Vol. 3 Núm. 2, septiembre2024

Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo

tirant lo blanch

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckman Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo

Vol. 3
N.º 2, septiembre 2024

tirant lo blanch
Valencia 2024

Director:
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

Secretario de redacción:
Ángel Jurado Segovia. *Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

Comité de redacción:
María Amparo García Rubio. *Profesora Titular. Universidad de Valencia.*
Juan Gil Plana. Profesor *Titular. Universidad Complutense de Madrid.*
Mónica Llano Sánchez. *Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*
Magdalena Llompart Bennàssar. *Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*
Enrique Nores Torres. *Profesor Titular. Universidad de Valencia.*
Javier Thibault Aranda. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISSN: 2952-1351
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:
http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Índice

Presentación 7
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social 9
Iván Antonio Rodríguez Cardo

La estructura del proceso laboral a debate 35
Luis Enrique Nores Torres

La Directiva 2024/1233, de permiso único para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y que establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro y su incidencia en la normativa española 63
Margarita Tarabini-Castellani Aznar

El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público 93
Elena Desdentado Daroca

Reseña de actualidad judicial 125
Erik Monreal Bringsvaerd
Ángel Jurado Segovia

Sobre la revista 135

Equipo editorial 137

Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales 141

Presentación

El número sexto de la revista "Trabajo y Empresa", que viene a cerrar dos años ya de su andadura, contiene cuatro importantes ensayos de temática variada y máxima actualidad.

El primero es un texto de Iván Rodríguez Cardo, catedrático de la Universidad de Oviedo, que lleva por título "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de Seguridad Social". Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado discriminatoria la ley española que permite extinguir el contrato de trabajo a resultas de la resolución administrativa que reconoce una Incapacidad Permanente total, absoluta o gran invalidez si previamente el empresario no ha procedido a valorar la posible introducción de ajustes razonables en el trabajo que permitan al trabajador continuar prestando sus servicios. Pues bien, el autor llama la atención sobre la necesidad de que la reforma laboral necesaria tome en consideración los efectos colaterales que puede producir en el ámbito de la Seguridad Social, pues dependiendo de la factura de aquella puede producir un efecto bumerán que consista en un endurecimiento de los requisitos de acceso y mantenimiento de las pensiones de Incapacidad Permanente.

El segundo ensayo lo firma el nuevo catedrático de la Universidad de Valencia Luis Enrique Nores Torres y constituye una ambiciosa reflexión crítica sobre la regulación de nuestro proceso laboral, cuya estructura general se ha mantenido prácticamente inalterada desde su concepción a principios del pasado siglo. Focaliza su análisis el autor en tres elementos del modelo vigente que considera necesario reconsiderar, a saber: la realización de las actuaciones en una audiencia única o unidad de acto, el sistema de instancia única y las "modalidades procesales". El análisis de Nores Torres es conclusivo pues se cierra con propuestas de *lege ferenda*, a menudo respaldadas por la experiencia comparada.

El tercero de los estudios que ofrecemos versa sobre "La Directiva 2024/1233, de permiso único para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y que establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro y su incidencia en la normativa española". Lo firma Margarita Tarabini-Castellani, gran experta en el tema y miembro destacado del Comité de redacción de nuestra revista, y constituye —creo— el primer análisis monográfico sobre esta cuestión. Las conclusiones de la autora son tranquilizadoras para el modelo español, que no va a requerir grandes reformas para adaptarse a la normativa europea.

El último ensayo tiene también matriz europea, pues ha sido de nuevo la jurisprudencia europea la que ha suscitado el debate. Lleva por título "El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público" y lo firma Elena Desdentado Daroca, Profesora Titular de la UNED, recientemente acreditada para catedrática. El rubro del mismo es suficientemente expresivo de su contenido. La construcción jurisprudencia del "indefinido no fijo" está en barrena y nos enfrentamos ante una auténtica aporía: la necesidad de conciliar la protección europea frente a los abusos de la contratación laboral temporal pública y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Invito a leer detenidamente las conclusiones y propuestas para el debate que cierran el artículo porque están cargadas de buen sentido.

Si bien repara el lector tres de los cuatro ensayos que ofrecemos en este número tienen dimensión europea, lo que es una muestra más de la enorme repercusión que el Derecho de la Unión Europea está ejerciendo sobre nuestro ordenamiento laboral.

Como es habitual, cierra el número una selección jurisprudencial, que reseña los pronunciamientos que, desde la redacción de la revista, hemos estimado más interesantes dictados en los últimos meses.

El Director
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social

Iván Antonio Rodríguez Cardo
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

Termination of the employment contract due to permanent incapacity and its potential collateral effects on social security rights

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS LA DECLARACIÓN DE IP: NATURALEZA Y RAZÓN DE SER. 3. EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL SIN PREVIA VALORACIÓN DE AJUSTES RAZONABLES: LA DOCTRINA DEL TJUE CON EL PROPÓSITO DE PROTEGER A LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS. 4. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LA STJUE CA NA NEGRETA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 5. POTENCIALES DISFUNCIONES ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA DE SEGURIDAD SOCIAL. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: POSIBLE EFECTO BUMERÁN EN FORMA DE ENDURECIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ACCESO Y MANTENIMIENTO DE LAS PENSIONES DE IP.

Resumen: El TJUE ha considerado discriminatorio el precepto que permite la extinción del contrato de trabajo tras la resolución administrativa que concede una pensión de IP en sus grados de total, absoluta y gran invalidez. La razón es que esos grados de IP convierten legalmente al trabajador en una persona con discapacidad, y el Estatuto de los Trabajadores no exige que, antes de producirse la extinción del contrato, el empleador valore la posibilidad de introducir ajustes razonables que faciliten la permanencia en activo del trabajador en la misma empresa. En apariencia, ese reproche puede ser salvado mediante una reforma normativa que introduzca esa obligación empresarial como paso previo a la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, si el legislador sólo interviene en ese concreto aspecto se incrementa el riesgo de provocar distorsiones importantes en otro ámbito conexo, como es la Seguridad Social, porque un aumento del espectro de ocupaciones hábiles para una

persona con discapacidad, e incluso la posibilidad de continuar prestando servicios en el mismo puesto tras los pertinentes ajustes, son circunstancias que pueden repercutir, y de hecho deberían hacerlo, en las reglas sobre calificación, revisión y compatibilidad con el trabajo de la IP.

Palabras clave: Despido, incapacidad permanente, discriminación, ajustes razonables, seguridad social, personas con discapacidad.

Abstract: The CJEU has deemed discriminatory the legal provision that allows for the termination of an employment contract following an administrative decision granting a permanent disability pension in its degrees of total, absolute, and severe disability. The reason for this is that these degrees of permanent disability legally render the worker a person with a disability, and the Workers' Statute does not require that the employer assesses the possibility of introducing reasonable adjustments that would facilitate the worker's continued employment within the same undertaking before the contract is terminated. At first glance, this criticism could be addressed through legal reform that imposes this obligation on employers as a prerequisite for terminating an employment contract. However, if the legislator only intervenes in this specific aspect, there is a risk of significant distortions in other related areas, such as Social Security. An increase in the range of possible occupations for a person with a disability, and even the possibility of continuing to provide services in the same job after the appropriate adjustments, are circumstances that could impact the rules on qualification, review and compatibility with work of permanent disability benefits.

Keywords: Dismissal, permanent disability, discrimination, reasonable adjustments, social security, persons with disabilities.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se han convertido en uno de los principales motores de avance de la rama social del Derecho en los últimos años. No se trata ya del reconocimiento indubitado de tales derechos al trabajador, en condición de tal, sino de su paulatino refuerzo y expansión. Su potencia es de tal calibre que están obligando a remodelar elementos estructurales muy consolidados en el ordenamiento jurídico e imponen obstáculos y limitaciones de gran envergadura y hasta cierto punto desconocidos, o con escasos precedentes.

Los principios de igualdad y no discriminación proporcionan los ejemplos más numerosos de ese fenómeno transformador, que se agudiza porque no depende en exclusiva de la voluntad del legislador, sino en buena medida también de los tribunales, que están desempeñando una significativa labor tanto a nivel interno como supranacional. El contenido y alcance de los derechos fundamentales ya no se determina exclusivamente en el ámbito interno, y ni siquiera cabe afirmar con rotundidad que el TC es el intérprete máximo y/o único a esos concretos efectos. La doctrina del TJUE y del TEDH han ido ocupando un mayor espacio, e incluso ofreciendo respues-

tas a situaciones novedosas o que no contaban con pronunciamientos relevantes en el ámbito interno, ni del TC ni del TS.

Sin embargo, esa multiplicidad de instancias llamadas a establecer criterios sólidos y uniformes sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales provoca también distorsiones, por cuanto no se han establecido mecanismos adecuados de coordinación. No en vano, todos esos tribunales pueden conocer de asuntos con las mismas características, pero en ocasiones la perspectiva de aproximación no coincide y se generan disfunciones que convendría evitar. De hecho, resultan cada vez más frecuentes las sentencias del TJUE y del TEDH que muestran una discrepancia sobre cuál habría de ser el alcance de los derechos fundamentales en España, y en particular que interpretan los principios de igualdad y no discriminación a partir de parámetros no estrictamente coincidentes con los que se manejan en nuestro país.

La STJUE Ca Na Negreta[1] es un ejemplo más, pues califica como discriminatoria la extinción del contrato de trabajo a resultas de la resolución administrativa que reconoce una IP total, absoluta o gran invalidez si previamente el empresario no ha procedido a una valoración sobre la posibilidad de introducir ajustes razonables que permitan al trabajador continuar prestando servicios. El ordenamiento español ya proporcionaba las herramientas para llegar a esa conclusión, pues la legislación dirigida a proteger a las personas con discapacidad exige realizar dichos ajustes. Sin embargo, el TJUE considera, de alguna manera, que las normas de protección de las personas con discapacidad y las reglas estrictamente laborales en materia de extinción del contrato no se habían articulado correctamente, al no valorarse convenientemente la finalidad de integración social y laboral que deriva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esta coyuntura, el Tribunal de Luxemburgo llega a la conclusión de que los Estados Miembros deben dedicar mayores esfuerzos a la continuidad en activo del discapacitado, y por tanto no considera suficiente ni adecuada la extinción del contrato de trabajo por más que venga acompañada de una pensión vitalicia a cargo de la seguridad social.

Como primera consecuencia, resulta evidente que la IP ya no puede actuar como causa de extinción del contrato de trabajo, al menos de forma directa. Sin embargo, las repercusiones son más profundas, porque esa preferencia por la integración laboral del discapacitado supone asimismo una ruptura del equilibrio entre los distintos intereses en presencia. No están en juego únicamente la voluntad del trabajador de permanecer en activo —o no— y la voluntad del empresario de extinguir el contrato o ajustar las condiciones de trabajo. La correcta articulación de la legislación laboral y de la normativa de protección a las personas con discapacidad es una prioridad, obviamente, pero otras parcelas del ordenamiento se ven afectadas. No en vano, la seguridad social juega un papel probablemente más relevante que el Derecho del

1 De 18-1-2024, asunto C-631/22.

Trabajo, porque la extinción del contrato de trabajo es una consecuencia, y no la causa. El contrato se extingue porque la entidad gestora —pública, no se olvide— ha valorado la aptitud psicofísica del trabajador y ha llegado a la conclusión de que la persona en cuestión merece una pensión vitalicia porque no puede continuar realizando su trabajo —o quizá ningún trabajo— con un mínimo de rendimiento. El contrato de trabajo no puede continuar porque el trabajador simplemente no se encuentra en condiciones de seguir desarrollando la misma —o ninguna— actividad profesional.

Desde esa perspectiva, es razonable que la legislación laboral haya contemplado tradicionalmente una causa de extinción del contrato distinta al despido, y sin obligación de indemnizar económicamente al trabajador, porque al empleador, de algún modo, le venía impuesta dicha extinción, que no era propiamente su decisión, sino una consecuencia natural de las secuelas de un accidente o enfermedad que daban lugar a la pertinente prestación de seguridad social. En verdad, se trata de parcelas del ordenamiento tan íntimamente conectadas que un cambio en una de ellas repercute inmediatamente en la otra. Por consiguiente, una alteración en la capacidad laboral del interesado incidirá en los derechos, reglas y obligaciones propios del ordenamiento de la seguridad social. El legislador y los tribunales habrán de resolver cómo afecta a la calificación de la IP, a su revisión o al régimen de compatibilidades con la pensión el hecho de que la persona que solicita o ha visto reconocida una pensión pueda continuar prestando servicios en la misma empresa y, quizá, en el mismo puesto de trabajo. Parece imprescindible, así pues, un reequilibrio entre los distintos intereses, pero en función de las decisiones que se adopten cabe que el resultado final difiera de las expectativas iniciales, y no es descartable que esa discriminación reconocida por el TJUE pueda dar lugar a un escenario con mayores dificultades para acceder o, en su caso, mantener una pensión de IP.

2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS LA DECLARACIÓN DE IP: NATURALEZA Y RAZÓN DE SER

El art. 49.1.e) ET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá «por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2», precepto en el que se contempla la suspensión, y no la extinción, cuando la resolución que declare la incapacidad permanente en uno de esos grados advierta explícitamente que la situación de incapacidad del trabajador va «a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo», supuesto en el que «subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente».

Prescindiendo de esta posibilidad de suspensión, muy razonable para no perjudicar al trabajador, lo cierto es que la IP en sus grados de total, absoluta y gran invalidez —no así en el grado de parcial o en caso de lesiones permanentes no incapacitantes— implica la extinción del contrato de trabajo, pero no se trata técnicamente

de un despido. El despido supone una decisión unilateral del empresario en orden a extinguir un contrato de trabajo, de modo que tal decisión «rompa y ponga fin a un vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento»[2]. El despido, en nuestro ordenamiento, exige un motivo, debe someterse a un procedimiento y ha de desplegar los efectos y consecuencias legales pertinentes. En cambio, otras causas de extinción contractual operan de forma diversa, en algunas ocasiones incluso de manera automática, sin necesidad de una manifestación expresa ni de una voluntad extintiva por parte del empleador o del trabajador.

Es claro que los problemas psicofísicos del trabajador, y las cuestiones vinculadas con la capacidad, merezcan o no la calificación de discapacidad, podrían abocar al despido, toda vez que el art. 52.a) ET admite la extinción del contrato por causas objetivas «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa». Esta es una ineptitud que no siempre conecta con la discapacidad, pero esa es una de las situaciones que podrían encajar en esta causa de despido objetivo. Es más, y al margen de su eventual virtualidad en situaciones de IP parcial, nada impediría que el legislador canalizase por esta vía la extinción contractual derivada de la declaración de IP total, absoluta o gran invalidez[3].

Sin embargo, la ley ha preferido establecer dos vías extintivas distintas, seguramente por dos razones principales. La primera de ellas parte de la premisa de que si bien en todo caso concurren causas objetivas, las previstas en el art. 49.1.e) ET son absolutamente indiscutibles, permanentes y, de ordinario, no reversibles, amén de que trascienden al trabajo en sí y afectan en cierto modo a la vida cotidiana. Además, y en lo relativo a la IP, la extinción del contrato viene precedida de una evaluación del estado de salud y capacidad del trabajador por cauces públicos y oficiales en los que el empleador no tiene margen de decisión, ni verdadera intervención, sino que es un afectado más, al menos indirectamente. En cambio, la ineptitud del art. 52.a) ET que habilita el despido no se valora a partir de esos canales o cauces públicos y legalmente confiables, sino a través de procedimientos en muchos casos intraempresariales. El empleador, por tanto, cuenta con capacidad para decidir y/o influir en el procedimiento, y la decisión final sobre la pervivencia del contrato depende esencialmente de su voluntad y su valoración, con todo lo que ello implica. La extinción del contrato no es una consecuencia o solución dada o natural, sino una manifestación de voluntad extintiva tras haber llegado a la conclusión de que el trabajador no puede desempeñar adecuadamente el trabajo, a diferencia del supuesto art. 49.1.e) ET, donde esa valoración no la efectúa el empresario, sino que la imposibilidad para trabajar o

2 Cfr. STS de 30-3-1995 (recurso 2496/1994).

3 El art. 89 de la LCT de 1931 contemplaba como causa de extinción la «muerte del trabajador» (apartado 4), pero no la incapacidad, que se subsumía en el despido por «ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado» (apartado 6). Esta formula se repitió en la LCT de 1944 (arts. 76 y 77. El ET de 1980, en cambio, distinguió entre la extinción del contrato por «gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador» (art. 49.cinco) y el despido por ineptitud (art. 52).

bien es evidente (en el caso del fallecimiento) o bien viene certificada por la instancia competente del Sistema de Seguridad Social.

La segunda de las razones que conducen a disociar las causas de extinción entronca con las consideraciones anteriores. La IP total, absoluta y la gran invalidez suponen un reconocimiento legal, oficial e imparcial de la imposibilidad para prestar servicios, con mayor o menor ámbito, de modo que el legislador asume la extinción del contrato de trabajo y la pérdida de salario, que será compensada con la pertinente prestación de Seguridad Social. Dicho de otro de modo, la ley considera, en primer término, que la extinción del contrato de trabajo no ha sido causada por el empresario y, además, que el eventual daño es objeto de compensación a través del Sistema de Seguridad Social. En esa coyuntura, la propia ley exime al empleador de todas las exigencias formales que provocaría la remisión al procedimiento de despido, y cuyo incumplimiento podría dar lugar a responsabilidades diversas, e incluso hipotéticamente al mantenimiento de la relación laboral, pues el derecho de opción nacería tras la calificación de despido improcedente por defectos formales. Y además, la opción legal también libera al empleador del abono de una indemnización por extinción del contrato, a diferencia del despido objetivo por ineptitud, precisamente porque el legislador presupone que el empleador no decide la extinción del contrato, sino que se limita a asumir y aceptar —y quizá sufrir— las consecuencias legales aparejadas a la declaración de IP.

Por consiguiente, y a diferencia del despido objetivo, el art. 49.1.e) ET no establece un procedimiento legal en orden a la extinción del contrato, porque entiende, con buen criterio, que este apartado recoge una «causa directa» de finalización del contrato[4]. Es cierto, no obstante, que la jurisprudencia no se ha mostrado totalmente contundente, porque si bien en un primer momento afirmó que esta causa de extinción «opera automáticamente, no precisa de formalidad alguna y, menos aún, de las normadas para el despido disciplinario»[5], poco después pareció cambiar de opinión, al menos en el caso de la IP total, advirtiendo que se requiere en tal tesitura una manifestación de voluntad expresa por parte del empleador, toda vez que la resolución administrativa «no opera efectos extintivos automáticos, ya que para que éstos se produzcan se hace necesario que el empresario decida tal extinción, fundándose en la causa que consagra el mencionado artículo, pues nada le impide acoplar al trabajador en puesto de trabajo, de distinta categoría, que mera compatible con la incapacidad laboral para la profesión habitual»[6]. Es una conclusión que, quizás por inercia, la doctrina científica ha mantenido[7], estimando que este apartado configura

4 Cfr. MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 32ª Edición, Tecnos, Madrid, 2023, pág. 903. En el mismo sentido, vid. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., y VALLEJO ORTE, A., *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 110-111.

