núm. 164, Pág. 82540-52583.

⁴⁷ Convalidación y tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 165 de 22 octubre de 2020, p. 3.

septiembre, de trabajo a distancia⁴⁸, que posteriormente fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante resolución de 15 de febrero de 2020⁴⁹.

Se trata de una norma que, por una parte, apuesta por la voluntariedad de este modelo de organización laboral, y, por otra, garantiza a las personas que trabajan a distancia los mismos derechos que las que ejercen sus actividades en locales de la empresa. Además, refuerza el papel de la negociación colectiva ya que a través de esta se determinarán las condiciones y aspectos tan relevantes como el derecho a la desconexión, la flexibilidad horaria y la reversibilidad del teletrabajo.

II. ACUERDO DE EMPRESA DE TRABAJO A DISTANCIA

De inicio, hemos de señalar que el trabajo a distancia parte de la premisa del acuerdo entre las partes a pesar del amplio margen del que dispone la negociación colectiva para su regulación y, más concretamente, la negociación colectiva extraestatutaria⁵⁰. En este sentido, la propia norma recoge que esta modalidad de organización o prestación de la actividad laboral no resulta de los poderes de dirección y organización empresariales, ni tampoco de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino que es una opción voluntaria para ambas partes.

Igualmente, hay que destacar que, en el ámbito de la empresa, y a través de los cauces de la negociación colectiva, se han de establecer las bases que establezcan las condiciones y circunstancias para poder acceder al mismo. No debemos de olvidar que cada organización tiene unas características propias y diferentes al resto y, precisamente por ello, lo más razonable es que en el seno de la empresa se determine las condiciones que se han de cumplir para poder acceder a realizar el trabajo a distancia.

III. CONTENIDO MÍNIMO DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

La empresa ha de elaborar un acuerdo de trabajo a distancia que el trabajador ha de firmar antes de su inicio. El acuerdo de trabajo a distancia como mínimo, y con independencia de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, habrá de contener los elementos que a continuación se señalan:

1. Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.

⁴⁸ Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, 23 de septiembre de 2020, núm. 253, pp. 79929-79971.

⁴⁹ Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, 22 de octubre de 2020, núm. 279, p. 90578.

⁵⁰ NOGUERIRA GUASTAVINO, MAGADALENA: «Límites a la negociación colectiva. El acuerdo de trabajo a distancia debe contemplar en su clausulado el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, siendo nula la cláusula que lo difiere a la voluntad unilateral de la empresa por causas organizativas, pudiendo, sin embargo, preverse plazos distintos de preaviso de la reversibilidad según quien sea la parte que la inste», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, núm. 9/2022.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022⁵¹ señala que “el deber de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos se impone desde la ley” y para el caso de que el “convenio o acuerdo de empresa establece tales condiciones a ello habrá de estarse, pero si nada se dice, como en este caso ocurre con el convenio del sector, es evidente que el trabajador deberá cumplir con ellas por así imponerlo la ley”.

2. Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

En este sentido, es importante señalar el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022, en el que se recoge que no cabe remitirse al convenio colectivo sectorial cuándo no establece ninguna regla al respecto, ya que a pesar de que el convenio sectorial no establezca criterio alguno para la compensación por gastos “no es óbice para que el empresario tenga que dar necesario cumplimiento a la obligación que legalmente se le impone, aun cuando el convenio nada haya establecido al respecto”, concluyendo que “esta laguna no impide la aplicación del art. 7 b) LTD y el pleno derecho a que el trabajador sea resarcido por todos los gastos que se le ocasionan al trabajar a distancia”.

3. Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.

Con relación al deber del trabajador, durante las horas de trabajo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022 señala que ha de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de empresa “dado que el derecho a la desconexión se vincula al tiempo fuera del horario de trabajo, la pretensión empresarial de que durante el tiempo de trabajo el trabajador esté conectado constituye una exigencia conforme a la legalidad”. A su vez, el control horario de inicio y fin de jornada debe efectuarse a través de la aplicación establecida al efecto.

4. Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 22 de marzo de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:1132).

El acuerdo de teletrabajo debe de reflejar el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia.

5. Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.

El acuerdo de teletrabajo debe de reflejar el centro de trabajo al que queda adscrito el trabajar y lugar en el que desarrollará la parte de jornada presencial.

6. Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.

Con relación a las medidas de prevención de riesgos laborales del lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2022 señala que “el deber de prevención impone que los riesgos se evalúen, art. 15.1.b) LPRL, y para ello es preciso conocerlos. Por esta razón, el legislador en el art. 16.2 LTD, con el propósito de compaginar el deber de prevención con el derecho a la intimidad que abarca al domicilio personal del teletrabajador, ha dispuesto que esta información se obtenga con una metodología lo menos invasiva posible. Con este propósito se elabora el cuestionario referido en el HP 6.º cuya elaboración por el teletrabajador permite conocer el entorno de traba sin afectar su intimidad”.

Por tanto, el trabajo a distancia debe de prestarse en el domicilio comunicado a la empresa y, en el caso de que la persona trabajadora desee modificar el lugar de prestación de servicios, deberá comunicarlo a la empresa. Una vez recibida la solicitud de cambio, la empresa tendrá que evaluar si la nueva ubicación reúne las condiciones de idoneidad suficiente para mantenerse el acuerdo de trabajo a distancia.

7. Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022, con relación a la reversibilidad de trabajo a distancia señala que “el trabajo distancia no es una decisión que de él dependa exclusivamente y pueda, como dice, ‘autorizar’, sino que se trata de un acuerdo de voluntades que para ambas partes es reversible. Por tanto ambas pueden, si así cada una lo decide, revertir el trabajo a distancia”.

Al mismo tiempo, matiza que “nada impide que el empresario preestablezca los supuestos en los que él puede ejercer tal derecho. En cambio, se considera abusivo, at. 7.2 CC, que limite por esta vía contractual adhesiva el ejercicio de la reversibilidad por parte del trabajador y en consecuencia tal parte del clausulado se aprecia contraria al ordenamiento y así se indicará en el fallo”.

En definitiva, “no es admisible el establecimiento de una cláusula general de previa renuncia a derechos para el caso en que el empresario ejerciera la reversibilidad, ya que esta podría en ocasiones resultar contraria a derecho”.

8. Medios de control empresarial de la actividad.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022 entiende que estas medidas se ajustan al marco normativo. Para ello, se basa en el “art 22 LTD que señala: La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”, afirmando que “la norma legal atribuye al empresario la facultad de vigilancia y control para verificar que el teletrabajador cumple sus obligaciones por lo que la cláusula se acomoda a la norma legal”.

Por tanto, la empresa, a través de las personas que designe o de los superiores jerárquicos, podrá controlar y supervisar la actividad de la persona trabajadora mediante sistemas telemáticos, informáticos y electrónicos.

9. Procedimiento para seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.

A este respecto, señalar el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021⁵², que recoge que “en caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir

⁵² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 10 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:1855).

descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia”.

Por ello, habrá que establecer un procedimiento para el caso de dificultades técnicas que impidan el normal trabajo a distancia la persona trabajadora para que pueda comunicar la incidencia de forma inmediata a su responsable y que el departamento técnico de la empresa proporcione la atención precisa para su solución ya que, para el caso de que no fuera posible su solución en un plazo razonable de tiempo, recoger en dicho protocolo la obligatoriedad de volver al trabajo presencial hasta que las dificultades sean solucionadas, puesto que, en caso contrario, todo el tiempo en que el trabajador permanezca en régimen de trabajo a distancia será computado como tiempo efectivo de trabajo.

10. Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

La persona trabajadora está vinculada a los derechos y obligaciones establecidos por la empresa en relación con la protección y confidencialidad de los datos y el acceso a datos de carácter personal.

11. Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

La persona trabajadora se debe comprometer especialmente a cumplir con las medidas de seguridad establecidas por la empresa para asegurar la confidencialidad, secreto e integridad de los datos de carácter personal a los que tenga acceso, y a no ceder a terceros los datos de carácter personal a los que tenga acceso, ni tan siquiera a efectos de su conservación.

12. Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

Por último, el acuerdo de trabajo a distancia tiene que reflejar la duración y vigencia de este

CAPITULO IV

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS

ANA I. PÉREZ CAMPOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. CAMPO DE APLICACIÓN: SUJETOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS

III. LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA QUE A PARTIR DEL 1/1/2012 REALICEN LABORES AGRARIAS, SEAN PROPIAMENTE AGRÍCOLAS, FORESTALES O PECUARIAS O SEAN COMPLEMENTARIAS O AUXILIARES DE ESTAS EN EXPLOTACIONES AGRARIAS.

IV. LA MUJER EN EL TRABAJO AGRARIO. IDEAS BÁSICAS

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La desaparición del Régimen Especial Agrario (REA) supuso la reconducción de los trabajadores autónomos agrarios al RETA y los trabajadores por cuenta ajena agrarios al Régimen General de Seguridad Social (RGSS), en virtud de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social⁵³.

Sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de una década desde la desaparición del régimen especial agrario, a efectos de ámbito de aplicación, la integración en el RGSS

⁵³ BOE nº 229, de 23 de septiembre de 2011.

es aún una cuestión pendiente o inacabada y, además, viene acompañada de importantes interrogantes.

Decimos que la integración del trabajo asalariado agrario, en materia de campo de aplicación, es una cuestión aún pendiente o inacabada porque dicha integración quedaba condicionada a un futuro desarrollo reglamentario que no se ha producido aún, a pesar de los doce años que han transcurrido. Como ha señalado la doctrina científica las notables especialidades -unas transitorias y otras no- de los sistemas especiales para trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena, han permitido hablar durante mucho tiempo de un “largo adiós” al REA⁵⁴.

A pesar del tiempo transcurrido y de las dudas planteadas, se confirma que, al menos en lo que refiere al campo de aplicación, habrá que empezar prácticamente de cero con la integración. El futuro desarrollo reglamentario debería abordar quienes quedan fuera y dentro del Sistema especial de la Seguridad Social. Ahora bien, se trata de una cuestión verdaderamente compleja, sobre todo por tener que clarificar conceptos jurídicos indeterminados, tales como labor o explotación agraria y actividad complementaria o accesoria.

Teniendo en cuenta que la integración tenía como objetivo no sólo la equiparación sino también el fomento o incentivo del trabajo agrario, habría que plantear mecanismos de atracción de trabajadores al sistema agrario, en especial del colectivo de mujeres y jóvenes. La ausencia de desarrollo reglamentario es una oportunidad para replantearse las estrategias para conseguir cumplir con dichos objetivos.

II. CAMPO DE APLICACIÓN: SUJETOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS

Las referencias relativas al ámbito de aplicación subjetivo se contienen en el art. 252 del TRLGSS relativos al SEA, tras la derogación del RD de 2011. En principio, y mientras no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo 252 se mantiene el ámbito de aplicación del REA, con exclusión de los requisitos de “habitualidad y medio fundamental de vida”, que se entendían imprescindibles para la inclusión de trabajadores en la anterior legislación social agraria.

De esta forma, podríamos decir que se ha producido una integración automática, esto es, se han trasvasado directamente al SEA los trabajadores que ya figuraban inscritos en el censo agrario en la fecha de entrada en vigor de la Ley 28/2011, de 1 enero 2012.

La carencia del desarrollo reglamentario está generando gran inseguridad jurídica desde la perspectiva subjetiva y objetiva del campo de aplicación, esto es, resulta complicado determinar quiénes son trabajadores agrarios, qué se entiende por labor o explotación agraria y, sobre todo, resulta difícil delimitar cuando una actividad es complementaria o accesoria de una labor agraria.

De la combinación de estos preceptos legales, hoy quedan comprendidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios:

⁵⁴ DESDENTADO BONETE, A.: “El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós”, *Actualidad laboral*, T. I, 2008, pág.37.

Los trabajadores por cuenta ajena que figuraban inscritos en el extinto REA a 31/12/2011 y que cumplían los requisitos que esta norma señalaba para su inclusión en el REA, a saber: tener cumplida la edad de 16 años y realizar labores agrícolas remuneradas, por cuenta ajena con habitualidad y como medio fundamental de vida, bien con carácter fijo o eventual y bajo la dirección y dependencia una empresa persona física y jurídica. Los trabajadores que realizasen labores agrarias, complementarias o auxiliares por cuenta ajena, con habitualidad y como medio fundamental de vida, de forma fija o eventual y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica.

Esta regulación planteaba la problemática, en primer lugar, de definir qué se entiende por labor agraria, en cuya delimitación ha tenido un papel relevante la jurisprudencia y, en segundo lugar, la de concretar qué es una labor agraria porque sólo quien realizase dicha labor agraria de forma habitual y como medio fundamental de vida estaría incluido en el campo de aplicación. Como puede observarse, se configuración sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados provocan la necesidad de concreción por vía judicial.

III.LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA QUE A PARTIR DEL 1/1/2012 REALICEN LABORES AGRARIAS, SEAN PROPIAMENTE AGRÍCOLAS, FORESTALES O PECUARIAS O SEAN COMPLEMENTARIAS O AUXILIARES DE ESTAS EN EXPLOTACIONES AGRARIAS.

A este colectivo ya no se les va a exigir el requisito de habitualidad y medio fundamental de vida, de manera que sus ingresos económicos pueden ser obtenidos tanto de su trabajo por cuenta ajena en el sector de la agricultura como en otro sector. Pero para permanecer incluido en el sistema especial, durante los periodos de inactividad, será necesario cumplir con el requisito de realizar un mínimo de 30 jornadas reales en un periodo continuado de 365 días.

La exigencia de dedicación fundamental a las actividades agrarias para venir encuadrado en el extinto REA se justificaba por el privilegio que suponía la menor presión contributiva a la que estaban sometidos los sujetos incluidos en este régimen especial, justificación que desaparece con la integración en el SEA está previsto que la cotización se equipare con la del régimen general de manera paulatina, hasta ser la misma en 2031.

Suprimido el requisito de que las labores agrarias tengan el carácter de habituales y constituyan el principal aporte de ingresos para quien las realiza, en líneas generales cabe entender que se mantienen los conceptos ya clásicos que determinaban la incorporación al extinto régimen especial, lo lleva a seguir manejando las categorías que se consignaban en el artículo 2 del derogado Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de las leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, y se establecía y regulaba el REA, así como en los artículos 2, 7 y 8 del también derogado Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que aprobó el Reglamento General del citado REA.

El párrafo segundo del art. 252 TRLGSS establece que “ no tendrán la consideración de labores agrarias las operaciones de manipulado, empaquetado, envasado y

comercialización del plátano, a que se refiere el artículo 136.2.g), aunque para el mismo empresario presten servicios otros trabajadores dedicados a la obtención directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del propio producto y todo ello sin perjuicio de lo establecido respecto de su venta en el último párrafo del artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias”.

Por otro lado, la mayoría del personal ocupado en labores agrarias posee carácter eventual o temporero, de modo que no siempre será fácil presumir que la actividad agraria es su principal medio de sustento y su trabajo habitual, con lo que al eliminarse estas exigencias se facilita, sin duda, e incluso nos atreveríamos a decir que mejora su encuadramiento.

En definitiva, se mantienen las dudas sobre el alcance de lo que deba entenderse por labores agrarias a la espera, si llega, de su concreción en el ansiado desarrollo reglamentario.

Ante la ausencia de un desarrollo reglamentario propio del campo de aplicación del SEA, cobran especial significación, como fuente subsidiaria, las previsiones contenidas en la anterior regulación del extinto Régimen Especial Agrario y su interpretación jurisprudencial, en lo que sean compatibles con la nueva regulación del SEA, y se aplica al igual que en el REA, el Decreto de 3772/1072, de 23 de octubre que señalaba expresamente las actividades incluidas y excluidas de su campo de aplicación.

Así, por no venir encuadrados en el REA, tampoco están incluidos en el SEA:

- Los mecánicos y conductores de vehículos y maquinaria cuyos propietarios arrienden sus servicios para labores agropecuarias sin ser titulares de una explotación o cuando siéndolo no los utilicen en la misma.
- Los operarios que trabajen directamente por cuenta de las Empresas cuya actividad es la de aplicaciones fitopatológicas¹⁵.
- El personal dedicado a actividades resineras comprendidas en el sistema especial correspondiente establecido por Orden de 3 de septiembre de 1973.
- En estos casos se trata de poner el mayor relieve del carácter de prestación de servicios que desarrolla la empresa frente a la naturaleza específica de la actividad que se lleva a cabo
- El cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario con consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su explotación agraria, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo, a no ser que se demuestre su condición de asalariados [sin perjuicio de que puedan tener la condición de trabajadores por cuenta propia] y sin perjuicio de que el titular de la explotación agraria pueda dar de alta como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de 30 años, pero en este caso sin derecho a protección por desempleo (DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo).

En otro orden de consideraciones, la delimitación de lo que se entendía por **labores agrarias** también ha sido una de las cuestiones controvertidas a la hora de considerar el ámbito de aplicación subjetivo del REA y que ahora se traslada al SEA.

El concepto de labor agraria, entendida como trabajo, actividad, realización material humana, plantea cierta complejidad en la concreción del ámbito de aplicación del REA, porque los requisitos y elementos delimitadores de dicha actividad no son meras descripciones de dicho proceso productivo, sino que reducen o amplían el significado de lo que puede ser entendido por actividad agraria, determinando sustancialmente el sentido jurídico de dicha acepción. A ello debe añadirse que se introducen determinados supuestos de exclusión que impiden considerar como agrarias a actividades en las que se cumplen los requisitos generales de reconocimiento del concepto de labor agraria. En este sentido, el referente delimitador no es exclusivamente el de la actividad desarrollada sino el del trabajador que hace algo o que lo hace de una determinada manera, o que además de hacer algo tiene unas características especiales.