5 Cfr. STS de 20-10-1986 (Roj: STS 5598/1986).

6 Vid. STS de 12-7-1988 (Roj: STS 15325/1988).

7 Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y SASTRE IBARRECHE, R., "Extinción del contrato", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores,* Comares, Granada, 1998, pág. 592; ALON-

«condiciones resolutorias implíticas cuyo efecto extintivo debe denunciar el empresario»[8], y que también puede encontrarse en alguna sentencia reciente del TS al citar esa doctrina inicial de finales de los años 80 y principios de los 90[9].

Sin embargo, en el momento actual existen elementos suficientes, comenzando por la literalidad del precepto, para defender que el art. 49.1.e) ET contempla una causa automática de extinción contractual sobre la que el empleador no cuenta con margen de maniobra[10] (siempre que la resolución correspondiente haya adquirido firmeza[11], pues la jurisprudencia ha matizado el carácter «inmediatamente ejecutivo» de la resolución administrativa —art. 6.4 RD 1300/1995—, y por elementales razones de protección del trabajador ha concluido que hasta que la resolución sea firme el contrato permanece suspendido, «con derecho del trabajador a percibir la pensión y sin que el empresario tenga obligación de readmitirlo»[12]).

No conviene olvidar que en estos casos las instancias públicas competentes han resuelto que el trabajador no puede prestar servicios en ciertas actividades profesionales, o en ninguna, proporcionando al trabajador una renta sustitutiva del salario. No se trata, obviamente, de una prohibición de trabajar, ni propiamente el trabajador carecería de aptitud legal para celebrar un contrato de trabajo[13]. El ordenamiento no proscribe la continuidad en activo, sino que incluso habilita vías potenciales para ello aun cuando el grado de discapacidad sea muy elevado, como demuestra el art. 198.2 LGSS. De este modo, el desempeño de una actividad profesional por parte de una la persona que vea reconocida una IP en los grados de total, absoluta o gran invalidez habrá de valorarse en términos de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, y no tanto en términos de imposibilidad, ilicitud o fraude.

En este escenario, el art. 49.1.e) ET recoge una causa de extinción automática —sin perjuicio de que el trabajador deba ser readmitido si la declaración de IP se

SO-OLEA GARCÍA, B., "Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo", *RTSS (CEF)*, nº 480, 2024 (versión web); SALA FRANCO, T., "Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales", *Tribuna social,* nº 12, 1991, pp. 13 y ss.; GOERLICH PESET, "La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo", *Tribuna social,* nº 61, 1996, pp. 53 y ss.

8 Cfr. ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo,* 22 Edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 533-534. En sentido análogo, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad,* Ibidem, Madrid, 1999, pp. 446 y ss.; GOÑI SEIN, J.L., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas,* Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 270-271; LÓPEZ CUMBRE, L., "Extinción por muerte, incapacidad o jubilación del trabajador", en GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 948.

9 Vid. STS de 3-2-2021 (recurso 998/2018).

10 En contra, vid. DE VAL TENA, A., "Extinción y suspensión del contrato de trabajo por incapacidad permanente de la persona trabajadora", *REDT,* nº 269, 2023 (BIB 2023\2958).

11 Vid. STS de 13-6-1988 (Roj: STS 4476/1988).

12 Cfr. STS de 11-5-1994 (Roj: STS 3531/1994).

13 Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo,* CES, Madrid, 2003, pp. 45 y ss.

anula por sentencia judicial[14]— por dos razones esenciales. En primer lugar, el reconocimiento de la IP supone un cambio de condición del trabajador, que se convierte en beneficiario de prestaciones disfrutando de una renta sustitutiva del salario, por lo que la continuidad en la relación laboral implicaría potencialmente un enriquecimiento injusto. En segundo lugar, y es relevante, la ley presume, con carácter *iuris et de iure*, que la relación laboral no es susceptible de continuar porque no puede subsistir un contrato de trabajo en ausencia de objeto y causa, toda vez que el trabajador, tras la reducción de capacidad reconocida oficialmente, simplemente no podrá desarrollar una actividad con el suficiente grado de profesionalidad y productividad.

En estos términos, la extinción del contrato no se contempla legalmente como un derecho del trabajador, ni tampoco como una facultad empresarial, sino como una consecuencia aparejada *ex lege* a la declaración de IP en determinados grados. Cabría aducir, sin duda, que algún tipo de información debe proporcionarse a la otra parte, bien por el trabajador, bien por la empresa. Esa es una información no sólo conveniente, sino incluso imprescindible para que la operativa de esta causa de extinción pueda desenvolverse con naturalidad, porque va a provocar consecuencias. No es ya, o no sólo, que el trabajador no haya de reincorporarse a su puesto, sino que también tiene derecho a las cantidades devengadas pero no satisfechas, máxime cuando las vacaciones, por ejemplo, siguen generándose durante la situación de IT previa a la declaración de IP. El empresario no sólo habrá de satisfacer esas cantidades, sino que habrá de proceder a cumplir las pertinentes obligaciones formales y de cotización con la Seguridad Social, amén de tener en cuenta las consecuencias en el ámbito propio de la organización empresarial, porque, a modo de ejemplo, los eventuales contratos «por sustitución de persona trabajadora» (art. 15 ET) no podrían extenderse una vez que ya no se mantiene la reserva de puesto por haberse extinguido el contrato de trabajo[15].

Se trata, en cualquier caso, de consecuencias naturales de la extinción contractual, pero en modo alguno el art. 49.1.e) ET condiciona la extinción a un acto formal, ni convierte la comunicación o información de una de las partes a la otra en un elemento constitutivo[16]. Es, obviamente, una situación distinta de la prevista en la letra g) de ese art. 49.1 ET, que contempla como causa de extinción la muerte, la jubilación o la IP del empresario, pero en tales supuestos la extinción no es automática, por cuanto la concurrencia de los requisitos de la transmisión de empresas (art. 44 ET) conduciría a la pervivencia del contrato de trabajo. En el fondo, es un supuesto muy distinto, porque la eventual extinción del contrato no viene motivada exclusivamen-

14 Vid. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 72.

15 Vid. SSTS de 31-1-2008 (recurso 3812/2006) y de 8-7-2019 (recurso 1578/2018).

16 En palabras de la STS de 3-2-2021 (recurso 998/2018), la «legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET». Esa extinción «no requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente».

te por un acto oficial o público, sino de forma mediata o inmediata por la decisión del empleador de poner fin al negocio de manera definitiva, sin continuidad a través de herederos o compradores. La autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, hasta el punto de que se ha admitido que el empleador pueda tratar de mantener en funcionamiento el negocio durante un tiempo tras la declaración de IP y la jubilación, y se concede un plazo «prudencial», de valoración casuística, para activar esta causa extintiva[17]. En cierto modo, el art. 49.1.g) ET contempla un supuesto con paralelismos con el despido, porque la extinción se produce por voluntad del empleador, ya que el cierre definitivo del negocio no es a menudo la única opción posible (ni siquiera en el caso de fallecimiento del empresario individual), y por ello se reconoce el derecho a una indemnización equivalente a un mes de salario cuando la extinción contractual se produce por muerte, jubilación o IP del empresario, y se remite al despido colectivo en casos de extinción de la personalidad jurídica.

En cambio, la autonomía de la voluntad no es determinante en las situaciones que encajan bajo el paraguas del art. 49.1.e) ET. El empleador, sin lugar a dudas, no puede rechazar la extinción contractual. El hecho de que envíe o no una comunicación extintiva al trabajador no es decisivo, porque esa comunicación no es constitutiva de la extinción. El documento constitutivo es la resolución del INSS que declara la IP en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los efectos extintivos del contrato de trabajo tienen lugar en el momento fijado en dicha resolución, y no en el de una eventual comunicación. La voluntad del empleador es irrelevante, por cuanto si esa resolución de la Entidad Gestora prevé una mejoría probable, y no sólo hipótetica[18] —no es suficiente la referencia genérica al plazo para instar la revisión por agravación o mejoría que debe incorporarse a la resolución por mandato del art. 200.2 LGSS[19]—, el contrato se suspende durante dos años *ex lege*, con independencia de que el empleador comunique o no tal circunstancia al trabajador, o que prefiriera una extinción, que habrá de tramitarse por otras vías y conforme a otras causas. El empleador tampoco puede decidir unilateralmente la continuidad del contrato de trabajo ignorando la resolución administrativa, por los perjuicios que ello ocasionaría al trabajador en su nueva condición de beneficiario de prestaciones.

Y, al contrario, no es imprescindible la comunicación del trabajador al empleador, y esa comunicación, de producirse, carece de efectos extintivos. Lo razonable, desde luego, es que la propia Entidad Gestora informase al empleador, como parte interesada, de esa nueva situación[20], pero si fuera el trabajador el que procediera a tal comuni-

17 Por todas, vid. STS de 27-9-2023 (recurso 4408/2021).

18 Vid. TORTUERO PLAZA, J. L., "Incapacidad permanente y suspensión del contrato de trabajo", en GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 443 y ss.

19 Por todas, vid. SSTS de 28-12-2000 (recurso 646/2000), 17-7-2001 (recurso 3645/2000) y 28-5-2009 (recurso 2341/2008).

20 El art. 7.2 RD 1300/1995 exige que se dé traslado al empleador afectado de la resolución del INSS en estos supuestos.

cación, ese acto es meramente informativo, y no una dimisión, ni una manifestación de voluntad extintiva. De hecho, el trabajador, hipotéticamente, podría recurrir la resolución de la Entidad Gestora, e incluso renunciar a la pensión de IP. La «irrenunciabilidad de los derechos de Seguridad Social» (art. 3 LGSS) implica la nulidad de los pactos de renuncia, pero no de las decisiones puramente individuales. En cualquier caso, y como se dijo, esa renuncia no implicaría técnicamente la pervivencia del vínculo contractual, que se extinguiría automáticamente y el trabajador debería celebrar un nuevo contrato de trabajo con el empresario, cuyas consecuencias se moverían en el terreno de las reglas de compatibilidad. El empresario, desde luego, no estaría obligado en ningún caso a negociar un nuevo contrato, ni el trabajador podría forzar la continuidad del contrato previo.

La extinción automática del contrato tras la declaración de IP no admite dudas en el actual contexto legal, y precisamente por ello el TS decidió adoptar una posición finalista para no perjudicar al trabajador, de modo que no admitió la declaración de IP, y con ello el contrato de trabajo debía susbsistir al no entrar en juego el art. 49.1.e) ET, cuando el trabajador no podía acceder a la IP al no reunir el período de carencia para disfrutar de la correspondiente pensión[21]. El TS consideraba que, en esas circunstancias, el trabajador debe contar con la posibilidad de intentar mantenerse en activo para evitar el doble perjuicio de la pérdida de salario ante la extinción del contrato y la imposibilidad de percibir una pensión[22].

Desde luego, esta clase de situaciones plantean otros interrogantes, porque si verdaderamente el trabajador no reúne las condiciones de aptitud psicofísica para desarrollar el trabajo parece difícil que pueda superar los reconocimientos médicos en el marco de la empresa, y el empleador está facultado, y además legalmente obligado, a comprobar si el trabajador puede continuar prestando servicios. La legislación de prevención de riesgos impone esas obligaciones, a las que se aparejan una serie de responsabilidades, de modo que conviene valorar con suma cautela esta añeja doctrina jurisprudencial, elaborada con anterioridad a la aprobación de la LPRL. El hecho de que el trabajador no reúna el período de carencia no debería ser impedimento para la declaración de IP, como tampoco lo es para el reconocimiento de la IT, porque el derecho a la integridad física está en juego y porque no se puede exigir ni al trabajador, ni por supuesto al empresario —que en último término sería un tercero que sufriría un perjuicio poco justificable no sólo en términos de menor rendimiento profesional sino también por las eventualidades responsabilidades por daños que pudieran generarse—, que asuman riesgos producto de las limitaciones de cobertura del Sistema de Seguridad Social.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el empleador pudiera activar el despido por ineptitud si se cumplen las exigencias pertinentes. En ese nuevo escenario deben

21 Vid. STS de 20-11-1991 (Roj: STS 13383/1991).

22 Vid. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 59 y ss.

evitarse los automatismos y es imprescindible motivar la causa de despido, pues, como ha advertido el TS, un informe de un servicio de prevención ajeno considerando como no apto a un trabajador podría no ser suficiente, por sí mismo, para justificar la extinción contractual por la vía del art. 52.a) ET si no se identifican en concreto las limitaciones funcionales ni se precisa de qué modo dificultan o impiden la realización de las funciones y tareas esenciales propias del puesto[23].

A salvo de esa excepción vinculada al incumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de IP, el art. 49.1.e) ET debe conducir a una extinción automática del contrato de trabajo, pero ya se ha advertido que la doctrina científica y la jurisprudencia se decantan por limitar ese efecto extintivo únicamente a la IP absoluta y la gran invalidez, «pues afecta a todo tipo de trabajo», a diferencia de la IP total, donde «la denuncia del contrato es plenamente exigible», toda vez que «tal grado sólo afecta a la profesión o actividad habitual del trabajador, que podría seguir haciendo en la empresa otras funciones o tareas por acuerdo entre las partes»[24].

Esta conclusión suele apoyarse en la relativa frecuencia de los compromisos adquiridos en la negociación colectiva en orden a la continuidad o recolocación de los trabajadores afectados por una IP total en otro puesto compatible con su estado[25]. No es un compromiso que suela alcanzar a otros grados de IP, pero nada lo habría impedido hasta tiempos recientes, gracias al art. 198.2 LGSS y la generosa jurisprudencia que lo ha interpretado[26], amén de las consecuencias que puedan derivarse de la necesidad de efectuar ajustes razonables para garantizar la no discriminación de los trabajadores con discapadidad.

Sin embargo, la eventual continuidad del trabajador en activo no implica técnicamente la pervivencia del contrato previo, que se extinguió *ex lege*. Ni siquiera encajaría propiamente en la figura de la novación, aunque esa ha sido la posición mayoritaria de la doctrina[27], porque no se trata de cambios producidos a instancias o por voluntad de las partes, que no habrían modificado los términos del contrato sin la intervención de la Seguridad Social. En puridad, en estas situaciones se alcanza un compromiso de celebrar un contrato de trabajo distinto, con nuevas condiciones

23 Vid. STS de 23-2-2022 (recurso 3259/2020).

24 Cfr. MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 32ª Edición, Tecnos, Madrid, 2023, pág. 903.

25 Por todas, vid. SSTS de 21-3-2000 (recurso 1324/1999), 4-4-2006 (recurso 310/2005), 1-7-2009 (recurso 2816/2008), 16-9-2009 (recurso 3425/2008), de 29-6-2010 (recurso 4239/2009) y de 21-5-2020 (recurso 1808/2017).

26 Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo", *RMESS,* nº 119, pp. 157 y ss.

27 Vid. GÁRATE CASTRO, J., *El rendimiento en la prestación de Trabajo,* Civitas, Madrid, 1984, pp. 292 y ss.; SALA FRANCO, T., "Movilidad funcional", en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* Segunda Edición, EDERSA, Madrid, 1988, pp. 68 y ss.; GARCÍA ORTEGA, J., «La extinción del contrato por muerte, incapacidad y jubilación del trabajador y por muerte, jubilación o incapacidad del empresario y por extinción de la personalidad jurídica del contratante», en SALA FRANCO, T. (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 289 y ss.

en términos de funciones y, a buen seguro, de tiempo de trabajo y salario, cuando el previo vínculo contractual llega a su fin por incompatibilidad con la declaración de IP[28]. El hecho de que las partes sean las mismas no significa que el contrato de trabajo haya pervivido. De ahí que si el trabajador continúa prestando servicios en la empresa desarrollando otras funciones, y en el marco por tanto de otro contrato distinto —porque lo habitual es que deba localizarse una vacante para proceder a esta recolocación/recontratación, y en muchas ocasiones se reconoce una preferencia y no un compromiso absoluto de continuidad—, la empresa no podría posteriormente invocar como causa de extinción esa declaración previa de IP, que en modo alguno puede extinguir un contrato posterior y distinto al que estaba vigente en el momento de la resolución administrativa[29].

En definitiva, el empleador no puede ignorar la extinción del contrato de trabajo que se produce por la vía del art. 49.1.e) ET, ni siquiera en el caso de IP total, porque su inacción no da lugar a la pervivencia del contrato de trabajo y a la incompatibilidad de la pensión que percibe el beneficiario que no desea retornar al trabajo. Y el trabajador, obviamente, no está obligado a manifestar que no quiere continuar prestando servicios, porque esta no es una causa equiparable al abandono o a la dimisión. En realidad, el trabajador no puede oponerse a la extinción del contrato —ni siquiera renunciando a la pensión de IP—, ni el acuerdo entre empresario y trabajador puede privar de efectos a la norma legal. Las partes pueden, desde luego, celebrar otro contrato de trabajo, pero es un contrato distinto aunque se trate de las mismas personas. Y en todo caso habrá que valorar sus consecuencias en términos de compatibilidad con la pensión reconocida, amén de las repercusiones en materia de prevención de riesgos laborales, pero el contrato de trabajo anterior se extinguió *ex lege* con la declaración de IP total o absoluta, o gran invalidez. Precisamente por ello, el art. 2 del RD 1451/1983, en sus apartados 1 y 2, reconoce una «preferencia absoluta para su readmisión» a los trabajadores que vieron su contrato extinguido por la declaración de IP en los grados mencionados, pero posteriormente, y tras la revisión por mejoría, recuperaron la plena capacidad, o cuando menos su grado de IP quedó minorado a parcial. En tales casos, el trabajador tiene derecho a reintegrarse en la «primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional», si vuelve a contar con plena capacidad, o en la «primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral», si se encuentra afecto de una IP parcial[30].

28 En contra, considerando que esta novación no es extintiva, sino modificativa, aunque vinculando la argumentación al convenio colectivo aplicable y a las peculiaridades en el caso de autos, en el que se discutía la recolocación durante un proceso de suspensión contractual *ex* art. 48.2. ET, vid. STS de 16-12-2013 (recurso 327/2013).

29 Vid. STS de 30-9-1988 (Roj: STS 15527/1988).

30 Vid. ALBIOL MONTESINOS, I., y BLAT GIMENO, F., "La invalidez permanente total extingue el contrato de trabajo: efectos laborales de la posterior recuperación", *Actualidad laboral,* nº 5, 1987, pp. 247 y ss.

3. EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL SIN PREVIA VALORACIÓN DE AJUSTES RAZONABLES: LA DOCTRINA DEL TJUE CON EL PROPÓSITO DE PROTEGER A LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Como se ha anticipado, el art. 49 ET establece que la declaración de IP en los grados de total, absoluta o gran invalidez es causa de extinción contractual, sin mayores precisiones ni condicionantes, ni tampoco una remisión a la normativa específica de discapacidad, que podría ser razonable habida cuenta de que los pensionistas de IP, por definición, son discapacitados. En este sentido, el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dispone que «presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

En el contexto del trabajo asalariado, el art. 40.2 de esa norma impone al empresario el deber de realizar ajustes razonables, en forma de «medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario»[31]. La exigencia de ajustes razonables se contiene asimismo en el art. 22.2.d), y viene reforzada porque su incumplimiento supone una «vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades» (art. 63), a la par que su adopción se considera como «medida contra la discriminación» (art. 66). En la misma línea, el art. 4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, considera como vulneración del derecho a la igualdad la denegación de ajustes razonables, mientras que el art. 6 de esa norma, de manera más contundente, afirma que «se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad».

Por consiguiente, el marco legal exige la adaptación de las condiciones de trabajo en caso de personas con discapacidad, sin ninguna duda, pero en apariencia esa no era una obligación, o un derecho dependiendo de la perspectiva, que alcanzara a quienes accedían a la condición de discapacitado tras la declaración de una IP total, absoluta o gran invalidez. Aun cuando un sector doctrinal consideraba que la valoración sobre los ajustes razonables era imprescindible antes de proceder a la extinción

31 El precepto añade que «para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

contractual[32], la falta de previsión expresa en el art. 49.1.e) ET, y también en la LGSS, suponía que, de alguna manera, la extinción del contrato tras la declaración de IP quedase desconectada de la discapacidad. En apariencia, esa obligación de ajustes razonables alcanzaba a los trabajadores discapacitados, y esa condición nacía de la IP. Dicho de otro modo, la resolución que reconocía al interesado una pensión de IP producía varios efectos simultáneos, como el acceso a la pensión, la extinción del contrato de trabajo y el reconocimiento de la condición de discapacitado. La falta de coordinación plena entre las normas laborales, las de seguridad social y las dedicadas a la protección de la discapacidad abocan a un escenario proclive a disfunciones, como puso de manifiesto la STJUE Ca Na Negreta.

El Tribunal de Luxemburgo, en una doctrina plenamente coherente con otras decisiones recientes[33], afirma que esta configuración no respeta la Directiva 2000/78, interpretada de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que reconocen el derecho a la no discriminación (art. 21) y a la integración de las personas discapacitadas (art. 26), en un caso relativo a un conductor que, por problemas en un pie, vio reconocida una pensión de IP total y, como consecuencia, su contrato de trabajo se extinguió. Al margen de advertir que, a efectos de la legislación social de la UE, esta clase de extinción equivale a un despido —es involuntaria para el afectado— y que el trabajador merece la condición de discapacitado —reconocida oficialmente—, la sentencia recuerda su doctrina previa[34] para insistir en la necesidad de que el empleador proceda a efectuar ajustes razonables, y entre ellos un cambio de puesto, siempre que no suponga una carga excesiva o desproporcionada en atención al coste económico que implique el ajuste y al tamaño y volumen de negocios de la empresa[35].

Comoquiera que la legislación laboral española no contempla esta obligación de ajustes razonables previa a la extinción, o cuando menos que las distintas normas no se han interpretado en este sentido, el TJUE concluye que se ha producido una discriminación. Conviene además poner de manifiesto que la sentencia no considera justificación suficiente el reconocimiento de una pensión de Seguridad Social, porque entiende que pone al interesado en la tesitura de elegir entre la continuidad de la relación laboral o la percepción de una pensión, y ello menoscaba el efecto útil de la Directiva 2000/78, al resultar contrario al propósito de integración social y profesional de los discapacitados, tal y como deriva del art. 27 de la Carta.

32 Vid. GOÑI SEIN, J.L., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas,* Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 270-271; GUTIÉRREZ COLOMINAS, "La discriminación por razón de discapacidad en la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la situación de incapacidad permanente (art. 49.1.e TRLET)", *Trabajo y Derecho*, nº 112, 2024 (smarteca).

33 Vid. SSTJUE Nobel Plastiques Ibérica (de 11-9-2019, asunto C-397/18) y HR Rail (de 10-2-2022, asunto C-485/20).

34 Vid. STJUE HR Rail (de 10-2-2022, asunto C485/20).

35 Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total tras la STJUE de 18 de enero de 2024", *REDT,* nº 272, 2024, pp. 13 y ss.

Esta sentencia motivó una reacción prácticamente inmediata del Gobierno de España, plasmada simbólicamente el 3 de abril de 2024 a través de un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) que recogía, precisamente, el compromiso de suprimir la extinción automática del contrato de trabajo tras la declaración de incapacidad permanente. Por supuesto, este tipo de acuerdos no son imprescindibles ni habilitantes para llevar a cabo una reforma legal, máxime cuando se ha constatado la vulneración del Derecho de la UE y ha de remediarse una situación discriminatoria.

Sin embargo, tampoco parece totalmente imprescindible una reforma legal, porque las herramientas jurídicas disponibles permitirían una fórmula integradora, a partir de una interpretación evolutiva del derecho a la no discriminación, de la primacía del Derecho de la UE y, desde luego, de la plena aplicación en el ámbito laboral de la exigencia de ajustes razonables contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Ni siquiera es necesaria una interpretación creativa, ni desde luego *contra legem*, sino una exégesis que haga prevalecer el derecho constitucional a la no discriminación de los discapacitados sobre el tenor literal del art. 49 ET, a partir de las bases ya sentadas por la doctrina del TC[36].

4. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LA STJUE CA NA NEGRETA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Sin lugar a dudas, la doctrina sentada por la sentencia Ca Na Negreta requiere de algún cambio en el ordenamiento español. Por más que se puedan compartir la conclusión y los argumentos, o que se discrepe de ellos, el Tribunal de Luxemburgo es taxativo al afirmar que la Directiva 2000/78 no ha sido transpuesta correctamente y que se están vulnerando los arts. 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, provocando una discriminación de los trabajadores con discapacidad. Ese reproche no puede ser ignorado, y requerirá de las oportunas actuaciones, bien a nivel legislativo, bien a nivel exegético, como ya se ha apuntado.

Cabe llegar a tal conclusión aun cuando el asunto Ca Na Negreta no debería haber alcanzado al TJUE, pues podría haber sido resuelto satisfactoriamente para el

36 «En todo caso, tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad el empleador debe tener en cuenta debidamente los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas. Asimismo, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, debe exteriorizar debidamente la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida por el art. 14 CE aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras»; cfr. STC 51/2021, de 15 de marzo.

trabajador conforme a la doctrina ya consolidada del TS. En efecto, el empleador no obró correctamente al extinguir el contrato, y el órgano jurisdiccional español podría haberse pronunciado de esa forma sin necesidad de acudir al Derecho de la UE ni plantear la cuestión prejudicial. El supuesto de hecho no encaja en los parámetros habituales de este tipo de situaciones, porque el trabajador, inicialmente, no vio reconocida una pensión de IP, sino una indemnización a tanto alzado derivada de lesiones permanentes no incapacitantes. Sin embargo, las limitaciones físicas que las dolencias le provocaron motivaron que la empresa le ubicara en un puesto de trabajo compatible, por lo que continuó prestando servicios con relativa normalidad en ese puesto adaptado durante un año, momento en el que el INSS dictó una resolución reconociendo la pensión por IP total.

La empresa decide entonces extinguir el contrato de trabajo, extinción que no viene amparada por el art. 49.1.e) ET, como la jurisprudencia advirtió hace casi cuatro décadas[37], por cuanto el trabajador ya no se encuentra realizando las funciones y tareas incompatibles con su estado, sino otras plenamente compatibles. Dicho de otro modo, el ajuste razonable ya se había producido tras el reconocimiento de las lesiones permanentes no incapacitantes, y no era necesario efectuar acomodación o cambio alguno tras la declaración de IP total, sino que la prestación de trabajo debería haber continuado en los mismos términos, con esos ajustes ya implementados. La invocación del art. 49.1.e) ET resultaba injustificada y merecería la calificación de despido improcedente, porque se extinguía, por así decirlo, el contrato no adaptado, el previo a la introducción de ajustes razonables, pero no había justa causa para la extinción de la relación laboral en unas condiciones en las que el trabajador prestaba servicios con normalidad. La nulidad probablemente resultaría excesiva, toda vez que la empresa había cambiado de puesto al trabajador tras la inicial resolución del INSS y formalmente la IP total es causa de extinción del contrato de trabajo, por lo que no hay indicios sólidos de conducta discriminatoria[38]. Aunque la apreciación de discriminación no requiera de una voluntad deliberada, las deficiencias técnicas de las reglas legales deberían limitar la responsabilidad del empresario[39].

El TJUE, en verdad, no centra el reproche en el empresario, sino más bien en la configuración normativa, toda vez que el ET admite la extinción contractual tras la declaración de IP sin exigir al empleador, por un lado, que valore la eventual adopción de medidas de ajuste que permitan continuar la prestación de servicios, y, por otro,

37 Vid. STS de 30-9-1988 (Roj: STS 15527/1988).

38 La STS de 22-2-2018 (recurso 160/2016) advierte que en estos casos la nulidad del despido por «vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables».

39 La STSJ de Baleares de 19-3-2024 (recurso 75/2022), que resuelve el asunto Ca Na Negreta tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, insinúa que la nulidad del despido sería la calificación más adecuada, pero reconoce la improcedencia por motivos de «congruencia procesal», pues eso era lo solicitado en el escrito final de alegaciones de la parte demandante.

que mantenga las medidas adecuadas que ya se hubieran adoptado y vinieran permitiendo el desempeño de la prestación laboral (FJ 47). El TS, como se sabe, viene sosteniendo desde finales de la década de los 80 del siglo pasado que la declaración de IP total «no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio» compatible, salvo que «el orden normativo aplicable así lo dispusiere», lo que hasta el momento no se deducía de la legislación laboral[40].

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo obliga a modificar esta premisa, de modo que ya no cabe sostener ni que el art. 49.1.e) ET contempla una causa de extinción del contrato de trabajo con carácter automático (salvo, lógicamente, en caso de fallecimiento del trabajador), ni una causa que habilita al empleador para decidir la extinción sin valorar previamente la posibilidad de efectuar ajustes razonables. De lo contrario, se produciría la vulneración de un derecho fundamental en cada extinción por esa vía. No se trata ya, o no se trata sólo, de la primacía del Derecho de la UE, sino también del respeto al principio de no discriminación reconocido en el art. 14 CE, que, conforme al art. 10.2 de la CE, debe ser interpretado, como todos los derechos fundamentales, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De este modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no pueden ser obviados en la interpretación del art. 14 CE[41].

En este escenario, parece inminente una modificación normativa que impondrá al empleador como paso previo a la extinción contractual una valoración sobre la posibilidad de introducir ajustes razonables que permitan la continuidad en activo de la persona con discapacidad, bien en el mismo puesto mediante una acomodación adecuada, bien en un puesto de trabajo distinto de la propia empresa. El Gobierno ya ha aprobado un anteproyecto de ley, porque una reforma legal, aunque no estrictamente imprescindible, sí es muy conveniente en orden a clarificar procedimientos y consecuencias. La STJUE Ca Na Negreta advierte que no puede ser obstáculo para efectuar esta valoración que el propio trabajador haya solicitado la declaración de IP, que la estimación de su pretensión le conceda el derecho a una pensión y que pueda compatibilizar esa pensión con un trabajo (FJ 48). Aunque no desarrolla esa idea, el TJUE parece considerar que esa compatibilidad meramente potencial de la pensión con un trabajo en el futuro no es suficiente, sino que debe atribuirse al trabajador un derecho tangible y más inmediato con la empresa para la que prestaba servicios en el momento de la declaración de IP.

De este modo, el alcance de una eventual modificación normativa suscita alguna incertidumbre, y no de carácter menor. En primer lugar, cabe plantear si este proceso

40 Vid. STS de 18-12-1989 (Roj: STS 7451/1989).

41 Vid. MANGAS MARTÍN, A., "Comentario al art. 51", en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo,* Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 813 y ss.

de valoración previo a la extinción contractual ha de limitarse a la IP total —pues sobre ese grado se pronunciaba la sentencia—, o debe extenderse a todos los grados de IP que conduzcan a la extinción contractual, como la IP absoluta y la gran invalidez, por cuanto también en esos supuestos el interesado alcanza la condición de discapacitado, y podrían extrapolarse sin dificultad muchos de los argumentos.

En segundo lugar, también convendría aclarar si estos ajustes razonables deben ser considerados como un derecho del trabajador, o son asimismo una obligación del empleador. Cabría, desde luego, considerar que el empresario únicamente ha de poner en marcha el proceso de valoración si el trabajador muestra voluntad de continuar prestando servicios en la empresa —que es la opción por la que parece haberse decantado el Gobierno—, pero también que la legislación impone al empleador un deber que le exige comprobar en todo caso las posibilidades de modificar las condiciones de trabajo, o incluso cambiar de puesto, respecto de quien acaba de ser declarado en situación de IP total, absoluta o gran invalidez, con vistas a que pueda ofrecer al trabajador discapacitado una alternativa real para permanecer en activo. Desde esta perspectiva, los ajustes razonables contarían con una doble faceta de derecho-deber, lo que también permitiría plantear, en hipótesis, si el trabajador puede rechazar que se ponga en marcha ese proceso de valoración en la empresa o, en su caso, renunciar a la propuesta del empleador en orden a la continuidad de la relación laboral, así como las consecuencias de dicha renuncia.

Y en tercer lugar, y en íntima conexión con las cuestiones precedentes, es menester analizar el impacto de esta doctrina en el ámbito de la Seguridad Social, y más en concreto en el marco de los procedimientos de calificación y revisión de la IP, así como en las reglas de compatibilidad de las pensiones de IP con el desempeño de un trabajo. No en vano, el hecho de que el trabajador pueda o no mantenerse en su puesto, convenientemente adaptado, o que continúe prestando servicios en la empresa, en un puesto compatible, debería repercutir en los procesos de valoración que competen a la Seguridad Social, porque son circunstancias íntimamente ligadas.

Por supuesto, se trata de cuestiones sobre las que sólo cabe efectuar conjeturas en tanto no tenga lugar una reforma normativa, o no se concrete un cambio de operativa en el funcionamiento de la maquinaria de la Seguridad Social[42]. Sin embargo, no parece osado afirmar que estas decisiones y/o reglas que originariamente buscan incrementar las probabilidades de continuar en activo de quienes han sufrido reducciones anatómicas o funcionales que conduzcan a una IP, por más que hayan sido aplaudidas desde ciertos sectores por considerarlas un avance en los derechos de las personas con discapacidad, podrían convertirse a corto

42 Algunos de esos interrogantes ya han sido planteados por la doctrina. A modo de ejemplo, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., "El caso 'Na Negreta'conmociona la IPT (STJUE 18 enero 2024)", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* nº 1004, Febrero 2024, pág. 6.

o medio plazo en un obstáculo de envergadura para el reconocimiento de pensiones de IP, o para la compatibilidad de las pensiones con el trabajo. De hecho, sin una reforma normativa de entidad y técnicamente precisa, los desajustes entre las reglas laborales y la legislación de seguridad social resultan inevitables, como se desarrollará a continuación.

5. POTENCIALES DISFUNCIONES ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA DE SEGURIDAD SOCIAL

La STJUE Ca Na Negreta analiza el supuesto de hecho desde la perspectiva, exclusivamente, de los derechos de las personas con discapacidad, y por ello afirma, por ejemplo, que una «normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo» (FJ 49). El derecho al trabajo prevalece sobre otros intereses o parcelas del ordenamiento, pues «una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia» (FJ 52).

El TJUE, por consiguiente, prioriza la integración social y laboral de las personas con discapacidad sobre la configuración jurídica de los derechos de seguridad social, advirtiendo que la alternativa entre prestación de seguridad social y extinción del contrato causa un perjuicio desmedido al discapacitado. Sin embargo, esta toma de posición encierra un peligro que pudiera llegar a afectar, incluso, a la calificación misma como discapacitado, que en los supuestos de IP se obtiene, precisamente, con la declaración de una IP en los grados de total, absoluta y gran invalidez.

Obviamente, no es cuestión menor recordar que la definición y delimitación legal de los grados de IP se encuentra obsoleta. La Ley 24/1997 concedió un año para aprobar el desarrollo reglamentario que modernizase la regulación de la IP (DT 5ª. bis), pero ese plazo no se respetó y el mandato permanece incumplido. Siguen aplicándose, así pues, reglas del siglo pasado que se mantienen vigentes por su incorporación a la DT 26ª LGSS, pero que han generado, y generan, numerosas dificultades prácticas, porque no se acomodan al contexto social y productivo. Precisamente por ello, no parece prudente, ni tiene visos de éxito, una reforma del art. 49.1.e) ET que no

venga acompañada de una modernización de los grados de IP, que puede efectuarse por vía reglamentaria gracias a la habilitación del art. 194.3 LGSS[43].

En tanto esa intervención normativa no tenga lugar, el tenor literal del art. 194 LGSS vigente transitoriamente conduce a la incompatibilidad de las pensiones de IP con el trabajo. En primer lugar, se entiende por IP total «para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta». En segundo lugar, se considera IP absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y en tercer lugar, la gran invalidez es la «situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

De este modo, la LGSS parte de la premisa de que las personas en situación de IP absoluta o gran invalidez no están en condiciones de realizar una actividad profesional, pudiendo dedicarse, no obstante, al «ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión» (art. 198.2 LGSS); por su parte, las personas en situación de IP total podrían prestar servicios en cualquier profesión distinta de la habitual.

En este punto, conviene traer a colación los interrogantes que se plantearon al final del epígrafe anterior. Comoquiera que la entidad gestora debe valorar, en el proceso de calificación de la IP, si el interesado puede o no desarrollar una actividad profesional, resulta de todo punto pertinente que tome en consideración las conclusiones de la empresa en orden a la introducción de ajustes razonables. Por supuesto, cabría argüir que esa obligación de la empresa sólo nace tras la resolución del INSS que califique el estado psicofísico del afectado como IP, en uno de los grados pensionables, pues sólo a partir de ese momento se adquiere formalmente la condición de discapacitado. Sin embargo, esa es una interpretación en extremo formalista, por cuanto el TJUE ya aclaró que el concepto de discapacidad incluye tanto la enfermedad como el accidente que causen una limitación de capacidad duradera, aun cuando no haya reconocimiento oficial de la discapacidad[44]. La resolución del INSS constata, así pues, una situación que, en la mayor parte de ocasiones, ya encaja materialmente en el concepto de discapacidad, y que merecería la implementación de ajustes razonables con o sin declaración formal.

En cualquier caso, no es razonable separar artificialmente el impacto del estado de salud en el plano laboral y en el plano de la seguridad social. La determinación del

43 Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº. 8, 2016, pp. 13 y ss.; MORENO PUEYO, M. J., "Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STSJ de 18 de enero de 2024, C-631/22: reflexiones sobre una necesaria reforma", *Lex Social*, nº 14(2), 2024.

44 Por todas, vid. SSTJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) y Daouidi (de 1-12-2016, asunto C-395/15).

grado de IP está íntimamente vinculada con las reducciones anatómicas y/o funcionales que sufra el trabajador, y por tanto con su capacidad laboral. La valoración desde la vertiente laboral debe coincidir con la valoración desde el prisma de la seguridad social, para evitar anomalías y resultados disfuncionales. Precisamente por ello, no resultaría irrazonable que en el proceso de calificación de IP la Entidad Gestora, a través del EVI principalmente, solicitase a la empresa un informe sobre la posibilidad de efectuar ajustes razonables o cambiar de puesto al trabajador, o que se articularan otros procedimientos con ese fin.