Las labores agrarias, pueden ser agrícolas (las del cuidado o trabajo de la tierra, inclusión se encuentran las dedicadas a plantación, siembra, poda, recolección, abonado, desbroce, arado y labrado o similares) pecuarias (son las que están dirigidas directamente a la cría y cuidado de ganado) y las forestales (dentro de estas se encuentran comprendidas las actividades de corta, pela, repoblación, transporte de árboles, corta de leña, aprovechamientos de espartizales y las actividades dedicadas a la silvicultura). Además de las actividades descritas en el artículo 8.1 del Decreto 3772/1972 como agrarias, aquellas que persiguen la obtención directa de los frutos y productos agrícolas, forestales o pecuarios tales como agrarias una serie de actividades de transporte o de primera transformación, pero siempre que estén vinculadas de una forma concluyente a las labores de extracción de los frutos.

También ha sido especialmente compleja la determinación dentro de las labores agrarias de lo que sean actividades de primera transformación y comercialización puesto que la jurisprudencia no ha mantenido una postura unívoca.

Inicialmente, la jurisdicción social consideró que quedaban fuera porque no las consideraba labores agrarias las de frutas y hortalizas. Separaba la transformación y comercialización del proceso de producción quizá en un intento de limitar la inclusión en el SEA en cuanto tiene una presión contributiva menor⁵⁵. En cambio, la jurisdicción contencioso-administrativa considera el ciclo productivo como un todo, aunque excluía las actividades de manipulación, envasado o transformación cuando eran realizadas por terceras personas ajenas a la producción del producto. Y esto es lo que se consideró respecto de los frutos y productos hortícolas.

En definitiva, se pone de manifiesto que las labores agrarias revestidas de un carácter complementario o accesorio a un proceso industrial o mercantil quedaron fuera del REA

⁵⁵ HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: El campo de aplicación del sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios: cuestiones hereditarias e incertidumbres futuras, en *VV:AA Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios. Comentarios a la Ley 28/2011 de 22 de septiembre* (Dir. F.J Hierro Hierro). Laborum, Murcia, 2012, pág. 15.

y, por tanto, también del SEA y se incluyeron en el RGSS en virtud del principio de unidad de empresa sobre la actividad concreta de los trabajadores.

Ahora bien, esto tampoco es determinante porque se excluyen del campo de aplicación del SEA al no considerarse labores agrarias, las de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano; se excluyen del campo de aplicación a los trabajadores dedicados a actividades de transformación que no intervienen en la obtención directa de frutos y productos agrícolas.

En definitiva, la noción y alcance de lo que deba entenderse por labor agraria y el principio de la unidad de empresa difiere en la interpretación de la doctrina judicial, la jurisprudencia y la administración. La configuración jurídica del ámbito subjetivo del SEA no es algo definitivamente cerrado.

IV.LA MUJER EN EL TRABAJO AGRARIO. IDEAS BÁSICAS

La incorporación de la mujer al trabajo agrario y su protección social, a pesar de los avances en el reconocimiento pleno de la igualdad de derechos y libertades entre mujeres y hombres, es una realidad aun pendiente, porque en el ámbito rural la equiparación de sexos evoluciona de forma más lenta. Se estima que existe un número muy alto de mujeres, por encima de medio millón, que se encuentran “vinculadas” a explotaciones agrarias familiares en calidad de cónyuges, hijas de titulares u otras, las cuales no suelen cotizar a la Seguridad Social, lo que origina un menor reflejo de su papel en la agricultura.

El impulso de la igualdad entre hombres y mujeres también debe extenderse al ámbito de protección social agrario. Así se indicaba en las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2 de octubre de 2003, en su apartado 4 donde se aludía a la necesidad de adoptar cuantas medidas se considerasen oportunas a fin de evitar la discriminación de la mujer en el acceso al REA. En la tercera renovación del Pacto de Toledo, aprobada el día 19 de noviembre de 2020, en la línea de su precedente - la segunda renovación del Pacto en 2011-, se mantiene como una de sus recomendaciones la necesidad de garantizar la igualdad de la mujer en el ámbito de la seguridad social, de forma global sin aludir a la situación en el mundo agrario. Para ello propone abordar la cuestión de los cuidados en el entorno familiar, la igualdad retributiva, la introducción de las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales, el trabajo a tiempo parcial y la importancia de asegurar rentas mínimas suficientes.

En relación con la trabajadora por cuenta ajena, en principio, no hay ninguna particularidad destacable respecto al contrato laboral común, ya que quedaban incluidos en el Régimen Especial Agrario los trabajadores mayores de 16 años, fijos o eventuales, que reúnan las condiciones que se establecen reglamentariamente. Sin embargo, se descubre que la posición de la mujer en la agricultura y su protección social es deficitaria. Hay un déficit fundamental en la afiliación de este colectivo, porque el grado

de aseguramiento social de la mujer no se corresponde con su verdadera implicación en el trabajo agrario⁵⁶.

Por otra parte, el marco legal que delimita el ámbito subjetivo, y ha caracterizado al REA durante años, ha dificultado la incorporación en él de trabajadoras del sexo femenino. Aunque en el artículo 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de junio, se incluía a todos los trabajadores que realizasen trabajos de naturaleza agrícola cualquiera que sea su sexo, la mujer no era tratada legalmente en igualdad de condiciones con el varón para poder ser considerada dentro de la población agraria e incorporada al censo agrario.

El mero hecho de la condición de cónyuge del titular de la explotación la coloca fuera del campo de aplicación de la Seguridad Social, ya que al ser considerados trabajos familiares no permitían su tratamiento como trabajo por cuenta ajena, salvo que se demuestre la condición de asalariado. Por otra parte, los requisitos objetivos para el encuadramiento en el REA estaban vinculados con el hecho de cómo se desarrollan los trabajos agrarios; en concreto, el requisito de la profesionalización medido en términos de habitualidad y como medio fundamental de vida que se exigía para la inclusión en el REA alejaba a las mujeres de él⁵⁷.

Hoy ya no es así, quizá sea la oportunidad para conseguir una mayor implicación en la integración de la mujer en el ámbito agrario que sirva para mejorar su protección social, aunque para ello habrá que implementar otros mecanismos de fomento del trabajo agrario femenino. Se requieren cambios y quizás la reforma legislativa que está por venir y consolide la integración del trabajo agrario en el régimen general pueda incluir una protección específica que permita obtener mejores resultados sobre el trabajo femenino agrario.

La ausencia de desarrollo reglamentario se podría plantear como una nueva oportunidad para establecer nuevos mecanismos de fomento y protección social del trabajo femenino. Al margen de la inclusión en el sistema especial agrario de la trabajadora derivado de la aplicación de la ley de titularidad compartida de explotaciones agrarias, cabe destacar la necesidad de aplicar otras medidas que contribuyan a la equiparación de mujeres y hombres en el mundo rural, a fomentar el acceso al sistema especial agrario, como acciones positivas que beneficien directamente a las mujeres con el fin de acabar con la situación de la invisibilidad de su trabajo en el mundo rural, ayudas, subvenciones e incluso mecanismos de protección social para el fomento del trabajo por cuenta ajena de las mujeres, así como la viabilidad y equidad de sus pensiones.

La futura regulación del sistema de protección social agrario debiera dar más oportunidad de encuadramiento a la mujer, en un intento de atraer a un mayor número de mujeres a la actividad agraria y como mecanismo de integración en el sistema

⁵⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 239 y 240. HIERRO HIERRO, J.: “Mujer y Seguridad social agraria”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006, pág. 148.

⁵⁷ SERRANO ARGÜELLO, N. y DUEÑAS HERRERO, L.J.: “la necesaria integración de la mujer en la protección social agraria” *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 7, 2006, pág. 232.

especial, aunque dicha integración no resulte sencilla y no esté exenta de dificultades. Sería necesario que todas las mujeres que viven en zonas rurales tengan derechos propios en el sistema de protección social, el acceso a una profesión desarrollada en condiciones socioeconómicas favorables con acceso a formación permanente, así como poder aprovechar un contexto social positivo para recuperar los retrasos que tanto han contribuido a su aislamiento. Hay cabida, por tanto, para la implementación de distintas reformas normativas de futuro que tengan como objetivo la equiparación de derechos y una protección social justa de las trabajadoras en el ámbito agrario.

V.CONCLUSIONES

Con el transcurso del tiempo, el sector y las explotaciones agrarias se han ido transformando considerablemente lo que ha provocado que tanto el perfil de la empresa agrícola como el del trabajador por cuenta ajena agrario no se corresponda con el de hace unos años.

El sistema especial agrario mantiene el ámbito subjetivo de aplicación del anterior régimen especial agrario, y, en consecuencia, la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo del sistema especial dentro del régimen general se ha quedado en una declaración de intenciones en la que llevamos ya doce años de espera.