Desde la perspectiva de la seguridad social, esta mayor interacción con la empresa permitiría evaluaciones más concretas, y no hipotéticas, y aquilataría la calificación. Sin embargo, no es claro que los trabajadores estuvieran siempre interesados en este tipo de fórmulas, porque, principalmente en empresas de gran tamaño, las probabilidades de acomodar al trabajador en otros puestos —incluso algunos con escasos requerimientos físicos— puede ser alta, lo que reduce las probabilidades de acceder a una IP absoluta o a una gran invalidez. Es más, esas probabilidades disminuirían aún más si la empresa admitiera fórmulas de ajuste como el teletrabajo, por ejemplo, y no sólo en el contexto de la IP absoluta y la gran invalidez, sino incluso en el caso de la IP total. Dicho de otro modo, si a través de ajustes técnicos o tecnológicos el trabajador pudiera continuar desempeñando su trabajo no cabría la calificación como IP total, pero esa no es una valoración que ordinariamente venga efectuando la entidad gestora, y que va a requerir la intervención —y la adecuada predisposición— de la concreta empresa en la que presta servicios el trabajador.

Las consecuencias de la STJUE Ca Na Negreta no son, así pues, nada fáciles de calibrar, máxime cuando no sólo afectan a la calificación inicial de la IP, sino también a su eventual revisión, en particular si esa obligación de introducir ajustes razonables pudiera renacer, aun diferida, en el marco de un proceso de revisión del grado de IP, o durante una reclamación judicial, o, más fácilmente, en el contexto de una suspensión contractual tras declaración de IP con probabilidad de mejoría (art. 48.2 ET). Y, por supuesto, tampoco es una doctrina irrelevante en materia de compatibilidad de la pensión de IP con el trabajo.

En este sentido, en el momento de publicación de la sentencia Ca Na Negreta esa nueva doctrina mejoraba sustancialmente la posición de los pensionistas de IP, pues, con los criterios de compatibilidad imperantes, era perfectamente plausible, en hipótesis, que la declaración de IP, con el reconocimiento de la pensión, resultara compatible con la continuidad en la empresa mediante una prestación de servicios análoga a la que se venía desarrollando con anterioridad. Sin embargo, la STS de 11-4-2024[45] ha modificado sustancialmente el criterio tradicional, pues, en un cambio de doctrina de notable envergadura, ha limitado las actividades compatibles con la IP absoluta y la gran invalidez (art. 198.2 LGSS) únicamente a «tareas o funciones que no sean

45 Recurso 197/2023.

las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social».

Algunos de los efectos de la STJUE Ca Na Negreta han quedado neutralizados por esta nueva doctrina del TS, que obliga, desde luego, a matizar alguno de los interrogantes antes planteados, principalmente el relativo a la condición de derecho-deber de la adopción de ajustes razonables. Tras esta sentencia del TS, la IP absoluta y la gran invalidez son incompatibles con un trabajo productivo que dé lugar al alta en el Sistema de Seguridad Social. De ahí que la eventual continuidad en activo, en la misma empresa, una vez introducidos los ajustes razonables no resulta tan atractiva para el trabajador, y no ya porque la Entidad Gestora podría tomar en cuenta tal circunstancia en orden a la determinación del grado, sino porque, aun cuando la pensión fuera reconocida, permanecería en suspenso en tanto el interesado continuase desempeñando el trabajo; y no conviene olvidar que, conforme al art. 200.2 LGSS, «si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión».

Por ello, precisamente, cobra sentido plantear la licitud de la renuncia del discapacitado al derecho a la implementación de ajustes razonables, o de la previa solicitud de que no se efectúe esa valoración, porque el pleno reconocimiento y efectividad de ese derecho en el ámbito laboral puede derivar en notables consecuencias para los derechos de Seguridad Social. Cuestión distinta, como se dijo, es que se configure asimismo como una obligación empresarial que se justifica para dar completa efectividad a un derecho fundamental, y que, además, favorece la correcta calificación en el ámbito de la Seguridad Social, de modo que la inserción social de los discapacitados prevalezca sobre los deseos individuales de disfrutar de una pensión vitalicia. Los intereses de los distintos involucrados no siempre convergen, pero, en cualquier caso, es exigible la coordinación y plena coherencia entre las normas laborales y las de Seguridad Social si se aspira a un correcto funcionamiento del sistema.

El escenario, así pues, ha cambiado, y ahora quizá cobra más sentido diferenciar nítidamente entre la IP total y los otros grados que permiten acceder a una pensión. Aun cuando el art. 49.1.e) del ET no establezca esa diferencia, y que por tanto pueda cuestionarse la jurisprudencia tradicional que diferencia la automaticidad de la extinción entre unos y otros grados, lo cierto es que la propia STJUE Ca Na Negreta advierte que la asimilación de la IP total, «que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una "incapacidad permanente absoluta"» —o a la gran invalidez— «es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta"(FJ 49).

Desde luego, cabría cuestionar esta afirmación, porque no toma en debida consideración las peculiaridades del ordenamiento español, máxime con la generosa compatibilidad con el trabajo que la jurisprudencia del TS admitía hasta abril de 2024, pero de algún modo deja claro que ese objetivo de integración profesional exige me-

didas reforzadas para toda aquella persona que mantenga posibilidades reales de desarrollar un trabajo productivo, y esas medidas reforzadas, con total lógica, deben comenzar por el contrato que se encuentra vigente en el momento de declaración de la IP total, momento originario de una discapacidad que no habría de provocar necesariamente la exclusión laboral.

Sin embargo, la IP absoluta y la gran invalidez parecen situarse ya en otro plano completamente distinto. La mencionada STS de 11-4-2024 ha supuesto un punto de inflexión, con afirmaciones que de manera contundente e inequívoca conducen a restringir a la mínima expresión la compatibilidad de esas pensiones con el trabajo, partiendo de la premisa de que «las prestaciones de incapacidad permanente tratan de sustituir la sobrevenida carencia de rentas del trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar que se produce como consecuencia de la situación incapacitante sufrida por el trabajador», de modo que «si no existe esa pérdida de rentas del trabajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurre situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad». Una amplia generosidad de las reglas de compatibilidad de las pensiones de IP absoluta y gran invalidez es contraria «a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social; y, también, al principio de solidaridad que impregna e informa la concepción constitucional y legal de la Seguridad Social, en la medida en que una misma persona —imposibilitada normativamente para el ejercicio de toda profesión u oficio— compatibiliza una pensión pública con rentas derivadas del trabajo que desarrolla». De ahí que la propia sentencia advierta que «si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían», amén de que «el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la seguridad social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo».

Esta contundencia jurisprudencial desactiva la obligación de introducir ajustes razonables en supuestos de IP absoluta o gran invalidez, al menos en presencia de una correcta calificación. Técnicamente, y con este nuevo criterio, esos grados sólo

pueden reconocerse ante reducciones de anatómicas o funcionales que anulen, y no sólo reduzcan, la capacidad laboral, y que por tanto hagan inviable el ejercicio de una actividad profesional. Si ello no fuera así, y por tanto si mediante ajustes razonables el discapacitado pudiera desempeñar un trabajo (el mismo o cualquier otro), no procedería la calificación como IP absoluta o gran invalidez. Se demuestra así, una vez más, que la regulación laboral y la de seguridad social están unidas por vasos comunicantes en íntima relación, y que conviene ser muy cauteloso con las reformas que se introduzcan en una de esas parcelas para evitar efectos colaterales indeseados.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: POSIBLE EFECTO BUMERÁN EN FORMA DE ENDURECIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ACCESO Y MANTENIMIENTO DE LAS PENSIONES DE IP

La STJUE Ca Na Negreta fue recibida en España, en general, como una gran noticia para la protección de las personas con discapacidad. Desde ámbitos diversos, como el político y el académico, muchas voces consideraron esa sentencia como un avance, que además habría de venir acompañada de una reforma legal en materia de extinción del contrato para disipar todas las dudas sobre las obligaciones que incumbían al empleador y los derechos que asisten al trabajador. Sin embargo, no todas esas voces repararon en el impacto que ese nuevo escenario provoca en el ámbito de la Seguridad Social, porque una compatibilidad generalizada del trabajo con las pensiones de IP es contraria a los pilares sobre los que se erigen esas prestaciones.

La repercusión de la STJUE Ca Na Negreta no puede valorarse sin atender a ese contexto de los derechos de Seguridad Social, y en particular a las reglas sobre calificación, revisión y compatibilidad con el trabajo de la IP. De hecho, la rectificación de la doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad de las pensiones de IP absoluta y gran invalidez con el trabajo debería ser un elemento muy relevante en la evaluación de las consecuencias de esa sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

Por supuesto, son varios los factores que confluyen en estas situaciones, comenzando por el hecho de que la normativa de protección de los trabajadores con discapacidad se dirige prioritariamente a quienes ya tienen reconocida esa condición. En cambio, los pensionistas de IP se convierten en discapacitados de manera simultánea, porque el reconocimiento del grado de IP supone asimismo la adquisición legal de la condición de persona con discapacidad, lo que desde el plano de la operatividad y coordinación de las reglas de distintos sectores causa una anomalía.

Ahora bien, conviene interpretar con cierta prudencia algunas de las obligaciones-derechos que derivan de la normativa en materia de discapacidad, porque exigir al empleador una valoración previa, y exhaustiva, de las posibilidades de que un trabajador continúe en activo, en su puesto de trabajo o en cualquier otro, tras el reconocimiento de una pensión de IP va a generar numerosos efectos colaterales. No

en vano, si el empleador puede encontrar fórmulas para que el trabajador continúe prestando servicios, con los ajustes técnicos o tecnológicos pertinentes, se abren escenarios como la denegación de la IP o el reconocimiento de una IP parcial o de lesiones permanentes no incapacitantes, que incluso jurídicamente se justificarían con más facilidad que el reconocimiento de una IP absoluta o una gran invalidez con suspensión inmediata por incompatibilidad, toda vez que si el trabajador puede continuar prestando servicios en la empresa no hay justificación para reconocer uno de esos grados. Cuestión distinta es si existe un canal de comunicación apropiado para que la entidad gestora y las empresas (todas las empresas) interactúen durante el proceso de calificación.

Desde una perspectiva más amplia, cabría incluso llegar a plantear si el empleador está facultado para acometer ajustes razonables en caso de trabajadores que se vean afectados frecuentemente por dolencias que conduzcan a la IT, o que se encuentren en una IT duradera, de manera que deban incorporarse a prestar servicios cuando esos ajustes razonables permitieran desarrollar la actividad sin riesgos para la salud. En este momento la decisión sobre el alta y la baja médicas se toma a partir de criterios estrictamente médicos y no suelen valorarse otras alternativas. Ahora bien, si las dolencias duraderas y limitantes se asimilan a una discapacidad y el empleador debe proceder a los ajustes razonables para facilitar la integración profesional de las personas con discapacidad, cabría plantear en hipótesis si ante un ajuste razonable que permitiera prestar servicios —desde el propio hogar, por ejemplo— sin poner en riesgo la salud, la IT debería finalizar pese a que el trabajador no estuviera completamente curado o recuperado.

En suma, en tanto no se precise si en los ajustes razonables prevalece la faceta de obligación empresarial —o del Estado en su conjunto para facilitar la integración social y laboral de los discapacitados— o la de derecho del trabajador, se plantean notables incertidumbres que, en hipótesis, pueden desplegar muchos más efectos en los trabajadores de empresas de gran tamaño, porque son las que más posibilidades tienen de acometer ajustes y habilitar puestos compatibles. Por consiguiente, cabría incluso pensar que personas con similares reducciones anatómicas y funcionales merecieran una calificación muy diferente del grado de IP en atención al tamaño de la empresa para la que prestaran servicios, lo que desde luego provoca una disfunción —que incluso cabría valorar desde el plano de los principios de igualdad y no discriminación—, porque prácticamente carecerían de posibilidades de acceder a una pensión de IP. En las condiciones actuales de desarrollo tecnológico, la imposibilidad plena de desarrollar una actividad profesional ha de considerarse una excepción. Precisamente por ello, las reglas sobre integración profesional del discapacitado, las normas laborales sobre extinción contractual por reconocimiento de una IP y el régimen jurídico de la calificación, revisión y compatibilidad con el trabajo de la IP deberían coordinarse adecuadamente. Lamentablemente, no parece esa la intención del legislador, al menos en este momento.

La estructura del proceso laboral a debate

Luis Enrique Nores Torres
Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat de València

Debating about the structure of the labor process

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DEBATE SOBRE LA AUDIENCIA ÚNICA Y LA UNIDAD DE ACTO. 2.1. La introducción de una contestación escrita a la demanda y/o una audiencia previa. 2.2. La separación de la conciliación intrajudicial del acto del juicio. 3. EL DEBATE SOBRE LA REFORMULACIÓN DE LAS MODALIDADES PROCESALES. 3.1. La simplificación del listado… 3.2. …y su reordenación: ¿la inclusión del proceso monitorio? 4. EL DEBATE SOBRE LA INSTANCIA ÚNICA Y EL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS. 4.1. El mantenimiento de la instancia única. 4.2. Algunas modificaciones en el sistema de recursos extraordinarios. 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Resumen: La estructura general del proceso laboral en nuestro país responde a un diseño elaborado a principios del siglo XX que, en lo esencial, se ha mantenido inalterado a lo largo del tiempo. A pesar de que esta regulación, en su momento, debió parecer revolucionaria, puede que no hayan envejecido adecuadamente y resulte conveniente plantear su reforma. Así sucede, de manera especial, con dos piezas del modelo como son, por un lado, la realización de las actuaciones en una «audiencia única» o «unidad de acto» y, por otro, el sistema de instancia única. El objeto de este trabajo se encamina a abordar tales cuestiones, así como la reordenación de las modalidades procesales.

Palabras clave: proceso laboral; reforma procesal; audiencia única; instancia única; modalidades procesales.

Abstract: The structure of the labor process in Spain has not had major changes since its origins at the beginning of the 20th Century. This regulation may not have aged well and it is advisable to consider reforming it. This is quite evident regarding the «single

hearing» and «sole instance». The purpose of this paper is aimed at addressed these issues, as well as those related to the reordering of labor procedural modalities.

Keywords: labor process; procedural reform; single hearing; sole instance; Labor Procedural Modalities.

1 INTRODUCCIÓN

1. La estructura general del proceso laboral en nuestro país responde a un diseño elaborado a principios del siglo XX que, en lo esencial, se ha mantenido inalterado a lo largo del tiempo. Así, sus piezas definitorias, no han experimentado grandes variaciones desde los albores del mismo en la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y su reforma de 1912 hasta nuestros días[1]. En este sentido, la búsqueda de un cauce procesal que superase la inadecuación del procedimiento civil, llevó a abrazar los postulados del principio de oralidad de las actuaciones y sus principios consecuencia: inmediación, concentración y celeridad. Y este conjunto de principios y postulados constituye una constante en nuestras normas de procedimiento, pues, a pesar de los múltiples avatares normativos habidos desde sus orígenes, no han dejado de estar presentes en los distintos textos legales que hemos ido conociendo en algo más de un siglo. Asimismo, hay dos piezas del modelo, muy ligadas a los principios reseñados, que han permanecido prácticamente inmutables a lo largo del tiempo como son, por un lado, la realización de las actuaciones en una «audiencia única» o «unidad de acto» y, por otro, el sistema de instancia única.

1.1. Aunque todo este conjunto de previsiones, en su momento, debieron parecer revolucionarias, en contraste con los procesos civiles, puede que no hayan superado bien el transcurso del tiempo; incluso, cabría pensar que esa estabilidad de las normas procedimentales sea la causa de su «envejecimiento»[2] y constituya uno de los motores que impulsan su reforma para adaptarlo a las necesidades que impone el siglo XXI. No obstante, a mi juicio, las razones del cambio no se encuentran solamente ahí, ya que las necesidades de reforma se aprecian también en los restantes órdenes jurisdiccionales, a juzgar por los diferentes proyectos normativos que estaban en marcha antes de la disolución de las cámaras en mayo de 2023 (proyecto de ley de eficiencia organizativa, proyecto de ley de eficiencia procesal y proyecto de ley de eficiencia digital) y que han sido objeto de recepción parcial en el RDL 6/2023, de 19 de mayo; piénsese, sin ir más lejos, los retos que plantea la modernización y digitalización de la justicia.

1 La evolución normativa puede reconstruirse, entre otros, por medio de BAYÓN CHACÓN, G., PÉREZ BOTIJA, E. (1963), *Manual de Derecho del Trabajo*, volumen II, 4ª edición, Madrid, Marcial Pons pp. 866 y 880-881; MONTERO AROCA, J. (1977), «El proceso laboral. Conceptos generales», *Revista de Política Social*, *113*, p. 20; AGUILERA IZQUIERDO, R. (2004), *Proceso Laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*, Madrid, Civitas, pp. 44-46; NORES TORRES, L. E. (2024), *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 94 y ss.

2 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2001), «Proceso civil y proceso de trabajo», *Relaciones Laborales-I*, p. 140.

1.2. En este contexto, los eventuales puntos de debate que se suscitan son muy variados por lo que resultan inabarcables en un trabajo de estas características. Así pues, por razones de espacio, me circunscribiré a algunos de los que me parecen más esenciales. En este sentido, hay dos piezas del modelo que ya he mencionado y que merecen una especial atención: por un lado, la realización de las actuaciones en una «audiencia única» o «unidad de acto» y, por otro, el sistema de instancia única. Y es que, la experiencia acumulada sobre los efectos de estos primados en el proceso laboral, así como las aportadas por otros órdenes jurisdiccionales y por otros modelos de derecho de derecho comparado, aconseja reflexionar sobre la conveniencia de mantener tales elementos estructurales o proceder a su reforma. Asimismo, también parece necesario detenerse en valorar el interés de modificar otra pieza estructural relevante como es la de las «modalidades procesales».

2. EL DEBATE SOBRE LA AUDIENCIA ÚNICA Y LA UNIDAD DE ACTO

2. La primera cuestión a abordar es la relativa al mantenimiento de un modelo en el que, por derivación del principio de concentración, se aspira a realizar las diferentes actuaciones procesales sin apenas separaciones temporales, a poder ser, en una unidad de acto[3]. La regulación contenida en la LRJS es muy respetuosa con este principio y su derivación, siendo su máximo exponente el hecho de que el art. 82 LRJS prevea que, tras la interposición de la demanda y su admisión a trámite, se fije una fecha para la celebración de la conciliación y juicio en una única convocatoria, pero en actos sucesivos, de manera que se celebre todo de manera concentrada: la conciliación intrajudicial ante el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) y el juicio, con todas sus fases (esto es, alegaciones, prueba y conclusiones), ante el juez en unidad de acto. Así pues, no hay un trámite separado para la contestación a la demanda, sino que ésta tiene lugar en la propia vista y se realiza de manera oral.