El sector agrario también se ha visto afectado por transformaciones a nivel social, demográfico y tecnológico, sus posibilidades de crecimiento y desarrollo económico determinan hoy más que nunca la necesidad de efectuar cambios en el marco de las relaciones laborales y de protección social de los trabajadores que prestan servicios en el campo.

CAPITULO V

LA NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS MAYORES EN ESPAÑA DURANTE LA PANDEMIA

OSCAR IGNACIO MATEOS Y DE CABO

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos.

La pandemia del Covid-19 ha ocasionado graves y profundos problemas en grandes sectores de la población mundial. Desde el punto de vista jurídico, la situación sanitaria en España incidió de tal forma sobre las personas y las instituciones que originó la declaración del estado de alarma, que se inicia con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que se prorroga hasta el 12 de abril de 2020, a través del Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo⁵⁸.

Estas normas se dictan con el objetivo de proteger a la población y asegurar el funcionamiento de las infraestructuras críticas frente a los efectos epidémicos de la pandemia por Covid 19. No obstante, la normativa de excepción se tiene que aplicar en consonancia con la legislación básica que resulta, en general, bastante garantista con los derechos sanitarios de los ciudadanos españoles.

Como ya hemos defendido en anteriores trabajos, esta normativa de excepción hay que entenderla en el sentido expresado en el fundamento octavo de la STC 83/2016, que mantiene que el estado de alarma no supone la suspensión de derechos fundamentales puesto que, “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE), contrario sensu, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”⁵⁹.

⁵⁸ La segunda prórroga se produce hasta el 26 de abril de 2020 en virtud del Real Decreto 487/2020, de 10 de abril. La tercera prórroga alcanza hasta el 10 de mayo de 2020, con la cobertura del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril. Para terminar con la cuarta prórroga, que se extiende hasta el 24 de mayo de 2020, en virtud del Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020.

⁵⁹ MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *El derecho fundamental a la vida*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 41.

Sin embargo, este hecho no ha evitado graves incumplimientos de los más básicos derechos como los de la vida, la igualdad y la no discriminación de las personas mayores, especialmente en el acceso a la asistencia hospitalaria, especialmente de aquellos que vivían en las residencias de ancianos como vamos a exponer en este trabajo.

En efecto, los acontecimientos descritos han puesto de relieve la necesidad de reforzar los sistemas de protección de los ciudadanos, especialmente en materia sanitaria, frente a las decisiones arbitrarias de los poderes públicos, que no han respetado, en ciertas ocasiones, los más básicos derechos fundamentales. A la vez que se ha abierto el debate sobre los contornos de una delimitación clara de los citados derechos, que son susceptibles de limitación durante la declaración del estado de alarma constitucional.

Resulta cierto que este tipo de normas de excepción, que se han prolongado en España durante más de un año, a través de sucesivos decretos, han tenido la virtualidad de hacer posible la adopción de una serie de medidas beneficiosas para la población. Aunque no se puede obviar que, también, han creado bastante controversia en la opinión pública y en la doctrina especializada, lo que ha tenido una traslación jurídica en la importante STC 183/2021⁶⁰.

Hay que tener también en cuenta que la entrada en vigor de esta normativa de excepción ha posibilitado una serie de limitaciones en la libertad de circulación de las personas, que ha evitado una mayor propagación del virus. No obstante, también ha permitido la aplicación de otras medidas adicionales, como la posibilidad de efectuar requisas temporales o de exigir ciertas prestaciones personales obligatorias. Por eso, ha afectado a sectores muy variados de la actividad del Estado y de los ciudadanos, en áreas tan importantes como la sanitaria, la educativa, la cultura, los transportes o el energético, entre otros muchos.

En otros países de nuestro entorno también se han adoptado medidas similares. Este es el caso de Italia, en el que el Consejo de Ministros, con la resolución de 31 de enero de 2020, decretó el “estado de alarma como consecuencia del riesgo para la salud asociado a la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles”⁶¹.

En el desarrollo de estas medidas se elaboraron en Italia unos protocolos médicos, por parte de una relevante sociedad científica, aunque con una aplicación mucho más mesurada que en España porque, desde el punto de vista jurídico, en el país vecino no se pierde de vista que el contenido sustancial del derecho a la salud es un canon de

⁶⁰ En los fundamentos jurídicos de la STC 183/2021, en relación a la doctrina general relativa a la limitación de derechos fundamentales durante el estado de alarma se afirma que, un estado de alarma “podrá llegar a establecer “restricciones o limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE)”.

⁶¹ Esta disposición se fundamenta en el ejercicio de las facultades, que se encuentran previstas en el art. 24 del Decreto Legislativo n. 1/2018 (Código de Protección Civil), que regula el “estado de emergencia de trascendencia nacional”.

organización sistemática, que debe guiar todas los criterios de las elecciones clínicas asignativas⁶².

De esta forma, en Italia no se han vulnerado, en determinados colectivos, de forma global, sus derechos fundamentales pues, como afirma Anna Mastromarino, “la Constitución sigue siendo el cimiento del sistema a pesar de que una condición de emergencia obliga a las instituciones a razonar en términos de ponderación de derechos y no de suspensión”⁶³.

La explicación de esta diferencia se debe a diversos factores, entre los que destaca que, en el Derecho constitucional italiano no se encuentra prevista una disciplina constitucional para el estado de emergencia. En este país la doctrina comparte, prácticamente de forma unánime, la idea de que el denominado “*stato di guerra*” (art. 78 Constitución italiana 1947) no se puede utilizar por analogía en estas circunstancias⁶⁴.

Por lo que el constituyente italiano no quiso dotar al sistema de los mecanismos que puedan exceder de las premisas y los límites de la legitimidad constitucional, pero también de su control jurisdiccional. En este sentido, “no serían los fines, sino los medios y las maneras para perseguirlos los considerados *extra ordinem*”⁶⁵.

Lo que no significa que la Constitución italiana no tenga en consideración la emergencia, como una posibilidad de influir en el espacio público. Sin embargo, el constituyente ha preferido dotarse de instrumentos “extraordinarios”, pero dentro del marco ordinario de la vida constitucional del país, disponiendo el procedimiento del art. 77 de la Constitución de 1947, que otorga al Ejecutivo un espacio de maniobra para los casos de urgencia y de necesidad⁶⁶.

En este contexto jurídico se desarrolla el trabajo realizado por una sociedad científica italiana, que publica un documento, el 6 marzo de 2020, con el título de: “Recomendaciones de ética clínica para el ingreso en tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidades y recursos disponibles, elaborado por la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (SIAARTI)”⁶⁷.

⁶² PICCINNI, MARIA; APRILE, ANNA; BENCIOLINI, PAOLO; BUSATTA, LUCIA (*et al.*): “Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”, *Recenti Prog Med* 2020; 111 (4): 212-222.

⁶³ MASTROMARINO, ANNA.: “La respuesta a la emergencia covid-19: el caso italiano”, en BIGLINO CAMPOS, PALOMA; DURÁN ALBA, F. (Dir.): *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 5.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ CARDONE, ANDREA.: *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011. *Cit.*, en BIGLINO CAMPOS, PALOMA; DURÁN ALBA, F. (Dir.): *Los Efectos Horizontales...* Op, cit. p. 6.

⁶⁷ Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (SIAARTI). (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva). “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”. *Vid.* <https://www.sicp.it/documenti/altri/2020/03/siaarti-raccomandazioni-di-etica-clinica-per-lammissione-a-trattamenti-intensivi-e-per-la-loro-sospensione/>

Este documento proponía una serie de criterios, a la hora de la racionalización de los medios disponibles para el tratamiento sanitario, frente a los desequilibrios excepcionales que estaba originando la avalancha de servicios demandados para luchar contra la pandemia del Covid-19. De esta forma, se incluía una serie de medidas polémicas, que produjeron fuertes reacciones dentro de la comunidad médico-científica, en el mundo académico y en los medios de comunicación italianos⁶⁸.

Un ejemplo de esta polémica es el trabajo que aglutina a un buen número de investigadores de carácter multidisciplinar, de la Universidad de Padua, que valora el esfuerzo de la sociedad científica italiana SIAARTI, para proponer criterios de toma de decisiones en un momento tan dramático. Sin embargo, esta afirmación deja claro que “las Recomendaciones del Documento SIAARTI, si no se contextualizan en la gravísima emergencia en curso, serían muy difíciles de aceptar”⁶⁹. Este tipo de movimiento de reflexión y de rechazo, frente a los criterios arbitrarios a la hora del triaje de pacientes en las urgencias y en las consultas fue constatable en otros países y entornos diferentes⁷⁰.

En España también se formó un grupo de trabajo, en la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), que publicó un documento titulado: “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación

⁶⁸ Entre otros muchos medios de comunicación la noticia ha aparecido en: CAVICCHI, IVAN.: Le scelte degli anestesisti e gli “angeli della morte”. *Quotidiano sanità* (9 -3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2JoXxfR>; V. ZAGREBELSKY, Tutelare i diritti del paziente. *La Stampa* (9 -3-2020). Vid.: <https://bit.ly/3dHjWCY>; REVELLI, MARCO.: Siamo arrivati a una sorta di ground zero. *Il Manifesto* (11-3-2020). Vid.: <https://bit.ly/33WtNA9>; FERRERA, MAURIZIO.: Coronavirus, i medici e la dignità dei pazienti. *Corriere della Sera* (12-3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2QUMn6H>; FASSARI, CESARE.: Intervista a Monsignor Andrea Manto. *Quotidiano Sanità* (12-3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2xDLEzG>; Società Italiana di Cure Palliative, Federazione Cure Palliative. Da Siaarti riflessione importante che non deve restare confinata dentro le sole Terapie Intensive. *Quotidiano Sanità* (12 -3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2QXciKT>; COSTANZO, CATARINA; ZAGREBELSKY, VLADIMIRO.: L’accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative. Online First. Instant Forum: Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus 15 -3-2020 (in press BLJ 2020; 2). Vid.: <https://bit.ly/3dGJlJo>; COZZOLI, MAURO.: A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siaarti. Vid.: <https://bit.ly/2vZFXM9>; DE PANFILIS, LUDOVICA; TANZI, SILVIA; COSTANTINI, MASSIMO.: Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l’etica medica e le cure palliative ai tempi del CoViD-19. Online First. Instant Forum: Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus (20-3-2020), (in press BLJ 2020; 2). Vid.: <https://bit.ly/2JooQXt>; CONTI, ROBERTO.: Scelte tragiche e Covid-19. Giustizia Insieme (24-3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2vY065d>; Comitato Etico per la Pratica Clinica dell’Adulto dell’Azienda Ospedale-Università di Padova. Emergenza Covid-19: note. *Quotidiano sanità* (28 -3-2020). Vid.: <https://bit.ly/2JrSZol>.

⁶⁹ PICCINNI, MARIA; APRILE, ANNA; BENCIOLINI, PAOLO; BUSATTA, LUCIA(et al).: “Considerazioni etiche... Op, cit.

⁷⁰ BERLINGER, NANCY; WYNIA, MATTHEW; POWELL, TIA (et al).: “Ethical framework for health care institutions responding to novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for institutional ethics services responding to COVID-19. Managing uncertainty, safeguarding communities, guiding practice”, in *The Hastings Center* (2020 March 16). Vid.: <https://bit.ly/2UurQlQ>; Vid. S. DELIS; W. NEHLS; B. O. MAIER (et al). “Handlungsempfehlung zur Therapie von Patientinnen mit COVID-19 aus palliativmedizinischer Perspektive” (18-3.2020). Vid.: <https://bit.ly/2ULfyk6>.

excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”, fechado en marzo de 2020⁷¹.

Sin embargo, el documento español va más allá de las recomendaciones del italiano, al incluir otro tipo de criterios en el triaje de pacientes, como el de prioridad en la asistencia sanitaria en función de los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). Además, se establecían criterios que discriminaban a las personas mayores, que no estaban presentes en el de la sociedad científica italiana, como el de “tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”.

De esta forma, el documento español afirmaba que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva” lo que, en la práctica, supone no aplicar este tratamiento, con una clara limitación en la supervivencia del paciente, como hemos mantenido en un trabajo previo⁷².

En nuestra opinión, el documento de la sociedad científica española excede ampliamente las recomendaciones del italiano, que puede ser considerado como una base, porque las recomendaciones “supuestamente técnicas” del documento español entran también a proponer el “tener en cuenta el valor social de la persona enferma”, a la hora de decidir quién puede beneficiarse de los medios mecánicos para la respiración que, sumado a la edad o las patologías previas, implican la negativa a la utilización de estos aparatos esenciales para el mantenimiento de la vida⁷³.

Estas y otras razones llevaron al Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus, a criticar duramente este documento de “recomendaciones” español.

En este contexto, de miedo ante el colapso en los hospitales, algunas autoridades públicas españolas decidieron aplicar este tipo de protocolo, que planteaba la exclusión de las personas mayores o con patologías de unos tratamientos médicos, a los que tenían legal y éticamente derecho, que en muchos casos les habría ayudado a salvar la vida.

La consecuencia directa más inmediata fue el elevado número de fallecimientos que, según los datos oficiales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), sitúan a España en más de 30.600 defunciones de ancianos con coronavirus en residencias de mayores, desde el inicio de la pandemia⁷⁴. Lo que contrasta con los fallecidos durante el mismo período de tiempo en otros países de nuestro entorno, pues

⁷¹ Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias). “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”. 2020 Marzo. Vid. https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf.

⁷² MATEOS DE CABO, OSCAR, IGNACIO.: “El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores en la pandemia del Covid-19 y los protocolos médicos en Italia y en España”, en *Queste istituzioni* (Revista Jurídica Italiana), nº 2, 2022, p. 19.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴

https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_Semanal_Residencias_20210302.PDF.

la estrategia sanitaria fue totalmente diferente, debido a que los pacientes, para los que no había suficientes medios, se derivaron en autobuses o trenes medicalizados hacia otros recursos hospitalarios disponibles.

De esta forma, según el Comité de las Regiones de la Unión Europea, la Comunidad de Madrid se sitúa a la cabeza de la lista de fallecidos de toda Europa, seguida de Lombardía, Castilla-La Mancha, la Provincia autónoma de Trento, la Mayotte francesa, Castilla-León, el Valle d'Aosta y Cataluña⁷⁵.

Para Flores Giménez la experiencia de la pandemia debería servir para impulsar dos grandes iniciativas. Por un lado, la elaboración de una Ley Integral de Protección de los Derechos de las Personas Mayores. Por otra parte, las iniciativas para convencer a los Estados de apoyar una Convención de Naciones Unidas, con esta misma finalidad, como medio de avanzar en la garantía de los derechos de las personas de edad avanzada⁷⁶.

Para el mismo autor, resulta esencial que los derechos fundamentales aseguren el disfrute de la vida en libertad bajo la dignidad humana, lo que no se va a conseguir con el absentismo de los poderes estatales⁷⁷. Al contrario, una parte del exceso de mortalidad ha sido debido, precisamente, a carencias y deficiencias en su actuación.

Lo que contrasta con el hecho de que en España, muchas de las medidas restrictivas de derechos y del acceso a la salud pública, han sido rápidamente aceptadas por buena parte de la población, sobre la base de la intuición y de la responsabilidad de que resultaban necesarias. Lo que no evita, según Paloma Biglino que, en otros casos, ciertas medidas “susciten dudas, no sólo en razón de la autoridad que las adopta sino también por su contenido”⁷⁸.

El problema es que el hecho de que esas restricciones sean extraordinarias no supone que sean ilimitadas. La principal razón en la que se sustenta esa afirmación es porque no se puede llegar hasta la misma suspensión del derecho, debido a que se terminaría por vaciarlo de su propio sentido. Por eso, esas limitaciones “deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público”⁷⁹, sobre todo, porque ante el estado de alarma los derechos fundamentales siguen subsistiendo.

También Solozábal Echavarría ha resaltado que las medidas de las autoridades y el límite de las actuaciones en el estado de alarma “sólo son lícitas si sirven al restablecimiento constitucional”, a la vez que se tienen que atener al principio de

⁷⁵ European Union and the Committee of the Regions., *Regional differences in COVID-19 response: exposure and strategy*, p. 10. Vid. <https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Regional%20differences%20in%20COVID-19%20response%20-%20exposure%20and%20strategy/regional%20response%20covid.pdf>.

⁷⁶ FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO.: “Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de covid-19”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*. Nº. 34, 2023 p. 225.

⁷⁷ FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO.: “El cuidado de las personas mayores: Un derecho fundamental en ciernes”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*. Nº. 33, 2022, p. 154.

⁷⁸ BIGLINO CAMPOS, PALOMA.: “Introducción”, en BIGLINO CAMPOS, PALOMA(et al.): *Los Efectos Horizontales...Op, cit. p. 2.*

⁷⁹ *Ibidem*.

proporcionalidad. La consecuencia lógica es que “la alteración del funcionamiento institucional del Estado no implica la ausencia de responsabilidad política de las autoridades ni su exención jurídica, sin que proceda en el Estado constitucional, una *bill of indemnity* que asegure inmunidad alguna a los poderes públicos por su actuación durante el período excepcional”⁸⁰.

Por eso, hemos defendido que el derecho de excepción no limita, en modo alguno, el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. Al contrario, el derecho de excepción se dicta, precisamente, con el objetivo de defender la vida y la salud. De esta forma, en nuestra opinión, no se puede argumentar que, en base al Real Decreto 926/2020 y en los sucesivos que en España establecen el derecho de excepción, se pueda encontrar un apoyo para limitar el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, porque el ordenamiento jurídico ordinario seguía vigente, y debía de haberse aplicado en cualquier cuestión sanitaria, como en el resto de materias⁸¹.