2.1. La conjunción de tales elementos —unidad de acto y contestación oral a la demanda en el acto del juicio— ha suscitado tradicionalmente el debate sobre si esta regulación sitúa al demandante —de manera habitual, el trabajador— en una posición de inferioridad procesal, ya que no conocerá de las defensas y excepciones del demandado sino hasta el momento del juicio, mientras que éste conoce la postura del primero desde la notificación de la demanda o, incluso antes, cuando es obligatoria la realización de un acto previo[4]. La polémica también podría con-

3 Ese significado, entre otros, en CHIOVENDA, G. (1923), *Principii di Diritto Processuale Civile. Il proceso di cognizione*, 3ª edición, Napoles, N. Jovene N. C. (1ª edición: 1906), p. 684; CARNELUTTI, F. (1926), *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Volume Terzo. La funzione del processo di cognizione. Parte seconda*, ristampa, Padua, La Litotipo Casa Editrice, pp. 193 y ss.

4 Al respecto, *vid.*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», *Temas Laborales*, *15*, p. 331, MAIRAL JIMÉNEZ, M. (1995), «La igualdad de las partes en el proceso laboral», *Temas Laborales*, *34*, p. 81 o LÓPEZ HORMEÑO, M.ª C. (2021), «Principio de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión en el proceso

templarse desde la perspectiva inversa: la presentación por escrito de la demanda coloca al demandante en una posición con mayores garantías que la ocupada por el demandado, quien expone sus alegaciones de manera oral, pues el primero lograría que sus pretensiones llegasen fielmente al juzgador en tanto las del segundo llegarían mediatizadas por lo que lograse transmitir en la vista de manera oral[5]. Pues bien, de entrada, debe señalarse que la eventual ruptura de la igualdad procesal, en todo caso, es muy inferior de la que pudiera existir en el pasado, ya que, desde la LPL de 1990, al menos la reconvención debe ser anunciada en los actos previos obligatorios[6], cuando en las leyes de procedimiento anteriores tal anuncio no resultaba preciso[7]. A partir de ahí, no debe olvidarse que estamos ante un procedimiento verbal en el que la demanda anticipa la pretensión, pero ésta no se acaba de perfilar sino hasta el momento del juicio, según se aprecia en el art. 85 LRJS, que permite introducir ampliaciones en la demanda mientras no se produzcan variaciones sustanciales, lo cual ha servido a la doctrina para disipar las dudas relativas a eventuales atentados al principio de igualdad[8].

2.2. A mi juicio, en todo caso, aunque las previsiones contenidas en la normativa vigente no impliquen en este punto la violación del principio en cuestión, en términos de una mejor consecución de la justicia y evitar posibles riesgos de que se produzca indefensión, probablemente sería conveniente contar con una fórmula diversa a la existente, de manera que se llegase al acto del juicio con el debate procesal mucho mejor perfilado tanto para ambas partes, como para el órgano jurisdiccional. En este sentido, cabe reflexionar sobre la posibilidad de introducir en la normativa procesal laboral una contestación por escrito a la demanda o, incluso, una suerte de audiencia previa que favoreciese la consecución de los objetivos señalados. Ninguna de estas posibilidades se planteó en el proceso reformista que estábamos viviendo antes de la disolución de las Cortes en mayo de 2023, más allá de una recepción parcial en materia de Seguridad Social por el plan de choque elaborado por el CGPJ[9], si bien no había rastro de la misma en el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal[10], lo que fue tachado de «olvido

social, en especial, en el acto del juicio: puntos críticos y propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, p. 12.

5 MAIRAL JIMÉNEZ, M. (1995), *op. cit.* p. 81.

6 VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), *op. cit.*, p. 31.

7 Así lo corroboran los arts. 72 LPL de 1958, 72 LPL 1963, 76 LPL 1966 y 76 LPL 1980.

8 MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J. M.ª; SAMPEDRO CORRAL, M. (1993), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo I, Madrid, Civitas, p. 580; MAIRAL JIMÉNEZ, M. (1995), *op. cit.* p. 82; LÓPEZ HORMEÑO, M.ª C. (2021), *op. cit.*, p. 12.

9 Se trata de la medida 6.28 que aparece detallada en las pp. 527 y ss. del plan presentado. El contenido del plan en, Consejo General del Poder Judicial (2020), El CGPJ reúne un centenar de medidas en un documento base preparatorio del plan de choque para evitar el colapso de la Justicia tras el fin del estado de alarma, recuperado de http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma, consulta realizada el 4 de mayo de 2024.

10 El proyecto aparece publicado en el BOCG 22 de abril de 2022.

imperdonable»[11]. Las propuestas barajadas en éste, como veremos enseguida, tenían un alcance mucho más limitado, pero retomando piezas del modelo apuntado. En todo caso, conviene detenerse tanto en las «descartadas» como en las recogidas; y ello a pesar de que nada de ello se ha incorporado en la reforma operada en 2023.

2.1. La introducción de una contestación escrita a la demanda y/o una audiencia previa

3. La línea más ambiciosa y rupturista de cambio, consistente en la introducción de una contestación por escrito a la demanda y/o una audiencia previa, no fue contemplada en el proyecto de reforma, ni recogida en el RDL 6/2023, si bien desde distintos sectores, tanto doctrinales como profesionales, se encontraba en la mesa de debate. Una modificación de este calado implicaría apartarse de lo que constituye una marcada línea tradicional en el derecho procesal laboral español, pues en todas las leyes de procedimiento que hemos tenido ha estado presente la contestación oral a la demanda y la realización de la totalidad de la vista en una unidad de acto[12]. No obstante, el recurso a las leyes de procedimiento de otros órdenes jurisdiccionales, así como al derecho comparado, nos proporciona elementos de interés para este debate.

4. Por lo que respecta a la contestación escrita a la demanda, suscribo la opinión de quienes han defendido su conveniencia[13], pues, a mi juicio, permite ganar en términos de justicia y seguridad jurídica. La propuesta ha sido rechazada por algunos autores que, si bien comparten la concurrencia de tales aspectos positivos, cuestionan su admisibilidad por lo que supone de quiebra de la oralidad y la celeridad[14].

4.1. Aun así, considero que su introducción por vía normativa sería conveniente porque los beneficios que reporta son superiores a las contrapartidas que genera, ya que el escrito ofrece los cimientos sobre los que se desarrollará el debate oral[15]. En este sentido, no hay que olvidar que «los clásicos» asignaron un doble papel a la escritura en el proceso oral: por un lado, la documentación de la causa; pero, por otro

11 SERRANO ESPINOSA, G. M. (2023), «Sobre la eficiencia procesal en la reforma del proceso laboral», *Diario La Ley*, *10277*, p. 3/9.

12 Así, los arts. 72 LPL de 1958, 72 LPL 1963, 76 LPL 1966, 76 LPL 1980 y 85 LPL de 1990 y 1995.

13 Entre otros, GARCÍA BECEDAS, G. (2001), «Los principios informadores del proceso laboral», en ALONSO OLEA, M. *et altri*, *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, Lex Nova, p. 207; AGUILERA IZQUIERDO, R. (2004), *op. cit.*, p. 262; ALEMAÑ CANO, J. (2008), *Estructura del proceso laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 123 y 124; DE LAMO RUBIO, J. (2018), «La prueba documental en el proceso digital y la necesidad de un nuevo modelo de procedimiento social», *Diario La Ley*, *9131*, p. 6/11 y (2021), «La conciliación intraprocesal social en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal», *Diario La Ley*, *9767*, p. 12/15; SERRANO ESPINOSA, G. M. (2023), *op. cit.*, p. 3/9.

14 SÁNCHEZ PEGO, F. J. (1990), «Los principios del proceso enunciados en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, *45*, p. 563.

15 STORME, M. (2008), «Más voz y menos letra: en defensa de la oralidad en los procesos judiciales», en CARPI, F.; ORTELLS RAMOS, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, *Vol. I. Ponencias generales e informes nacionales*, Valencia, Universitat de València, p. 49.

lado, también su preparación, por medio de la demanda y su contestación[16]. Y es que, la oralidad tan solo implica un predominio de las formas orales sobre las escritas y ese predominio seguiría estando presente en la celebración de la vista, la cual mantendría su carácter oral. Igualmente, también se podría defender la contestación escrita sobre la base de que el proceso laboral tiene sus orígenes en el proceso verbal civil y éste ya ha evolucionado por estos derroteros[17]. Asimismo, si recurrimos a los orígenes del proceso laboral, no cabe duda de que la oralidad en la contestación a la demanda tenía pleno sentido en los inicios del siglo XX, pues dotaba al proceso de mayor rapidez y simplicidad, algo muy importante en dicho momento, no solo por el tipo de conflictos a resolver, de carácter «vital», sino también por el elevado índice de analfabetismo entonces existente y los deficientes instrumentos técnicos y de comunicación de la época. El contexto social, económico y cultural hoy en día es muy distinto, pues ha habido grandes avances educativos y tecnológicos; es más, incluso, para afrontar los retos que abre la digitalización de la justicia, la aportación escrita de la demanda, de la contestación y de toda la documentación necesaria con una antelación suficiente aparece como una exigencia inexcusable[18]. Por otra parte, la LRJS ya ha abierto brechas en esta línea. En este sentido, piénsese en el contenido del art. 87.6 LRJS que permite presentar conclusiones complementarias por escrito en aquellos casos en los que el volumen de la prueba documental o pericial así lo aconseje.

4.2. Por lo demás, el recurso a ciertos modelos de derecho comparado, tanto de corte «clásico», como más modernos, nos proporciona diferentes muestras sobre la articulación de esta medida. Así, en relación con los primeros, sirva de ejemplo el art. 416 del *Codice di Procedura Civile* que, al regular la intervención del demandado en juicio, previene que dicho sujeto debe presentar una memoria en la secretaría del tribunal con diez días de antelación a la vista, en la que expondrá todas aquellas excepciones procesales y de fondo de las que quiera valerse que no sean controlables de oficio, sus alegaciones, la propuesta de los medios de prueba y, en su caso, la eventual reconvención[19]. En cuanto a los segundos, el Código del Trabajo chileno también impone en su art. 452 una contestación por escrito a la demanda, la cual se valora como un gran avance en seguridad, sin que se haya cuestionado la vulneración de los principios de oralidad y celeridad, pues se arguye que la vigencia de tales principios nunca es absoluta, sino que se trata de comprender las ventajas que cada

16 Por todos, CHIOVENDA, G. (1923), *op. cit.*, pp. 682-683.

17 DE LAMO RUBIO, J. (2018), *op. cit.*, pp. 7-8/11

18 En este sentido, DE LAMO RUBIO, J. (2018) y (2021), *op. cit.*, pp. 6/11 y 12/15; GÓMEZ ESTEBAN, J. (2020), «Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía transformada en realidad apresurada?», *Diario La Ley*, *9662*, p. 7/12; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M. (2020), «La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas», *Trabajo y Derecho*, *12*, p. 18/31; SERRANO ESPINOSA, G. M. (2023), *op. cit*, p. 3/9.

19 Al respecto, *vid.* MASSIMIANI, C. (2016), «Costituzione del convenuto», en ROMEO, C. (a cura di), *Processo del Lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutelle giurisdizionali*, Turín, G. Giappichelli Editore, pp. 99 y ss.

forma puede aportar para cada acto[20]. Y en esta línea, a mi juicio, debería moverse el proceso laboral en España, situándose en una senda en la que sus principios procesales específicos, como la oralidad y la concentración, se incorporasen con una mayor dosis de racionalidad y modernidad en su regulación concreta[21].

5. Una segunda vía a explorar puede ser la de la introducción de una suerte de audiencia previa o preliminar a la del juicio, sea de modo complementario o alternativo a la contestación escrita a la demanda.

5.1. Estas previsiones no son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, pues están presentes en la LEC, ni tampoco al derecho comparado. Al respecto, nuevamente el art. 450 del Código del Trabajo chileno nos puede servir de referente, ya que diferencia entre la audiencia «preparatoria» y la de «juicio», regulando la primera en el art. 453. Pues bien, de conformidad con lo establecido en dicho precepto, la finalidad de la primera se encamina a la satisfacción de tres funciones diversas[22]. De entrada, una función «conciliadora», ya que permite explorar soluciones alternativas que hagan innecesaria la tramitación ulterior si se alcanza un acuerdo en este momento. Por otra parte, una función «saneadora», ya que depura el objeto de debate y permite resolver una pluralidad de cuestiones de alcance meramente procesal —competencia, capacidad, defectos propositivos, etc.—. Por último, una función «delimitadora» en cuanto perfila el objeto de la litis y fija las pruebas que, por lo demás, deben proponerse en este momento.

5.2. A mi juicio, la incorporación de un trámite de este tipo en el proceso laboral español sería muy conveniente, pues presenta indudables ventajas no solo en términos de justicia y de seguridad jurídica, sino también de carácter técnico —piénsese, por ejemplo, en la actualidad, en la disfuncionalidad que supone el régimen del art. 90.2 LRJS para la impugnación de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, importado de la LEC sin las adaptaciones necesarias[23], pues se realiza en el juicio, se decide en el mismo, se impugna en ese momento y se resuelve también al instante—, sin que se vean comprometidos los principios que inspiran el proceso. Al respecto, soy consciente de las dudas que puede generar este trámite desde la óptica de los principios de concentración y celeridad, si bien no creo que sean decisivas, pues ninguno de ellos rige de una manera absoluta, sino que constituyen una aspiración a alcanzar. En todo caso, por lo que respecta a la concentración, ésta no implica solo una unidad de acto (que, por lo demás, seguiría existiendo en el acto del juicio), sino que las actuaciones estén lo más cercanas unas de otras, por lo que

20 Así, PALOMO VÉLEZ, D. (2021), «Procedimiento de aplicación general», en CORTEZ MATCOVICH, G.; DELGADO CASTRO, J.; PALOMO VÉLEZ, D. (2021), *Proceso laboral*, Santiago de Chile, Thomson-Reuters, p. 135.

21 GARCÍA BECEDAS, G. (2001), *op. cit.*, p. 210.

22 PALOMO VÉLEZ, D. (2021), *op. cit.*, p. 132.

23 La crítica en ESTEVE SEGARRA, A. (2012-a), «El proceso ordinario», en BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J. M.ª (Dirs.), *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 257.

serviría que no mediase un lapso temporal dilatado entre la audiencia preparatoria y el juicio[24]; por lo que respecta a la celeridad, me parece que, a la larga, se acaba ganando en la misma, al margen de que su consecución tiene mucho que ver con el cumplimiento de los plazos y la existencia de los medios materiales y humanos necesarios para ello[25].

2.2 La separación de la conciliación intrajudicial del acto del juicio

6. Ninguna de las vías de reforma señaladas tuvo acogida en el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal que estaba en tramitación antes de la disolución de las Cortes en mayo de 2023, ni tampoco se recoge por el RDL 6/2023. No obstante, alguna de sus derivaciones se dejaba entrever en una de las modificaciones propuestas en este terreno, aunque al final no haya prosperado. En este sentido, haciéndose eco de una medida recomendada en el plan de choque elaborado por el CGPJ en 2020[26], el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal planteaba la separación de los actos de conciliación y juicio, algo que generó mucho revuelo en los círculos profesionales y académicos.

6.1. En realidad, la propuesta no era tan novedosa como parecía. Y es que, aunque todas las leyes de procedimiento laboral que hemos tenido han partido de la imposición de una convocatoria única[27], históricamente, en la normativa que regulaba la intervención de los tribunales industriales, ambos actos aparecían separados, según se aprecia tanto en los arts.18 y 20 de la Ley de 1908, como en los arts. 27 y 29 de la Ley de 1912. Esa separación entre ambos actos estaba justificada en la propia intervención del jurado, necesitándose un lapso temporal —en concreto se fijaba en ocho días— tras el fracaso de la conciliación, entonces judicial, para poder proceder a la designación de aquél[28]. La argumentación que se podría aportar para romper con lo que viene siendo tradicional en las leyes de procedimiento es múltiple, según se aprecia en el plan de choque elaborado por el CGPJ y en la exposición de motivos del proyecto de ley[29]. El punto de partida que adoptaban ambos textos es que la convocatoria única tenía todo su sentido cuando ambos actos, conciliación y juicio, se realizaban ante la misma persona, algo que ya no es así. A partir de ahí, se afirmaba que su separación debería

24 Entre otros, CHIOVENDA, G. (1923), *op. cit.*, p. 684; CARNELUTTI, F. (1926), *op. cit.*, pp. 193 y ss.; y ello, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1969), "Sobre los principios informadores del proceso de trabajo", *Revista de Política Social*, *81*, p. 62, a pesar de que pueda limitar el debate procesal.

25 VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (2008), «La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba», en CARPI, F.; ORTELLS RAMOS, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, *Vol. II. Comunicaciones*, Valencia, Universitat de València, p. 263.

26 En concreto, se trata de la medida 6.22, desarrollada en las pp. 506 y ss. del Plan de Choque.

27 Al respecto, *vid.* art. 69 LPL de 1958, art. 69 LPL de 1963, art. 73 LPL de 1966, art. 73 LPL de 1980, art. 82 LPL de 1990 y art. 82 LPL 1995.

28 Al respecto, ALONSO OLEA, M. (1966), «Sobre la historia de los procesos de trabajo», *Revista de Trabajo*, *15*, p. 16; MONTERO AROCA, J. (1973), «Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte primera: los Tribunales industriales», *Revista de Derecho del Trabajo*, *43*, pp. 123-124.

29 Al respecto, al margen de la exposición de motivos del proyecto de ley, *vid.* en el plan de choque elaborado por el CGPJ en 2020 las pp. 508 y ss.

permitir efectuar un mayor número de señalamientos para conciliación que de juicio en una jornada, lo que coadyuvaría a la descongestión de los juzgados. Igualmente, se ponía en valor que la agenda doble favorece una programación más eficaz, ya que se conoce de antemano si hay acuerdo o no, evitando los tiempos muertos innecesarios que se producen cuando se alcanzan soluciones pactadas el día de la vista. En fin, tampoco faltaban razonamientos relacionados con el impulso de la labor mediadora del LAJ, la cual se vería potenciada si los intervinientes, tanto el LAJ como las partes, no se encontrasen mediatizados por la perspectiva de retrasar la labor judicial.

6.2. Aun así, la medida fue cuestionada desde diferentes sectores, de entrada, por lo que supondría en términos de vulneración de los principios de concentración y celeridad[30] y la necesidad de efectuar un doble desplazamiento a la sede del órgano jurisdiccional[31], lo que pudiera apreciarse a los ojos de los profesionales e intervinientes como un «escollo» añadido antes de alcanzar una solución al conflicto[32]. Por otra parte, en esta misma línea crítica, se ha negado la aptitud de la medida para favorecer la descongestión de los órganos judiciales, pues, aunque quepa señalar un mayor número de conciliaciones que de juicios, el señalamiento de estos, en la actualidad, se efectúa teniendo en cuenta ya que una parte de los mismos no se celebrará por haberse alcanzado un acuerdo, de manera que, cerrada esta vía, el número de juicios que se fije en el caso de adoptarse la medida sería inferior al actual[33]. En fin, ni siquiera la invocada racionalización de la agenda escapa a la crítica y, así, algunos autores han destacado que resulta imposible saber de antemano la suerte que van a correr los pleitos, pues aunque no se alcanzase un acuerdo en la conciliación «anticipada», siempre sería posible conseguirlo después, añadiendo que el propósito perseguido solo se lograría disociando el momento en que se acuerda la fecha de conciliación y el de la vista, fijando esta última tras haberse realizado la conciliación[34], una afirmación, esta última, discutible, pues ni siquiera en tales casos se escaparía a la impredecibilidad de lo que pueda acontecer. No obstante, a mi juicio, por una vía u otra, siempre quedará mitigada.