Como muy bien dice Tomás de la Quadra-Salcedo, el Estado tiene la competencia sobre las bases de la sanidad, para garantizar “la existencia de una regulación uniforme y mínima y de vigencia en todo el territorio español en las condiciones de acceso al sistema sanitario, para que se evite la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud”⁸².

De esta forma, llegamos a lo que deseamos destacar. El hecho de que las autoridades sanitarias españolas, con independencia de las medidas incluidas en los decretos de declaración del estado de alarma, tanto del ámbito estatal como autonómico, podían haber adoptado perfectamente aquellas medidas adicionales previstas en la legislación sanitaria, al disponer de la habilitación para derivar pacientes a centros hospitalarios disponibles en otras localidades, incluso utilizando la sanidad privada, tal y como facultaba la normativa de excepción.

Lo que no podían y no debían haber hecho era tomar decisiones fuera del límite jurídico de los citados decretos y, en absoluto, nunca intentar justificar resoluciones contrarias a la Constitución y a la legislación en materia sanitaria lo que, claramente, en nuestra opinión, constituye un vicio de inconstitucionalidad, utilizando el argumento que muy acertadamente ha señalado el Consejo de Estado⁸³.

⁸⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN.: “Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma”, en BIGLINO CAMPOS, PALOMA (et al.): *Los Efectos Horizontales...* Op, cit. p. 4.

⁸¹ MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO.: El derecho a la vida... Op, cit. p. 5.

⁸² DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS.: “Estado Autonómico y lucha contra la pandemia”, en BIGLINO CAMPOS, PALOMA (et al.): *Los Efectos Horizontales...* Op, cit. p. 3.

⁸³ Dictamen del Consejo de Estado de España de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

**SEGUNDA PARTE: PERSPECTIVA DE GÉNERO EN
MATERIA JURÍDICO-LABORAL, PREVENTIVA Y DE
SEGURIDAD SOCIAL”**

CAPITULO VI

ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos.

El derecho de adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar fue introducido en nuestro ordenamiento por la LO 3/2007, de 22 de marzo. Recogido en el art. 34.8 ET, en su redacción inicial establecía un derecho sujeto a lo que dispusiera el convenio colectivo⁸⁴. Posteriormente, el RD 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 introdujo importantes modificaciones en este precepto.

Actualmente hay ya un ingente número de sentencias de suplicación que aplican la versión vigente del art. 34.8 ET.

Una de las cuestiones más difíciles de determinar en relación con esta materia es la interrelación entre el derecho a solicitar la adaptación de jornada y el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares que recoge el art. 37.6 ET.

⁸⁴ *“El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal , familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas” .*

De entrada cabe afirmar que indudablemente, será la elección de la persona trabajadora la que haga entrar en juego uno u otro régimen, en función de que ésta solicite reducir sus horas de trabajo o bien otro tipo de adaptación de su tiempo de trabajo o de la forma de prestación que no conlleve reducción de jornada. Dicho de otro modo, a pesar de que una reducción de jornada por cuidado de familiares no deje de ser, desde el punto de vista conceptual, una adaptación de la jornada por conciliación, si se solicita la reducción de jornada se descarta la aplicación del art. 34.8, que quedaría únicamente para aquellas adaptaciones del tiempo de trabajo y de la forma de la prestación que no están expresamente previstas en el art. 37 ET.

Desde este punto de vista, puede decirse que el derecho de adaptación de la jornada de trabajo previsto en el artículo 34.8 ET actúa de forma subsidiaria, respecto de los permisos y reducciones de jornada contemplados en el artículo 37 del ET.

Dicho esto, pueden plantearse problemas en la determinación del régimen aplicable en determinadas situaciones en que la persona trabajadora plantea ambas pretensiones de manera entrelazada, por ejemplo:

-Cuando plantea una adaptación de jornada modificando su horario, y de manera subsidiaria advierte de que si la empresa no le concede su petición se acogerá a su derecho a la reducción de jornada (introduciendo en la negociación de la adaptación de jornada una reducción como alternativa).

-Cabe igualmente que quien ya tenía una jornada reducida solicite un nuevo horario distinto pero sin variar el número de horas que viene prestando como jornada reducida, por motivos de conciliación laboral y familiar; es decir un cambio de horario o de distribución del tiempo de trabajo manteniendo la misma reducción de jornada.

-Otra posibilidad parecida a la anterior consistiría en, partiendo de una jornada reducida, solicitar un nuevo horario variando a la vez el porcentaje de reducción, aumentando o reduciendo la jornada respecto de la situación anterior (por ejemplo quien había reducido su jornada en un 40% quiere una reducción del 30% ó del 50%)⁸⁵.

-También hay quien solicita al mismo tiempo la reducción de jornada y un cambio en la forma de prestación de servicios al teletrabajo⁸⁶.

-Etc.

Pues bien, para determinar si el régimen aplicable a este tipo de solicitudes es el contenido en el art. 37.6 ET (reducción de jornada) o el previsto en el art. 34.8 ET (adaptación), cabe emplear un criterio ciertamente sencillo: si lo que se pide implica minoración de la jornada se trata de lo primero (art. 37.6) y en caso contrario se trata del art. 34.8 ET. Ello, incluso si el horario reducido propuesto suponga modificar sustancialmente la distribución del tiempo de trabajo (por ejemplo la solicitud de adscripción a un turno fijo o la limitación de la prestación de servicios al periodo de lunes a viernes; o incluso una reducción de jornada con distribución irregular de la

⁸⁵ SJS núm. 1 Salamanca 1 de octubre de 2021 (JUR 2021, 394401).

⁸⁶ SJS núm. 2 Guadalajara 15 de julio de 2021 (JUR 2021, 386275).

jornada o con acumulación de la reducción en jornadas de trabajo completas⁸⁷). Si, por el contrario, no se plantea reducción alguna de la jornada y se pretende solamente modificar el horario o la distribución del tiempo de trabajo o la forma de la prestación, significa que nos movemos en el terreno de la adaptación de la jornada.

En consecuencia, si quien ya venía prestando servicios con jornada reducida reclama, en un momento posterior, modificar la distribución de su tiempo de trabajo, está ejerciendo su derecho a solicitar la adaptación de jornada en virtud del art. 34.8 ET⁸⁸. Y es que, al fin y al cabo, no existe óbice alguno para que este precepto pueda aplicarse en situación de jornada reducida, dado que la norma no lo prohíbe⁸⁹.

Adviértase sin embargo que el criterio que acaba de exponerse, basado en la separación nítida entre la aplicación de uno u otro precepto, no es unánime en la doctrina de suplicación. Así, puede encontrarse alguna resolución que utiliza de manera conjunta los arts. 37.6 y 34.8 para resolver, por ejemplo, un supuesto de solicitud de reducción de jornada en la que se pide alterar la distribución del tiempo de trabajo a lo largo de la semana⁹⁰; o un caso en que quien ya tenía jornada reducida pide una nueva distribución de su tiempo de trabajo⁹¹.

Pero en suma, cabe defender el criterio de interpretación consistente en la separación nítida entre la aplicación de los mencionados arts. 34.8 y 37.6 ET; entendiendo que la concreta solicitud del trabajador se ha de incardinar o bien en uno o bien en otro precepto, ya que al fin y al cabo contienen regímenes distintos, en aspectos tan relevantes como la protección frente al despido.

⁸⁷ Un ejemplo, en el art. 114.5 del Convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 23 de agosto de 2018).

⁸⁸ STSJ Andalucía 11 de abril de 2019 (JUR 2019, 167914): “el derecho que se está ejercitando, realmente, no es el contemplado en los apartados 6 y 7 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, sino el que le confiere el art. 34.8”. En el mismo sentido, SJS núm. 2 Ciudad Real 13 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 391379).

⁸⁹ STSJ Madrid 2 de julio de 2020 (JUR 2020, 263217): “No existe norma alguna que impida la adaptación de la jornada de trabajo por el hecho de que previamente haya obtenido la trabajadora una reducción de su jornada”. Lo mismo se expresa en la SJS núm. 4 Madrid 25 de septiembre de 2020 (AS 2020, 2426).

⁹⁰ STSJ Andalucía 9 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 357096): “Entendemos que al amparo de lo dispuesto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los números 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, tiene derecho a modificar el turno de trabajo...” Es decir, se aplica el art. 34.8 ET para justificar que quien pide una reducción pueda a la vez obtener una distribución distinta de su tiempo de trabajo. Lo solicitado era, en lugar de horario partido de lunes a sábado, reducción trabajando solo por las mañanas y sábados alternos.

⁹¹ STSJ Cantabria 3 de diciembre de 2021 (JUR 2021, 391819): “Y, entendemos que, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 y art. 37.6 y 7 del ET...”

CAPITULO VII

LA EFECTIVIDAD DEL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO

CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA

Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos.

I. EL DESAPARECIDO (EN LA LEY) PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO

La entrada en vigor del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁹² supuso, entre otras cosas, la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo previsto hasta ese momento en el artículo 37.3, b) ET.

Según el derogado precepto, el trabajador, previo aviso y justificación, podía ausentarse del trabajo dos días con derecho a remuneración por el nacimiento de hijo. La titularidad de este derecho correspondía al padre de forma exclusiva ya que la madre estaba en esos momentos en situación de suspensión del contrato por maternidad. El hecho causante que justificaba el disfrute del permiso era el nacimiento del hijo, lo que aludía directamente a la paternidad biológica quedando fuera, en consecuencia, los supuestos de adopción o acogimiento, para los cuales está prevista la suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1, d y art. 48.5 ET). Obviamente, dado que nuestro Derecho declara la igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, el permiso se podía disfrutar tanto por un hijo matrimonial como nacido fuera del matrimonio y, por tanto, con independencia de la relación que pueda unir a los progenitores –matrimonio, pareja de hecho, mera convivencia o ni siquiera ésta–.

⁹² La norma entró en vigor el 8 de marzo de 2019.

En la anterior redacción del art. 37.3, b) ET se establecía una duración del permiso de dos días. Aunque la ley no precisara si se trataba de días naturales o laborables, el permiso debía entenderse referido a días laborables. A pesar de que, acudiendo a las reglas generales sobre el cómputo de plazos en las relaciones privadas, podría entenderse que eran días naturales, la diferencia del permiso por matrimonio (art. 37.3, a ET) –en días naturales– con otros supuestos –como el que ahora se trata– donde solo se refería a “días”, era reveladora de que se quería dar un tratamiento distinto a ambos tipos de permisos, como señaló, por ejemplo, la Audiencia Nacional en su sentencia de 6 de julio de 2020⁹³. Por tanto, había que entender que el permiso en cuestión se refiere a días laborables, salvo previsión normativa en contrario –inexistente en el caso del permiso por nacimiento de hijo–.

La duración del permiso se ampliaba a cuatro días en los casos en que con motivo del parto el trabajador hubiera de efectuar un desplazamiento. Sin perjuicio de la posibilidad de concretar esta circunstancia por la negociación colectiva, los tribunales han sostenido una interpretación literal de esta exigencia de modo que se entendía que era la necesidad del desplazamiento lo que daba lugar a la ampliación del permiso, sin condicionamientos de distancia o de dificultades de transporte⁹⁴, por ejemplo.

A tenor de la jurisprudencia sobre el *dies a quo* del cómputo de los permisos retribuidos, cuando el hecho causante sucedía en un día no laborable para el trabajador el disfrute debía comenzar el primer día siguiente laborable.

La finalidad del permiso era dar al padre la posibilidad de acompañar a la madre inmediatamente después del nacimiento y atender a las obligaciones burocráticas – inscripción del hijo en el registro civil, por ejemplo– o los compromisos sociales – visitas, llamadas, etc.– derivados de tal situación. Este permiso, que nació como una especie de alternativa a la suspensión del contrato por maternidad, resultaba necesario para articular un mínimo derecho de conciliación a favor del padre, antes de que se creara la extinguida suspensión del contrato por paternidad y de la instauración de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijo (art. 48.4 ET) que se reconoce a ambos progenitores con una duración de dieciséis semanas en cada caso. En ese contexto era muy habitual que el permiso por nacimiento se replicara o mejorara en la negociación colectiva.

⁹³ SAN 6 julio 2020, núm. 47/2020 (JUR 2020, 222852).

⁹⁴ Así, por ejemplo, la SJS de Madrid de 21 de diciembre de 2005 (AS 2006, 997).

II. LOS PERMISOS “CONVENCIONALES” POR NACIMIENTO DE HIJO TRAS LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

A pesar de la desaparición de este permiso en el Estatuto de los Trabajadores, los convenios siguen reconociéndolo; en algunos casos porque ya estaba previsto antes del cambio legal y el convenio se ha mantenido en vigor. Otras veces la negociación colectiva ha seguido reconociendo expresamente este permiso tras su derogación en la ley.

Sin embargo, actualmente se trata de un permiso cuyo disfrute plantea algunas dificultades en la práctica, como se ha encargado de señalar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 2021⁹⁵. El problema no está en la supresión del permiso en la ley, porque nada impide que los convenios puedan articular permisos en situaciones no previstas en el Estatuto de los Trabajadores. La dificultad radica, en realidad, en la regulación de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo que introdujo el mismo RD-ley 6/2019 que eliminó el permiso del artículo 37.3, b) ET. No tanto por la equiparación de la madre y el padre en la duración de la suspensión, sino porque el vigente artículo 48.4 ET impone que las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto sean de descanso obligatorio para ambos, inmediatez que deja sin espacio el permiso retribuido de dos días por nacimiento. Este problema no se presentaba cuando existía la suspensión del contrato por paternidad, porque ésta comenzaba –como regulaba expresamente la ley– una vez finalizado el permiso por nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente. El permiso sólo se entiende si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues de lo contrario no tendría sentido que su principal efecto fuera ausentarse del trabajo con derecho a remuneración.

En definitiva, la cuestión no está tanto en la supresión del permiso en la ley –salvo para aquellos convenios que lo vinculen directamente con el permiso previsto legalmente⁹⁶– sino en que el espacio temporal del permiso ha sido invadido por la suspensión del contrato y ha quedado anulado.

La necesidad de que el disfrute de los permisos coincida con tiempos de trabajo determina su incompatibilidad con la suspensión del contrato por nacimiento, en la medida en que el permiso por nacimiento parece naturalmente llamado a ser disfrutado de manera inmediata al hecho del que trae causa. Así lo ha entendido la jurisprudencia de modo reiterado y señala también la referida STS de 27 de enero de 2021. Pero con el actual panorama normativo resulta que en el momento en el que el trabajador podría estar de permiso, en realidad su contrato está suspendido, lo que anula la posibilidad del permiso.

⁹⁵ RJ 2021, 574

⁹⁶ Como ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS 27 enero 2021. Cuando la mejora convencional se vincula directamente con el desaparecido permiso está claro que la supresión del derecho comporta también la de su mejora.

III. ¿ES POSIBLE EL DISFRUTE DIFERIDO DEL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO PREVISTO EN EL CONVENIO COLECTIVO?

Una manera de salvar la pervivencia del permiso previsto en los convenios sería admitir un posible disfrute diferido tras la suspensión del contrato por nacimiento. Esta opción es rechazada de plano por el TS que, apelando a las reglas de interpretación de los convenios, sostiene que no tiene sentido un permiso por nacimiento tan alejado de dicho acontecimiento⁹⁷.

Sin embargo, algunos autores⁹⁸ barajan la viabilidad de un permiso de esta naturaleza no condicionado necesariamente a la inmediatez en su disfrute, admitiendo la posibilidad de diferir el permiso por nacimiento si el convenio así lo permite⁹⁹. Según esta interpretación nada impediría la utilización del permiso tras las seis semanas de suspensión obligatoria si el convenio lo permitiera incluso implícitamente –por no haber previsto expresamente que su disfrute deba ser en un momento inmediatamente posterior al nacimiento–, que es lo que ocurre en la inmensa mayoría de los convenios¹⁰⁰. En apoyo de esta opinión también se alega que el disfrute no inmediato del permiso por nacimiento tendría un encaje razonable en el actual marco de los derechos de conciliación, si se tiene en cuenta que el nacimiento –a tenor del vigente artículo 48.4 ET– comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses, por lo que de algún modo, y siguiendo la citada doctrina, el año se convertiría en el periodo de referencia para disponer de los derechos vinculados con el nacimiento.

Con todo, en puridad –y para ser respetuosos con la doctrina del Tribunal Supremo– sólo debería admitirse la posible utilización del permiso finalizada la suspensión del contrato cuando así esté expresamente prevista en el convenio colectivo¹⁰¹. Si la norma pactada no menciona nada al respecto el permiso devendría inaplicable, siguiendo la

⁹⁷ Véase el fundamento de Derecho 4.2 *in fine* de la ya citada STS 27 enero 2021.

⁹⁸ En este sentido puede verse VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2021, págs. 8-9.

⁹⁹ STS 17 enero 2009 (RJ 2008, 2068).

¹⁰⁰ Por citar solo algunos ejemplos, no disponen nada en relación con el momento de utilización del permiso, el art. 38 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, el art. 56 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 o el art. 77 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

¹⁰¹ Esto ocurre, por ejemplo, en el art. 28 X Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias establece de 3 a 5 días de permiso que se disfrutarán a la finalización del permiso de paternidad –expresión que habrá que entender referida a la actual suspensión por nacimiento y cuidado del menor–; el art. 39 Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas 2019-2021 dispone que los dos días de permiso se disfruten a la finalización de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45.1, d) ET; por su parte, el art. 17 Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y sémolas reconoce 5 días de permiso “sin perjuicio del periodo de suspensión que determine el Estatuto de los Trabajadores en cada momento”, lo que habría que entender que supone la utilización del permiso a su finalización.

exigencia de inmediatez en el uso de los permisos que sostiene la doctrina del alto tribunal.