7. En todo caso, al margen de las justificaciones que se quieran presentar y de las críticas formuladas, lo cierto es que se trata de una medida que viene avalada por un programa piloto puesto en práctica con éxito en ciertos juzgados catalanes[35] y que

30 DÍAZ SÁEZ, R.; ESCUDERO MORATALLA, J. M. (2020), «La convocatoria a los actos de conciliación y/o juicio en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: ¿fin de la única pero sucesiva citación», *Diario La Ley*, *9753*, p. 6/8.

31 SALINAS MOLINA, F. (2021), «Reflexión general sobre los extremos esenciales de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social susceptibles de reforma. Especial referencia a los contenidos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, p. 29.

32 DÍAZ SÁEZ, R.; ESCUDERO MORATALLA, J. M. (2020), *op. cit.*, p. 7/8.

33 DE LAMO RUBIO, J. (2021), *op. cit.*, p. 7/15.

34 DE LAMO RUBIO, J. (2021), *op. cit.*, pp. 7-8/15; MOYA AMADOR, R. (2023), «El proyecto de ley de eficiencia procesal y las reformas previstas en el proceso laboral», *Trabajo y Derecho*, *102*, p. 8.

35 Al respecto, *vid.* LAFUENTE SEVILLA, R. (2021), «El papel del letrado de la Administración de Justicia en el proceso social: puntos críticos y propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, p. 8, quien se hace eco de la experiencia iniciada en 2008 por el juzgado de los social nº 20 de Barcelona,

podría encontrar apoyo en la literalidad del art. 84 LRJS vigente, donde se permite que las partes puedan comparecer en cualquier momento ante la oficina judicial y alcanzar un acuerdo antes del señalamiento[36]. La experiencia ha sido valorada de forma positiva, habiéndose constatado que, efectivamente, se veían reducidos los tiempos de respuesta y el número de asuntos pendientes, así como que el diálogo y la negociación salían robustecidos[37], lo que disiparía una buena parte de las críticas formuladas por los detractores de esta propuesta.

7.1. Por lo que respecta a una eventual quiebra del principio de concentración, se trata de una crítica que no comparto por unas razones análogas a las que he ido exponiendo en líneas anteriores y que se relacionan con el carácter no absoluto del mismo, lo que conduce a que funcione como un principio orientador del procedimiento que se considera satisfecho cuando las principales actuaciones del proceso responden al mismo, algo que considero queda cubierto con la regulación vigente del acto del juicio al concentrarse en dicho acto las alegaciones, prueba y conclusiones[38] . En fin, en cuanto a la repercusión en la celeridad, aun aceptando la idea relativa a que la misma va muy ligada a los efectivos personales disponibles[39], pero también al cumplimiento de los plazos[40], a mi juicio, el desdoble podría tener una repercusión positiva por lo que supone de liberar los tiempos muertos a los que antes se ha hecho alusión.

7.2. Por el contrario, no soy tan optimista respecto al efecto que la medida pueda tener en cuanto a fomento de la labor conciliadora a desarrollar por los LAJ, algo que, para producirse de manera efectiva, debería ir acompañado de unas medidas adicionales, así como de un cambio cultural entre los operadores jurídicos. Tan solo había un pequeño atisbo de ello en la previsión presente en el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal relativa a que el LAJ dejase constancia de los aspectos controvertidos y de las cuestiones procesales que se pudieran suscitar que, si bien parecía apuntar, en parte, a una especie de «audiencia previa», quedaba muy lejos de la utilidad de ésta.

3. EL DEBATE SOBRE LA REFORMULACIÓN DE LAS MODALIDADES PROCESALES

8. La LRJS no regula un único procedimiento que sirva para la tramitación de cualquier tipo de pretensión laboral, sino que, como ya hicieran sus antecesoras, opta

con ocasión de la crisis económica, a la que luego se sumaron sucesivamente los juzgados 16, 12, 18, 33 y 26, este último ya en 2019.

36 MOYA AMADOR, R. (2023), *op. cit.*, p. 8/30.

37 LAFUENTE SEVILLA, R. (2021), *op. cit.*, p 8; en la misma línea, *vid.* MARTÍNEZ MOYA, J. (2021), "La posición del Consejo General del Poder Judicial ante las reformas normativas que afectan al orden jurisdiccional social", *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, p. 30. Asimismo, puede consultarse MOYA AMADOR, R. (2023), *op. cit.*, pp. 8 y ss., quien recoge las diferentes críticas y contrargumentos a la medida.

38 Así, por ejemplo, MARTÍNEZ MOYA, J. (2021), *op. cit.*, p. 30; MOYA AMADOR, R. (2023), *op. cit.*, p. 8.

39 DE LAMO RUBIO, J. (2021), *op. cit.*, p. 7/15.

40 VÁZQUEZ SOTELO, J. J. (2008), *op. cit.*, p. 263.

por introducir para la solución de los conflictos atinentes a determinadas materias unos cauces procedimentales específicos. Ello no constituye una singularidad del proceso laboral, pues la diferenciación entre procesos ordinarios y procesos especiales se plantea en los distintos órdenes jurisdiccionales: mientras los primeros sirven para la tramitación de la generalidad de los asuntos o su mayor parte, los segundos se habilitan para determinadas materias en las que, seguramente, las previsiones del ordinario resultan disfuncionales, por lo que requieren de una previsión u ordenación de los actos diferenciada, así como, en ocasiones, unos principios y reglas específicos[41]. Pues bien, la segunda línea de reformas estructurales sobre la que quiero detenerme es, precisamente, la relativa a los procesos especiales o modalidades procesales, en concreto, a su mantenimiento o su eventual modificación o supresión.

3.1. La simplificación del listado…

9. Una de las primeras cuestiones que llama la atención en este terreno es la continua expansión que han ido teniendo las modalidades procesales desde su introducción en las leyes procesales laborales.

9.1. En efecto, al margen de las previsiones históricas en materia de despido contenidas en la regulación de los comités paritarios o de los jurados mixtos, las sucesivas leyes de procedimiento laboral que hemos conocido han ido incrementando de manera continua el número de procesos especiales, primero, y de modalidades procesales después.

9.2. Así, desde la LPL de 1958, en la que junto al proceso ordinario aparecían hasta ocho procesos especiales[42], el listado no ha hecho más que crecer de manera paulatina hasta alcanzar la configuración actual presente en los arts. 102 y ss. LRJS, donde se regulan hoy en día las denominadas «modalidades procesales»[43].

10. Así las cosas, la complejidad del panorama existente resulta más que evidente. Ello ha llevado a que doctrina muy autorizada haya considerado que la tendencia uniformadora perseguida con la ley de bases de 1989 y el objetivo, proclamado en su exposición de motivos, de erigir el proceso ordinario en el proceso común, eje y centro de toda actuación procesal no se haya colmado, de manera que las llamadas desde 1990 «modalidades procesales» seguirían siendo, en realidad, «procesos especiales»[44].

41 DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004), «El proceso como instrumento de la jurisdicción», en DE LA OLIVA SANTOS, I.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 53.

42 En concreto, la de despidos y sanciones; despidos especiales; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; procesos de oficio; agentes ferroviarios; responsabilidad en el trabajo; seguros sociales y mutualismo; reclamaciones inferiores a 1.500 ptas.

43 La concreta evolución a lo largo de las diferentes normas de procedimiento puede verse en NORES TORRES, L. E. (2024), *op. cit.*, pp. 287 y ss.

44 VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), *op. cit.*, p. 34.

10.1. A mi juicio, la afirmación no resulta del todo exacta, pues todas las modalidades procesales se articulan sobre la base del proceso ordinario, respecto del cual, se introducen algunas variaciones en aspectos concretos, con mayor o menor intensidad según el caso. Por otra parte, según señala el art. 102 LRJS, las previsiones del proceso ordinario se siguen aplicando en aquellas materias para las que existe una modalidad procesal en todo aquello que no esté expresamente regulado por la modalidad en cuestión. Pues bien, así como en algunos supuestos el carácter de «proceso especial» predicable de la regulación resulta indubitado (así, claramente, en el caso de los procesos por despido), en otros, el diagnóstico es distinto y se puede concluir que el tratamiento dispensado por la LRJS constituye una mera especialidad o modalización del proceso ordinario que afecta a aspectos muy concretos, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de la modalidad de vacaciones o la de clasificación profesional[45].

10.2. En todo caso, comparto la propuesta efectuada sobre la necesidad de reducir el número de modalidades, racionalizar las existentes y limitar las reglas especiales a las imprescindibles, como, por lo demás, perseguía la ley de bases de 1990[46]. Y es que el análisis de las distintas modalidades recogidas en la LRJS evidencia que, en muchos casos, los matices que se introducen, relacionados con la competencia, actos previos, plazos o recurribilidad, podrían encontrar acomodo en las distintas sedes «generales» de la materia de que se trate. Ello no es obstáculo a entender que, seguramente, sea necesario combinar la labor simplificadora con la previsión de algunas reglas específicas para ciertos conflictos, ya sea mediante su subsunción en alguna de las modalidades existentes o, en su caso, ampliando el catálogo existente[47]. Así, en el primer sentido, se mueve la reforma del art. 105 LRJS por el RDL 6/2023 respecto la acción extintiva a iniciativa del trabajador fundada en el art. 50 ET y su inclusión «relativa» en la modalidad de despido, en uno términos limitados y dudosos, pues se ciñe a los casos en que la causa invocada sea el impago del salario o el retraso reiterado en su abono y a los meros efectos de reconocer su carácter preferente y urgente, así como para el plazo del señalamiento y dictado de sentencia. En cuanto al segundo, hay que referirse necesariamente al proceso monitorio, cuya regulación hoy en día no se encuentra entre las modalidades.

3.2. …y su reordenación: ¿la inclusión del proceso monitorio?

11. En efecto, al proceso monitorio se refiere el art. 101 LRJS, ubicado en la sección quinta, que cierra el capítulo segundo, del título primero, del libro segundo LRJS, por tanto, en el marco del proceso ordinario y no en el de las modalidades procesales.

11.1. La incorporación del proceso monitorio en el ámbito laboral es algo relativamente reciente, en concreto, se produce en el año 2011 con la aprobación de la LRJS.

45 SALINAS MOLINA, F. (2021), *op. cit.*, pp. 34.
46 VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), *op. cit.*, p. 34; TASCÓN LÓPEZ, R. (2023), *op. cit.*, p. 152.
47 SALINAS MOLINA, F. (2021) *op. cit.*, pp. 34.

En este sentido, siguiendo la estela del proceso civil, una de las grandes novedades de la LRJS consistió en disciplinar este cauce procedimental con el objetivo de resolver determinadas reclamaciones de cantidad de una forma rápida y sencilla.

11.2. El legislador ubicó su regulación entonces en el art. 101 LRJS, es decir, en la antesala de las previsiones relativas a las «modalidades procesales», una decisión que ha sido muy criticada por la doctrina científica[48]. Y es que, con independencia de que desde una perspectiva «académica», seguramente su tratamiento como modalidad procesal hubiese sido más correcto, la decisión de dejarlo extramuros de las mismas provoca una serie de consecuencias prácticas relevantes puestas de manifiesto por la doctrina científica como la no aplicación del art. 102.1 LRJS (supletoriedad de las previsiones del procedimiento ordinario) y, sobre todo, la dificultad de reconducir al ordinario un monitorio mal planteado[49]. Por otra parte, tal ubicación hubiese sido acorde con la solución que daban las leyes de procedimiento laboral de 1958, 1963, 1966 y 1980, en las que existía un proceso especial para reclamaciones de cantidad en cuantía inferior a 1.500 ptas. Por lo demás, originariamente, la LRJS no preveía este proceso especialmente rápido y sencillo para cualquier tipo de reclamación, sino sólo para ciertas reclamaciones y en la medida en que concurriesen determinados presupuestos[50].

12. A pesar del interés del legislador en incorporar el proceso monitorio al ámbito laboral, así como el despertado en sede doctrinal, lo cierto es que no ha tenido el éxito que se esperaba, algo que ya se constató en los primeros años de vigencia de la LRJS[51].

12.1. Con todo, la confianza en el papel que podría desempeñar este proceso en términos de agilizar la Administración de Justicia persiste. Ahora bien, teniendo en cuenta las limitaciones que el modelo descrito presentaba, los movimientos de reforma más recientes pusieron en él su punto de mira. Así, por un lado, la medida 6.21 del plan de choque elaborado por el CGPJ en 2020 aludía a la modificación del proceso monitorio en unos términos que no acababan de solventar las dificultades de la legislación vigente[52]. Por otro, el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal también incidía en la redacción del art. 101 LRJS modificando algunos aspectos fundamentales que

48 ESTEVE SEGARRA, A. (2012-a), *op. cit.*, p. 278; ROCA MARTÍNEZ, J. M. (2016), *El proceso monitorio laboral,* Valladolid, Lex Nova; ESTEVE SEGARRA, A. (2020-a), «¿Por qué ha fracasado el procedimiento monitorio en la jurisdicción laboral?», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, *55*, p. 141; SALINAS MOLINA, F. (2021), *op. cit.*, pp. 32-33.

49 ESTEVE SEGARRA, A. (2020-a), *op. cit.*, p. 141.

50 Un análisis detallado en ESTEVE SEGARRA, A. (2012-b), "El procedimiento monitorio laboral", en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 647 y ss.

51 Al respecto, *vid.* los datos en NORES TORRES, L. E. (2024), *op. cit.*, pp. 296-297.

52 Al respecto, *vid.* ESTEVE SEGARRA, A. (2020-b), «El plan de choque del Consejo General del Poder Judicial: ¿una solución al desuso del procedimiento monitorio laboral?», en SALA FRANCO, T. (Dir.), *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 403 y ss.

deberían coadyuvar a «insuflar» una nueva vida a este proceso[53]; y esto es, en gran medida, lo que ha recogido el RDL 6/2023, cuyo art. 104.22 afronta la modificación de este proceso. Así, por lo pronto, la reforma incrementa la cuantía de 6.000 a 15.000 euros, lo que supone ampliar el ámbito objetivo del proceso. Por otra parte, suprime la necesidad de satisfacer la conciliación o mediación previa cuya repercusión en términos de simplificación y celeridad resulta evidente. Igualmente, desaparece la exigencia de que resulte posible proceder a la notificación personal a la empresa, una previsión muy criticada por la doctrina desde la aprobación de la LRJS[54]. Asimismo, elimina la consignación judicial de la cantidad a satisfacer, procediéndose a un pago directo. Por último, simplifica la conversión del proceso monitorio en ordinario cuando no prospera el objetivo.

12.2. A pesar de estos intentos reformistas, el pronóstico sobre la institución no se aventura demasiado halagüeño, pues otros muchos aspectos que estarían en la base del fracaso en su utilización no aparecen en la reforma. En este sentido, la doctrina había destacado un amplio listado de causas determinantes de la falta de éxito respecto las cuales el proyecto no incide: el carácter documental, la inadecuación para la tramitación de las reclamaciones plurales, así como las serias dudas respecto a su eventual uso por los TRADE, la exclusión de las deudas futuras o en las que se cuestione la laboralidad de la relación, las dudas sobre el posible uso de medidas cautelares, la exclusión del efecto de cosa juzgada respecto el FOGASA, etc.[55]

4. EL DEBATE SOBRE LA INSTANCIA ÚNICA Y EL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS

13. El proceso laboral en España se ha estructurado prácticamente desde sus orígenes hasta nuestros días como un proceso de instancia única y con un sistema de recursos considerados como extraordinarios, en el sentido de que éstos no proceden en cualquier caso ni permiten un nuevo reexamen del asunto ya resuelto, sino que tan solo caben respecto las resoluciones que determine la ley y en la medida en que concurran los motivos previstos por el legislador.

4.1. El mantenimiento de la instancia única

14. En efecto, la instancia única ha estado presente en todas las leyes de procedimiento desde 1958 hasta nuestros días. Y lo ha sido a todos los efectos, pues ni existe un «instructor» diferenciado del «juzgador», ni se contempla un sistema de re-

53 La expresión en SERRANO ESPINOSA, G. M. (2023), *op. cit.*, p. 7. Por otro lado, sobre el contenido de la reforma en este punto, SALINAS MOLINA, F. (2021), *op. cit.*, pp. 32-33; LAFUENTE SEVILLA, R. (2021), *op. cit.*, pp. 10-11.

54 ESTEVE SEGARRA, A. (2012-b), p. 655.

55 Al respecto, ESTEVE SEGARRA, A. (2020-a), *op. cit.*, pp. 140 y ss.

cursos que permita una revisión completa del pleito con nueva práctica de la prueba, como pudiera ser la apelación[56].

14.1. Tan solo, en los orígenes del proceso laboral, el art. 28 de la Ley de Tribunales Industriales de 1908 preveía el recurso de apelación contra las sentencias emitidas por dichos órganos a resolver por el «Tribunal Pleno», pero tal posibilidad cambia con la Ley de 1912 y se pasa de la apelación a la casación, según se aprecia en el art. 48, salvo que el asunto hubiese sido resuelto por el juez de primera instancia sin el jurado, en cuyo caso el art. 32 mantenía la apelación. El Código de Trabajo de 1926 suprimió tal recurso de manera total y fijó la casación con carácter general[57]. Con posterioridad, ya instaurada la Magistratura de Trabajo, la Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940 hizo dudar sobre su reintroducción, pues el art. 14 aludía a que el Tribunal Central de Trabajo conocería de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por las magistraturas, algo que debía tratarse de un error de redacción que se solventó con el Decreto de 11 de julio de 1941 donde la referencia a la apelación se sustituye por la «suplicación»[58]. Por su parte, la LOPJ dejó la puerta abierta para que las leyes de procedimiento pudiesen configurar el proceso laboral bien siguiendo el modelo tradicional de instancia única, bien adoptando la doble instancia, según se aprecia en las disposiciones que regulan la composición orgánica del orden social, ya que, al tiempo de predeterminar las competencias de cada órgano que lo integra, los correspondientes preceptos de la LOPJ indican que el alcance de las mismas será en primera o única instancia, habiendo optado el legislador ordinario por el mantenimiento de la instancia única[59].

14.2. Y seguramente sea la opción más adecuada. Así, aunque algún autor haya defendido la introducción de un sistema basado en la apelación, para que el órgano competente «pueda entrar a conocer hasta en sus más mínimos detalles todo cuanto el Juez inferior tramitó y pueda enjuiciar a su criterio lo actuado»[60], la doctrina mayoritaria sostiene el modelo de instancia única, la cual consideran una consecuencia «casi inevitable» de la oralidad y sus principios derivados[61], el «precio necesario» a pagar por la misma o un «principio indeclinable»[62].

Y es que la oralidad conduce a que la prueba se produzca en presencia directa del juez, quien está en condiciones de apreciar la relación de las partes, sus condi-

56 Así, BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E. (1963-b), *op. cit.*, p. 882.

57 Al respecto, *vid.* HINOJOSA FERRER, J. (1933), *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Madrid, EDERSA, pp. 26 y ss.; MONTERO AROCA, J. (1973), *op. cit.*, pp. 100, 111 y 126.