Ahora bien, ante este nuevo paradigma de los derechos de conciliación el permiso –diferido– por nacimiento debería reconocerse en los convenios a ambos progenitores, porque de lo contrario se llegaría al sinsentido de que el padre tuviera derecho a mayor tiempo de descanso que la madre. Por otra parte, en este estado de cosas el permiso no debería limitarse a los supuestos de maternidad biológica sino –como ya realizan ciertos convenios colectivos– tendría que reconocerse también en casos de adopción o de guarda con fines de adopción¹⁰², para equiparar todos los supuestos previstos en el artículo 45.1, d) ET.

En el fondo, el reconocimiento en la negociación colectiva de algunos días de permiso por nacimiento supondría una ampliación del tiempo de descanso –suspensión del contrato– por la vía de una situación contractualmente bien diversa como es el permiso retribuido. Por otra parte, aunque siempre sean bien acogidas las mejoras en cuestiones de conciliación, cabe plantearse el sentido de una mejora que resultaría proporcionalmente muy pequeña –unos pocos días– tras el disfrute de un descanso comparativamente mucho mayor –de 6 a 16 semanas–.

¹⁰² Como ocurre en el art. 29 VI Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales y en el art. 39 Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas 2019-2021. Por su parte, el art. 77 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, se refiere exclusivamente al nacimiento y la adopción.

CAPITULO VIII

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA REFORMA LABORAL

M. BEGOÑA GARCÍA GIL

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA 1. Reducción de la temporalidad 2. Eliminación del contrato para obra o servicio 3. Contratas y subcontratas 4. Retribución 5. Lenguaje inclusivo y no sexista 6. Corresponsabilidad 7. Mejoras de las condiciones laborales

INTRODUCCIÓN

“Evidentemente, no puede discutirse la capacidad transformadora que en materia de género contiene la reforma laboral, si bien las debilidades estructurales que presenta la integración de la mujer en el mercado de trabajo no han concitado una atención propia y diferenciadora”¹⁰³.

¹⁰³ Goñi Sein, José Luis: La perspectiva de género en la reforma laboral, Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-perspectiva-de-genero-en-la-reforma-laboral/>

Desde la necesidad toda medida es bienvenida pero la pregunta es ¿ha abordado la reforma laboral del 2021 las barreras y sesgos que sufre la mujer trabajadora en España? Evidentemente la respuesta es no. La reforma ha establecido una serie de medidas que desde la perspectiva del tiempo nos permitirá evaluar. Aun desde una perspectiva temprana pero esperanzadora debemos entender que la motivación del legislador es principalmente la superación de las desigualdades de género presentes en nuestro mercado de trabajo.

El trabajo de las mujeres se caracteriza en nuestro país por un conjunto de situaciones precarias que conllevan una desigualdad manifiesta de género. Desde su condición de protagonistas de la brecha salarial, diferencias en materia de contratación ya que son en su mayoría titulares de contratos precarios y se encuentran vinculadas históricamente a la temporalidad.

Sobre este escenario, el legislador ha querido abordar aspectos concretos que vayan a servir de flotador a la segregación horizontal y vertical, así como a las brechas basadas en estereotipos perjudiciales para las mujeres y para su vida profesional.

Recuérdese que nuestro mercado laboral se caracteriza por ser un mercado fragmentado entre profesiones masculinizadas y profesiones feminizadas, sectores masculinizados y sectores feminizados y categorías o puestos de trabajo masculinizados o feminizados.

ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA

1. Reducción de la temporalidad

Se pone coto a la temporalidad: la temporalidad es uno de los males endémicos de nuestro mercado de trabajo y afecta más a las mujeres que a los hombres. Según el último informe del Gabinete Económico confederal de CCOO, la tasa de temporalidad para las mujeres en 2020 fue del 25,7%, mientras que en los hombres se situó en el 22,6%.

En la reforma laboral pactada por el Diálogo Social el contrato laboral se presume como indefinido, se acotan las causas para poder realizar contratos temporales y se limita su duración en el tiempo.

2. Eliminación del contrato para obra o servicio

EL 30% de las mujeres contratadas lo fueron mediante este tipo de contratos sustituyéndose por el contrato fijo discontinuo buscando una mayor estabilidad y seguridad. Especialmente en los sectores feminizados donde el uso de contratos temporales se estaba desbordando pensemos en el sector de la limpieza.

En noviembre de 2021 hasta un 30% de las mujeres contratadas lo fueron por este tipo de contratos que ahora queda eliminado. En su lugar se impulsa la figura del contrato fijo- discontinuo con el que se logrará una mayor seguridad y estabilidad.

Este cambio debería suponer una importante transformación en sectores feminizados en los que se viene utilizando este contrato y que tienen una importante presencia femenina, como las actividades agrarias, forestales y de pesca, la restauración o la industria manufacturera.

3. Contratas y subcontratas

La reforma supone el establecimiento del convenio sectorial de aplicación para quienes trabajan en contratas y subcontratas. Pesto implica que trabajadoras de la limpieza, camareras de piso y otras trabajadoras de empresas multiservicios serán beneficiadas por la prioridad convenio colectivo sectorial. la reforma supone el establecimiento del convenio sectorial de aplicación para quienes trabajan en contratas y subcontratas. Trabajadoras de la limpieza, camareras de piso y otras trabajadoras de empresas multiservicios que durante estos años han visto mermados sus salarios y empeoradas sus condiciones de trabajo tendrán una equiparación de derechos con el resto de su sector.

4. Retribución

de las cuestiones importantes es la retribución, las trabajadoras ganan de media en España 5.252 euros menos al año que los hombres, una desigualdad salarial con causas aún por resolver, pero sobre la que algunas leyes recientes pueden tener un importante efecto reductor a pesar de que la brecha salarial se redujo en 2019 más que en la última década tras la subida SMI a los 900 euros al mes.

No olvidemos que desde marzo del 2022 existe otro instrumento para reducir la brecha en lo que cobran las mujeres y hombres: los planes de igualdad. La ley de igualdad retributiva amplió los planes de igualdad obligatorios a empresas a partir de 50 trabajadores, que deben contar con nuevas medidas como los registros salariales, las auditorías retributivas y la valoración de los puestos de trabajo que pretenden sacar a la

luz la desigualdad menos evidente. La legislación entró en vigor en su totalidad el 7 de marzo de 2023.

5. Lenguaje inclusivo y no sexista

La reforma ha reconocido un sitio relevante al lenguaje, buscando fórmulas inclusivas que generen la reeducación de los titulares de las relaciones laborales. Entre estas poseen relevancia cuantitativa las relativas al lenguaje inclusivo. Esto no es más que un camino de consolidación de lo que el legislador ya puso en valor en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito de las relaciones laborales. Podemos comprobar que algunos términos han cambiado sustancialmente, entre ellos: “trabajadores” por “personas trabajadoras”, “representantes” por “representación”, “empresario” por “empresa”, y “cabeza de familia” por “persona” (v. gr. art. 42ET). A pesar de la crítica de los estudiosos del derecho laboral que han puesto el punto de mira

6. Corresponsabilidad

Por lo demás, el marco normativo del ET no se ha modificado en nada apreciable desde la perspectiva de género; tan solo se ha añadido, en el artículo 84.2 ET, la “corresponsabilidad” como materia en la que el convenio colectivo de empresa tiene su prioridad aplicativa, apostando por el ejercicio corresponsable en el ejercicio de las obligaciones y derechos entre hombres y mujeres.

7. Mejora de las condiciones laborales

Por ejemplo, el empleo a tiempo parcial lo concentran las mujeres, el 21, 6% de ellas tienen esta jornada, aunque en menor medida que en la zona euro, donde más de la tercera parte de ellas trabaja a tiempo parcial. El peso del empleo a tiempo parcial se eleva progresivamente con la maternidad y con el número de hijos, contrariamente a lo que sucede con la temporalidad¹⁰⁴.

La mejora de la contratación en el contexto de la pandemia, la contratación comenzó a recuperarse en 2021, tras la caída de 2020 y después del máximo alcanzado en 2019, cuando se superaron los 10 millones de contratos a mujeres. En el 2022, en el marco de

¹⁰⁴ El mercado de trabajo y la igualdad de género en 2022”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Disponible en:

https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2022.pdf

la aprobación de la Reforma Laboral -uno de cuyos principales objetivos es disminuir la tasa de temporalidad- se producen 8.445.700 nuevos contratos, de los cuales 3.061.000 son indefinidos (36,3%), frente a los 933.600 del año 2021 y los 1.031.600 contratos indefinidos a mujeres registrados en 2007¹⁰⁵

¹⁰⁵ Fuente Ministerio de Trabajo y Economía Social.