58 En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V. (1946), «Principios fundamentales del proceso del trabajo (continuación)», *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, *VII (41-42)*, p. 136; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1969), *op. cit.*, p. 67.

59 MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1985), «El orden social de la jurisdicción en el proyecto de LOPJ», *Actualidad Laboral*, *26*, p. 1322; VALDÉS DAL-RÉ, F. (1988), *op. cit.*, p. 1653.

60 DEL PESO Y CALVO, C. (1966), «La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», *Revista de Política Social*, *69*, p. 207.

61 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1969), *op. cit.*, p. 66.

62 MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1979), «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución», *Revista de Política Social*, *121*, pp. 255-313, p. 276 y (1985), *op. cit.*, p. 1322, respectivamente.

cionamientos, etc., mientras que la introducción de una segunda instancia exigiría bien la conversión de toda la prueba en escrito, lo que deformaría el juicio oral que perdería sus ventajas[63], bien practicarla de nuevo, con las demoras temporales que ello supone, algo incompatible con el tipo de conflictos que se dirimen ante el orden social los cuales requieren de una respuesta rápida al afectar a aspectos «vitales»[64].

Por otra parte, se ha afirmado que la instauración de un modelo de medios de impugnación basado en la apelación provocaría un fuerte aumento en el número de recursos devolutivos interpuestos, ya que existe un notable volumen de sentencias de instancia centradas en aspectos muy ligados a la apreciación de la prueba y no a cuestiones jurídicas, por lo que se desaconseja tanto su introducción como un eventual incremento de los márgenes existentes para llevar a cabo la revisión fáctica[65]. Ahora bien, en este punto, el análisis de una muestra aleatoria de la labor desarrollada por las salas de los Tribunales Superiores de Justicia habría puesto de relieve la existencia de una disparidad de criterios entre las mismas a la hora de aplicar los requisitos que permiten proceder a la modificación de los hechos probados, lo que ha conducido a proponer una redacción más precisa del art. 196.3 LRJS con el objetivo de atajar esta dispersión interpretativa[66]. Sin embargo, al margen de que la disparidad no es tan evidente, no considero que tal modificación sea necesaria. En este sentido, la lectura de las sentencias emanadas de suplicación en las que se plantea la revisión de hechos probados pone de relieve la utilización de una suerte de «cláusula de estilo», que pasa de una sentencia a otra, sobre el alcance de las peticiones revisoras, por lo que, a lo sumo, estaríamos ante una diferencia de criterio aplicativo a partir de unos principios comunes. Así pues, seguramente su positivización no produciría ningún efecto más allá de engordar una normativa cada vez más voluminosa. La propuesta, en todo caso, nos sitúa en el terreno de las eventuales modificaciones que pudieran realizarse respecto el sistema de recursos existente.

4.2. Algunas modificaciones en el sistema de recursos extraordinarios

15. A pesar de la relevancia que los medios de impugnación de las resoluciones judiciales tienen en términos de justicia, lo cierto es que su existencia no forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, salvo en materia penal y de manera restringida en los casos de fallo condenatorio, donde el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige en tales casos poder revisar la pena ante un tribunal superior; no obstante, una vez creados, se integran en el

63 En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1969), *op. cit.*, p. 66.

64 Así, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1979) y (1985), *op. cit.*, pp. 276 y 1322, respectivamente; VALDÉS DAL-RÉ, F. (1988), *op. cit.*, p. 1663.

65 MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2021), «La prueba en el proceso social y en los recursos: propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, p. 19.

66 MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2021), *op. cit.*, 23.

contenido adicional y su salvaguarda goza de los mismos mecanismos protectores que las aristas esenciales del derecho fundamental. Así lo ha recordado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones[67].

15.1 Este entendimiento justifica que el sistema de recursos que rige en el proceso laboral se articule sobre la base de unos medios de impugnación que presentan, en su conjunto, una naturaleza extraordinaria. En efecto, así sucede con el recurso de suplicación y con los de casación, según se deriva de los arts. 190 y ss. LRJS y de los arts. 205 y ss. LRJS, respectivamente. Ello implica que, de entrada, no todas las resoluciones pueden ser impugnadas a través de los medios indicados. Asimismo, supone que las que lo sean no pueden atacarse por cualquier circunstancia, sino tan solo por los motivos tasados previstos por la norma en cada caso. En fin, la naturaleza extraordinaria también determina que no resulte posible solicitar la práctica de prueba ante el tribunal *ad quem*, ni introducir hechos nuevos que no hayan sido debatidos en el proceso y decididos en la resolución recurrida, a salvo la previsión excepcional que recoge el art. 233 LRJS.

15.2. A partir de estas consideraciones generales, aunque el sistema de recursos articulado por la LRJS suscita múltiples cuestiones de interés[68], parece oportuno centrarse en aquellas que han ocupado gran parte de la atención y el debate en los últimos tiempos. Ello ha sucedido, de manera particular, en el caso de la suplicación y la casación unificadora, según se aprecia en las propuestas reformistas más recientes y por dicha razón voy a limitarme a apuntar los aspectos sobre los que planea con mayor fuerza la posibilidad de una reforma.

16. Por lo que respecta a la suplicación, a mi juicio, uno de los aspectos medulares de su regulación es el relativo a la determinación de las resoluciones recurribles, una tarea que no resulta para nada sencilla. En este sentido, aunque la LRJS trata de aclararlo por medio de un conjunto de previsiones contenidas en los apartados dos y tres del art. 191 LRJS, donde se señalan una serie de materias que no acceden a este recurso y otras que tienen siempre la puerta abierta, lo cierto es que la interpretación y aplicación del precepto resulta compleja. Aun así, un criterio que puede servir para orientarse sería el de la cuantía litigiosa, de manera que aquellos supuestos en los que la misma rebase la frontera de los 3.000 euros tendrán acceso al recurso, mien-

67 Así, entre otras, SsTC 51/1982, de 19 de junio y 3/1983, de 25 de enero.

68 Al respecto me remito a los estudios detallados que sobre la materia han realizado GOERLICH PESET, J. M.ª (2021-a), «Los medios de impugnación», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1813 y ss., GOERLICH PESET, J. M.ª (2021-b), «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de la doctrina», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1961 y ss. o LLUCH CORELL, J. (2021), «El recurso de suplicación», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1843 y ss.

tras que aquellos otros en los que dicha cuantía se sitúe por debajo no accederán. Esa sería la regla general. No obstante, esta afirmación se complementa con dos ideas adicionales: por un lado, hay una serie de materias en las que, con independencia de la cuantía, las sentencias dictadas en las mismas por los Juzgados de lo Social no podrán ser nunca recurridas por esta vía —en concreto, las recogidas en el art. 191.2 LRJS—; por otro lado, también existen ciertas materias o cuestiones a las que alude el art. 191.3 LRJS en las que, con independencia de la cuantía litigiosa, el recurso siempre resulta posible, ya sea de manera total, ya sea de forma limitada. Pues bien, en este contexto, las proposiciones de reforma que se han formulado afectan tanto a la determinación de la regla general, como a los perfiles de ciertos supuestos donde procede recurso en todo caso.

16.1. Por lo que respecta a la regla general, ésta cabría deducirla del art. 191.2.g) LRJS y, de conformidad con la misma, pueden acceder al recurso las sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía supere los 3.000 euros. Al margen de lo alambicada que resulta su formulación por el empleo de una doble negación[69], algo que siempre dificulta la comprensión, las propuestas de reforma que se han barajado han discurrido bien por la senda de cambiar el criterio de la «cuantía litigiosa» por el de «gravamen», bien por la de incrementar la cifra de frontera. Así se sugería en el plan de choque elaborado por el CGPJ en 2020, cuyas medidas 6.6 y 6.7 se movían en dichas direcciones: la 6.6. acogía el criterio del gravamen para determinar la recurribilidad; la 6.7, en sentido alternativo a la anterior, elevaba la cuantía litigiosa a los 6.000 euros. Y en ambos casos el objetivo era el de descongestionar y aligerar la carga de trabajo de las salas. A pesar del rechazo que estas propuestas han despertado en ciertos sectores que han criticado el hecho de que la decisión implicaría convertir en firmes buena parte de las reclamaciones de cantidad, algo especialmente grave en un contexto de crisis económica y social como el actual[70], a mi juicio, parecen acertadas, especialmente, la de sustituir el criterio basado en la cuantía litigiosa por otro que repose en la idea de gravamen. Al respecto, no perdamos de vista el dato de que los medios de impugnación en materia laboral no forman parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva, sino que son obra del legislador ordinario, por lo que el hecho de que unas resoluciones judiciales queden fuere del recurso de suplicación, en principio, no implica una vulneración de aquél. A partir de ahí, no parece razonable que un asunto litigioso que rebase en poco la cuantía litigiosa y con una estimación parcial casi plena pueda acceder a la suplicación y otro, estimatorio o desestimatorio, que no la alcance por poco quede al margen. En ese sentido, la introducción del criterio del gravamen en sustitución del basado en la cuantía me parece acertado.

69 Así, el art. 191.2 LRJS comienza por señalar «No procederá recurso de suplicación…», mientras la letra g) señala «Reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros», lo que en una lectura rápida lleva a que, en ocasiones, se piense que por encima de 3.000 euros no cabe recurrir, cuando es justamente lo contrario.

70 CATALÁ PELLÓN, A. (2021), «Recursos y proceso social: puntos críticos y posibles fórmulas para lograr una respuesta judicial unificadora», *Cuadernos digitales de formación*, *38*, p. 17.

16.2. La regla general de recurribilidad, como he señalado, conoce de una pluralidad de excepciones articuladas en dos grupos: por un lado, existen una serie de supuestos en los que, con independencia de la cuantía, no consienten suplicación; por otro lado, la LRJS también prevé la situación inversa, esto es, un conjunto de casos en los que, al margen de la cuantía, la interposición del recurso en cuestión resulta siempre posible. Pues bien, uno de estos casos ajenos a la cuantía es el de los supuestos de «afectación general» a los que se refiere el art. 191.3.b) LRJS y respecto los que señala que procede siempre la suplicación en la medida que dicha circunstancia «*fuese notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes*». Esta regulación constituye un pozo de inseguridades interpretativas[71], en especial, en lo que atañe a la «notoriedad» y a la «generalidad» donde la labor jurisprudencial ha ido dando bandazos en unos términos más amplios o restrictivos según el momento. Así, de una notoriedad entendida en los términos del art. 281.4 LEC como «absoluta y general», se pasó a una comprensión de la misma «flexible y matizada», apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional[72] y desde aquí a una ulterior visión más exigente en la que se requiere para su apreciación que se alegue y pruebe[73]. Así las cosas, no es de extrañar que una de las medidas presentes en el plan de choque del CGPJ, la 6.9, incidiese precisamente en esta cuestión y plantease la reforma del precepto en línea de reducir la afectación general a los casos en que se hubiese alegado y probado, es decir, suprimiendo la referencia a la notoriedad y a la generalidad no puesta en duda por las partes. La propuesta se acomoda a la última línea interpretativa emanada del TS y permite ganar en términos de seguridad jurídica, pudiendo tener un efecto adicional de descongestionar la carga de trabajo de las salas. Por desgracia, a pesar de sus bondades, no se recogía en el proyecto de Ley de Eficiencia Procesal[74], ni aparece en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre.

16.3. Por último, en este apartado relacionado con la suplicación, interesa detenerse en los problemas que suscita la intersección de los criterios empleados por el art. 191 LRJS para delimitar el acceso al recurso, o, mejor dicho, las dificultades que surgen cuando una resolución es susceptible de encontrar un relativo acomodo tanto en el apartado de aquellas resoluciones que están siempre excluidas como en el de aquellas otras que resultan recurribles en todo caso. Así sucede en cualquiera de las materias dejadas al margen del acceso a la suplicación por el art. 191.2 LRJS —esto es, impugnación de sanciones leves y graves, así como las muy graves no confirmadas, disfrute de vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, traslados

71 Al respecto, *vid.* GOERLICH LEÓN, A.; GOERLICH LEÓN, M.ª (2020), «La afectación general como criterio de recurribilidad en suplicación», en SALA FRANCO, T. (Dir.), *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 755 y ss.

72 SsTS de 3 de octubre de 2003, Rº 101/2003 y 1422/2003.

73 SsTS de 30 de enero de 2018, Rº 1492/2016 y de 28 de febrero de 2018, Rº 2926/2017.

74 En esta línea de valoración crítica, CATALÁ PELLÓN, A. (2021), *op. cit.*, p. 17.

y modificaciones sustanciales individuales, así como suspensiones y reducciones de jornada por debajo de los umbrales del art. 51 ET, conciliación de la vida laboral y familiar e impugnación de altas médicas— cuando, adicionalmente, se plantea la violación de un derecho fundamental, ya que las sentencias dictadas en tales casos son recurribles «en todo caso», según reza el art. 191.3.f) LRJS.

Al respecto, concretamente en el caso de la impugnación de las decisiones de movilidad geográfica o modificación sustancial, pero también de manera análoga en los supuestos de conciliación de la vida laboral y familiar o en vacaciones, se había abierto paso la interpretación de que, pese a la literalidad de la norma, si en un proceso en el seno de la modalidad regulada en el art. 138 LRJS (o, en su caso, del art. 139 o del 125 LRJS) se impugnaba una medida de este tipo y se invocaba la vulneración de un derecho fundamental, la sentencia que recayese en el mismo tenía abierto el recurso de suplicación[75]. Y ello con independencia de que el recurso se plantease por motivos vinculados a la tutela del derecho fundamental o por razones de mera legalidad ordinaria; de hecho, ello resultaba muy evidente en algunos pronunciamientos, pues solicitada en la instancia la nulidad de una modificación y, subsidiariamente, su carácter injustificado, el Tribunal Supremo había validado la posibilidad de que la empresa recurriese en suplicación sentencias que habían considerado la medida injustificada[76].

A pesar de tales precedentes, la STS de 19 de octubre de 2022, Rº 1363/2019, cambió de criterio. La nueva doctrina se puede condensar en dos ideas fundamentales. La primera sería la relativa a que cuando en un proceso de impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual se hayan planteado de forma claramente diferenciada pretensiones vinculadas a la posible vulneración de derechos fundamentales y otras de mera legalidad ordinaria, cabrá recurso para resolver sobre los primeros aspectos —es decir, los relacionados con los derechos fundamentales en juego en el proceso, entre ellos, la eventual indemnización asociada a su presunta vulneración—, pero no así respecto los segundos —es decir, los que versen sobre las materias de legalidad ordinaria—. Ahora bien, y esta sería la segunda idea, ello será así cuando las pretensiones «*resulten perfectamente escindibles las unas de las otras*». Por el contrario, cuando dicha separación no resulte factible, la sentencia señalada deja abierta la puerta del recurso.

Esta solución, acompañada de voto particular, ha sido contestada desde algunos sectores[77]. No obstante, a mi juicio, resulta acertada, como ya he tenido ocasión de

75 SsTS de 10 de marzo de 2016, Rº 1887/2014, de 22 de junio de 2016, Rº 399/2015, de 7 de diciembre de 2016, Rº 1599/2015, de 5 de julio de 2017, Rº 1477/2015, de 24 de octubre de 2017, Rº 3175/2015, de 15 de febrero de 2018, Rº 1324/2016, de 22 de febrero de 2018, Rº 1169/2015 o de 5 de junio de 2018, Rº 3337/2016.

76 SsTS de 9 de mayo de 2017, Rº 1666/2015, de 30 de junio de 2020, Rº 4093/2017 o de 7 de julio de 2021, Rº 3849/2018.

77 SALINAS MOLINA, F. (2021), *op. cit.*, p. 48.

sostener[78]. Por otra parte, a pesar de haberse dictado en el contexto de la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, entiendo que debe ser trasladable a todos aquellos supuestos en los que se suscite un problema análogo —por ejemplo, un pleito de vacaciones o de conciliación de la vida laboral y familiar en la que se plantee la vulneración de un derecho fundamental. En todo caso, considero que sería preferible una actuación normativa aclaratoria, al modo de la que proporciona el art. 191.3 LRJS en sus letras d) y e) para los casos en que en los que se plantea un vicio esencial del procedimiento que ha generado indefensión o cuando la sentencia decidió sobre la falta de jurisdicción o competencia, respectivamente, donde las previsiones normativas subrayan que, si el fondo del asunto se encuentra excluido de la suplicación, el recurso tan solo se pronunciará respecto las cuestiones señaladas, es decir, sobre el defecto o vicio procedimental alegado o la falta de jurisdicción/competencia. Pues bien, algo similar se debería incorporar a la previsión de la letra f).

17. Al margen de la suplicación, el otro recurso sobre el que interesa detenerse es el de casación en unificación de doctrina. La razón de su existencia parte de la actual planta de los órganos jurisdiccionales laborales, la cual determina que el conocimiento de la generalidad de los asuntos corresponda en instancia a los juzgados de lo social, al tiempo que la mayoría de resoluciones dictadas por estos últimos sean recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, la doctrina había alertado del riesgo de dispersión jurisprudencial entre las diferentes salas de lo social cuando se instituyesen[79] y, precisamente, para conjurar tal riesgo se creó este recurso, cuya finalidad es conocer de la impugnación de las sentencias emanadas de los TSJ que resuelvan un recurso de suplicación y resulten contradictorias con otras resoluciones[80]. Así pues, permitiría dar cumplimiento a distintos principios y criterios constitucionales, como el principio de unidad jurisdiccional, el papel unificador del TS, la efectividad del principio de seguridad jurídica o la plenitud del principio de igualdad.

17.1. El intento de satisfacer esta loable finalidad implica un precio que se traduce en una obvia prolongación del proceso, con el consiguiente riesgo de que los asuntos se alarguen indebidamente. Por ello, el recurso de casación en unificación de doctrina está sujeto a unos rígidos requisitos de admisión y que, además, son objeto de una interpretación restrictiva por parte del TS. Aun así, el número de asuntos que acceden a dicho tribunal resulta elevado y un importante número de los mismos no supera el trámite de admisión o, a pesar de superarlo, se rechaza por la falta de contradicción. Por ello, no es extrañar que una de las cuestiones más debatidas sobre la

78 NORES TORRES, L. E. (2023), «Modificación sustancial de condiciones de trabajo, tutela de los derechos fundamentales y acceso a los recursos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *475*, pp. 176 y ss.

79 CRUZ VILLALÓN, J. (1989), «Constitución y proceso de trabajo», *Revista Española Derecho del Trabajo*, *38*, pp. 228 y ss.

80 Entre otros, VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), *op. cit.*, p. 38.

reforma de este recurso gire alrededor de la admisión del mismo y el modo de lograr que satisfaga mejor su propia esencia.

17.2. Al respecto, en los últimos tiempos, se ha cuestionado la conveniencia de introducir el criterio del «interés casacional» en el trámite de admisión, siguiendo la senda que ya han recorrido los restantes órdenes jurisdiccionales o el propio TC con el requisito de la «especial trascendencia constitucional»[81]. Así, en el caso de la jurisdicción ordinaria, el interés casacional como requisito de acceso al recurso está presente en el art. 477 LEC, mientras que en la penal y en la contenciosa aparece en los arts. 889 LECrim y 88 LJCA desde el año 2015; en el caso del TC, la incorporación de la «especial trascendencia constitucional» a efectos del acceso al amparo tuvo lugar con la reforma de la LOTC en 2007. Pues bien, la incorporación de un criterio de este tipo también se ha propuesto para el orden social, si bien, de momento, las líneas de reforma no van en ese sentido. Así, de forma mucho más limitada, la reforma operada por el RDL 5/2023, de 28 de junio, modificó el art. 225 LRJS e introdujo un art. 225. bis. El objetivo de estas medidas, procedentes del proyecto de Ley de Eficiencia Procesal y que se cuelan de manera un tanto sorprendente en un RDL de contenido tan «heterogéneo» como el citado, es mucho más limitado y procuran agilizar el trámite de admisión, así como responder a los fenómenos de litigación en masa. En el primer sentido, la reforma que se lleva a cabo en el art. 225.3 LRJS provoca que cuando el magistrado ponente considere que concurre las causas de inadmisión relativas al incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos procesales de preparación, la carencia sobrevenida de objeto o la falta de contradicción, pasa directamente a solicitar el informe del ministerio fiscal, sin dar audiencia al recurrente, algo que solo se mantiene cuando la inadmisión gire sobre la falta de contenido casacional o haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En cuanto a las soluciones frente a los fenómenos de litigación en masa, el art. 225.bis LRJS trata de responder a los problemas derivados de la presentación de un gran número de recursos en los que se suscita una cuestión jurídica sustancialmente idéntica. Así, en tales situaciones, el precepto permite admitir uno o varios de los recursos y suspender el trámite de admisión en los restantes a expensas de la suerte que corra el primero.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

18. A lo largo de las líneas anteriores he procurado dar cuenta de las principales cuestiones estructurales del proceso laboral que pueden alimentar el debate sobre su eventual reforma y, a partir de ahí, facilitar que continúe desarrollando el papel que históricamente ha ocupado, como pieza clave del sistema de relaciones laborales.

81 SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M. (2023), «El «interés casacional» como criterio de admisión de los recursos de casación: algunas reflexiones para el caso de su futura aplicación en la jurisdicción laboral», *Trabajo y Derecho*, *97*, pp. 1-39.

Ahora bien, ello no quita que existan otros retos de futuro que también deban ser afrontados y a los que me parece oportuno aludir, siquiera sea de modo breve.

18.1. De entrada, resulta evidente la relevancia cada vez mayor que están adquiriendo la movilidad laboral internacional y las relaciones laborales transnacionales, así como la problemática específica que suscitan los conflictos que en este específico ámbito pueden surgir. En este sentido, hay una serie de dificultades inmediatas que se relacionan con la determinación de la jurisdicción competente para resolver el conflicto y la legislación que debe ser aplicada, que la labor normativa más «tradicional» ha tratado de resolver a través de distintos instrumentos jurídicos; se trata de un terreno de gran interés y que, además, presenta nuevas perspectivas de análisis, vinculadas a nuevos «espacios» en los que se desarrollan las relaciones laborales (relaciones ejecutadas en remoto, llevadas a cabo en instalaciones artificiales marítimas o en el espacio ultraterrestre, etc.)[82]. Al hilo de lo anterior, aparecen también una serie de dificultades derivadas, mucho menos tratadas, pero de indudable interés y trascendencia práctica. Y es que, partiendo de la posibilidad de que conflictos surgidos en otros países, puedan ser entablados en España, o, a la inversa, que una jurisdicción extranjera deba resolver un conflicto originado en España, las partes y los órganos jurisdiccionales van a encontrarse con un conjunto de obstáculos añadidos relacionados con las comunicaciones y notificaciones, así como con la obtención y prácticas de la prueba. Pues bien, qué duda cabe que este tipo de problemas relacionados con la internacionalización de las relaciones laborales va a estar muy presente en los próximos años y exigen de unas respuestas claras, ya que, en la actualidad, las soluciones arbitradas tanto desde las instancias internacionales, como internas, pivotan sobre su aplicación en el proceso civil, sin tener en cuenta las singularidades que presenta el proceso social, lo que genera múltiples dificultades aplicativas.

18.2. En segundo lugar, la existencia de un orden jurisdiccional especializado y un procedimiento igualmente diverso en materia social se relaciona con la existencia de un conjunto de pretensiones que requiere de una respuesta diferenciada. El alcance de cuáles sean esas pretensiones o, en otras palabras, la extensión de la competencia del orden social, ha tenido históricamente unas fronteras difusas y en continua expansión. A pesar de la tendencia expansiva, hay un reto fundamental que no ha sido cubierto como es el relacionado con la aspiración a convertir el orden social en la sede donde resolver todas las pretensiones afectantes al empleo, de una manera omnicomprensiva o «integral», con independencia de la naturaleza pública o privada de las relaciones jurídicas. Así pues, a mi juicio, otro de los aspectos clave para la reflexión futura debe ser el relativo a las fronteras del orden social y sus movimientos de expansión y contracción. En este último sentido, piénsese, en el caso del derecho administrativo laboral, como a pesar del importantísimo avance que experimentaron las competencias del orden social en este terreno con la LRJS, la supresión de la letra

82 Al respecto, *vid.*, FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2023), «El trabajo «transnacional». Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales», *Labos*, Vol. 4, *1*, pp. 21 y ss.

d) del art. 148 LRJS por obra de la Ley de Empleo en febrero de 2023, puede hacer revivir los problemas de conflictos competenciales ya vividos en el pasado, provocando una suerte de *déjà vu*.

18.3. Un tercer punto de interés permanente desde hace ya años es el relacionado con la solución extrajudicial de solución de conflictos, como vía que ha de permitir, entre otras cosas, superar la excesiva judicialización de nuestro sistema de relaciones laborales y favorecer una descongestión de los órganos judiciales, algo positivo en términos de agilidad y celeridad. A pesar del aparente empeño del legislador y de los interlocutores sociales, lo cierto es que parece existir una cierta desconfianza hacia los mismos; de hecho, la propia labor promocional efectuada desde la norma resulta discutible, si nos fijamos en los supuestos que quedan excluidos de la conciliación preprocesal obligatoria o el hecho de que el acto se tenga por intentado sin efecto transcurridos treinta días desde la presentación de la papeleta.

18.4. En fin, el tránsito del siglo XX al XXI ha venido acompañado de una pluralidad de modificaciones tecnológicas que han tenido una enorme repercusión en el modelo de administrar justicia. La modernización de la justicia y de los procedimientos judiciales constituye uno de los grandes retos actuales en los modelos procesales, pues representa un gran aliado para lograr un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y qué duda cabe que su digitalización constituye una vía aparentemente adecuada para la consecución de tales objetivos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILERA IZQUIERDO, R. (2004), *Proceso Laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*, Madrid, Civitas.

ALEMAÑ CANO, J. (2008), *Estructura del proceso laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ALONSO OLEA, M. (1966), «Sobre la historia de los procesos de trabajo», *Revista de Trabajo*, *15*, 9-35.

BAYÓN CHACÓN, G., PÉREZ BOTIJA, E. (1963), *Manual de Derecho del Trabajo*, volumen II, 4ª edición, Madrid, Marcial Pons.

CARNELUTTI, F. (1926), *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Volume Terzo. La funzione del processo di cognizione. Parte seconda*, ristampa, Padua, La Litotipo Casa Editrice.

CATALÁ PELLÓN, A. (2021), «Recursos y proceso social: puntos críticos y posibles fórmulas para lograr una rápida respuesta judicial unificadora», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-28.

CHIOVENDA, G. (1923), *Principii di Diritto Processuale Civile. Il proceso di cognizione*, 3ª edición, Napoles, N. Jovene N. C. (1ª edición: 1906).

CRUZ VILLALÓN, J. (1989), «Constitución y proceso de trabajo», *Revista Española Derecho del Trabajo*, *38*, 209-261.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004), «El proceso como instrumento de la jurisdicción», en DE LA OLIVA SANTOS, I.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 43-54.

DE LAMO RUBIO, J. (2018), «La prueba documental en el proceso digital y la necesidad de un nuevo modelo de procedimiento social», *Diario La Ley*, *9131*, 1-11.

DE LAMO RUBIO, J. (2021), «La conciliación intraprocesal social en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal», *Diario La Ley*, *9767*, 1-15.

DEL PESO Y CALVO, C. (1966), «La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», *Revista de Política Social*, 69, 195-209.

DÍAZ SÁEZ, R.; ESCUDERO MORATALLA, J. M. (2020), «La convocatoria a los actos de conciliación y/o juicio en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: ¿fin de la única pero sucesiva citación?», *Diario La Ley*, *9753*, 1-8.

ESTEVE SEGARRA, A. (2012-a), «El proceso ordinario», en BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J. M.ª (Dirs.), *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 213-287.

ESTEVE SEGARRA, A. (2012-b), «El proceso monitorio laboral», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE NUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 647-700.

ESTEVE SEGARRA, A. (2020-a), «¿Por qué ha fracasado el procedimiento monitorio en la jurisdicción laboral?», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, *55*, 134-156.

ESTEVE SEGARRA, A. (2020-b), «El plan de choque del Consejo General del Poder Judicial: ¿una solución al desuso del procedimiento monitorio laboral?», en SALA FRANCO, T. (Dir.), *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 403-421.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V. (1946), «Principios fundamentales del proceso del trabajo (continuación)», *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, *VII (41-42)*, 25-114.

FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2023), «El trabajo «transnacional». Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales», *Labos*, Vol. 4, *1*, 21-58.

GARCÍA BECEDAS, G. (2001), «Los principios informadores del proceso laboral», en ALONSO OLEA, M. *et altri*, *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, Lex Nova, 203-210.

GOERLICH LEÓN, A.; GOERLICH LEÓN, M.ª (2020), «La afectación general como criterio de recurribilidad en suplicación», en SALA FRANCO, T. (Dir.), *Problemas actuales*

del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 755-770.

GOERLICH PESET, J. M.ª (2021-a), «Los medios de impugnación», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1813-1841.

GOERLICH PESET, J. M.ª (2021-b), «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de la doctrina», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1961-2035.

GÓMEZ ESTEBAN, J. (2020), «Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía transformada en realidad apresurada?», *Diario La Ley*, *9662*, 7-12.

HINOJOSA FERRER, J. (1933), *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Madrid, EDERSA.

LAFUENTE SEVILLA, R. (2021), «El papel del letrado de la Administración de Justicia en el proceso social: puntos críticos y propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-13.

LLUCH CORELL, J. (2021), «El recurso de suplicación», en BLASCO PELLICER, A.; ALEGRE BUENO, M. (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1843-1949

LÓPEZ HORMEÑO, M.ª C. (2021), «Principio de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión en el proceso social, en especial, en el acto del juicio: puntos críticos y propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-37.

MAIRAL JIMÉNEZ, M. (1995), «La igualdad de las partes en el proceso laboral», *Temas Laborales*, *34*, 49-86.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1979), «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución», *Revista de Política Social*, *121*, 255-313.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1985), «El orden social de la jurisdicción en el proyecto de LOPJ», *Actualidad Laboral*, *26*, 1313-1327.

MARTÍNEZ MOYA, J. (2021), "La posición del Consejo General del Poder Judicial ante las reformas normativas que afectan al orden jurisdiccional social", *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-71.

MASSIMIANI, C. (2016), «Costituzione del convenuto», en ROMEO, C. (a cura di), *Processo del Lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutelle giurisdizionali*, Turín, G. Giappichelli Editore, 99-113.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2021), «La prueba en el proceso social y en los recursos: propuestas de reforma», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-26.

MONTERO AROCA, J. (1973), «Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte primera: los Tribunales industriales», *Revista de Derecho del Trabajo*, *43*, 69-137.

MONTERO AROCA, J. (1977), «El proceso laboral. Conceptos generales», *Revista de Política Social*, *113*, 5-92.

MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J. M.ª; SAMPEDRO CORRAL, M. (1993), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo I, Madrid, Civitas.

MOYA AMADOR, R. (2023), "El proyecto de ley de eficiencia procesal y las reformas previstas en el proceso laboral", *Trabajo y Derecho*, *102*, 1-30.

NORES TORRES, L. E. (2023), «Modificación sustancial de condiciones de trabajo, tutela de los derechos fundamentales y acceso a los recursos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *475*, 176-185.

NORES TORRES, L. E. (2024), *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PALOMO VÉLEZ, D. (2021), «Procedimiento de aplicación general», en CORTEZ MATCOVICH, G.; DELGADO CASTRO, J.; PALOMO VÉLEZ, D. (2021), *Proceso laboral*, Santiago de Chile, Thomson-Reuters, 85-289.

ROCA MARTÍNEZ, J. M. (2016), *El proceso monitorio laboral*, Valladolid, Lex Nova.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1969), «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», *Revista de Política Social*, *81*, 21-82

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2001), «Proceso civil y proceso de trabajo», *Relaciones Laborales-I*, 135-152.

SALINAS MOLINA, F. (2021), «Reflexión general sobre los extremos esenciales de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social susceptibles de reforma. Especial referencia a los contenidos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Cuadernos Digitales de Formación*, *38*, 1-84.

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M. (2020), «La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas», *Trabajo y Derecho*, *12*, 1-31.

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M. (2023), «El «interés casacional» como criterio de admisión de los recursos de casación: algunas reflexiones para el caso de su futura aplicación en la jurisdicción laboral», *Trabajo y Derecho*, *97*, 1-39.

SÁNCHEZ PEGO, F. J. (1990), «Los principios del proceso enunciados en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, *45*, 561-570.

SERRANO ESPINOSA, G. M. (2023), «Sobre la eficiencia procesal en la reforma del proceso laboral», *Diario La Ley*, *10.277*, 1-9.

STORME, M. (2008), «Más voz y menos letra: en defensa de la oralidad en los procesos judiciales», en CARPI, F.; ORTELLS RAMOS, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, *Vol. I. Ponencias generales e informes nacionales*, Valencia, Universitat de València, 47-52.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2023), *Hacia la eficiencia procesal en el orden social de la jurisdicción*, Cizur Menor, Aranzadi.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1988), «Competencia funcional de los órganos de la nueva planta del orden jurisdiccional social», *Actualidad Laboral*, *29*, 1649-1658.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», *Temas Laborales*, *15*, 19-42.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (2008), «La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba», en CARPI, F.; ORTELLS RAMOS, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, *Vol. II. Comunicaciones*, Valencia, Universitat de València, 257-276.

La Directiva 2024/1233, de permiso único para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y que establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro y su incidencia en la normativa española

Margarita Tarabini-Castellani Aznar
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (s.e)

Directive 2024/1233, on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State and its impact on spanish legislation.

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIRECTIVA DE PROCEDIMIENTO ÚNICO DE SOLICITUD DE PERMISO ÚNICO PARA RESIDIR Y TRABAJAR EN UN ESTADO MIEMBRO Y POR LA QUE SE ESTABLECE UN CONJUNTO COMÚN DE DERECHOS PARA LOS TRABAJADORES DE TERCEROS PAÍSES EN LA UE. 2.1. Objeto, definiciones y ámbito de aplicación. 2.2. El procedimiento único de solicitud del permiso único. 2.2.1 Solicitud. 2.2.2. Tramitación. 2.2.3. Resolución. 2.3. Derechos de los titulares del permiso único. 2.3.1. Cambio de empleador. 2.3.2. Desempleo y vigencia del permiso. 2.3.3. Derecho a permanecer en el país mientras se renueva el permiso. 2.4. Estatuto jurídico de nacionales de terceros países que trabajan en Estados Miembros. 2.4.1. Condiciones de trabajo, derechos colectivos y protección de la Seguridad Social. 2.4.2. Derecho a la educación y formación profesional. 2.4.3. Derecho a los beneficios fiscales y acceso a los bienes y servicios públicos. 2.4.4. Garantías y protección de la igualdad de trato. 2.5. Las disposiciones finales de la Directiva 2024/1233, en particular su aplicación y transposición. 3. INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 2024/1233 EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA. 3.1. El procedimiento único del permiso único. 3.2. Derechos de los titulares del permiso único. 3.2.1. Cambio de empleador.3.2.2. Desempleo y

vigencia del permiso. 3.2.3. Derecho a permanecer en el país mientras se renueva el permiso. 3.3. Estatuto jurídico de nacionales de terceros países que trabajan en Estados Miembros. 3.3.1. Condiciones de trabajo, derechos colectivos y protección de la Seguridad Social. 3.3.2. Derecho a la educación y formación profesional. 4. CONCLUSIONES. 4.1. Derecho a los beneficios fiscales y acceso a los bienes y servicios públicos. 4.2. Garantías y protección de la igualdad de trato.

Resumen: La Directiva 2024/1233, que reforma la Directiva 2011/98, establece un procedimiento único de solicitud de permiso único para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, así como un haz de derechos de los titulares de este permiso y un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro basados en la igualdad de trato. El presente trabajo analiza cada uno de los anteriores contenidos, señalando las diferencias existentes entre la anterior Directiva y la actual; apunta las implicaciones que la nueva Directiva tiene en la normativa española; indica los aspectos en los que España cumple con la misma y aquellos en los que debe introducir modificaciones y concluye con unas consideraciones sobre el papel de la Directiva analizada en la UE.

Palabras clave: Trabajadores, nacionales de terceros países, extranjeros, permiso único, procedimiento único, derechos, igualdad de trato

Abstract: Directive 2024/1233, which amends Directive 2011/98, establishes a single application procedure for a single permit to reside and work in the territory of a Member State, as well as a set of rights for holders of this permit and a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State based on equal treatment. This paper analyses each of the above contents, pointing out the differences between the previous Directive and the current one; points out the implications that the new Directive has on Spanish regulations; indicates the aspects in which Spain complies with the Directive and those in which it must introduce modifications; and concludes with some considerations on the role of the Directive analysed in the EU.

Keywords: workers, third-country nationals, foreigners, single permit, single application procedure, rights, equal treatment.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se mira hacia atrás, la reciente historia del tratamiento de la cuestión migratoria en la Unión Europea, desde el tercer pilar del Tratado Maastrich en 1992, que la relegó al ámbito intergubernamental, pasando por su inclusión en el primer pilar, en el Tratado de Amsterdam en 1997 aun con limitaciones, sobre todo en lo que respecta a la exigencia de unanimidad del Consejo para la toma de decisiones, hasta la integración definitiva entre las competencias de la Unión Europea, con la desaparición de las mencionadas limitaciones en el Tratado de Lisboa en 2007, se asiste a una especie de baile con coreografías cíclicas, pero con variaciones, que combinan con distinta intensidad y protagonismo los siguientes elementos: la susceptibilidad

de los Estados a ver limitada su soberanía, el abordaje de la cuestión desde la perspectiva del control de fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal, la tensión entre garantía y limitación del derecho de asilo y a la protección internacional, la necesaria colaboración con los países de origen y de tránsito y una concepción más integral y social, que repara en la necesidad un estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en la Unión europea y específicamente de quienes realizan una actividad lucrativa y más en particular un trabajo por cuenta ajena, a la vista, no solo de su presencia real en la UE, sino de la necesidad de la UE de contar con ellos.

De forma muy esquemática podría decirse que hay dos grandes líneas en las normas y políticas de la Unió europea relativas a nacionales de terceros países, que no son paralelas o que ni siquiera son rectas, la centrada en el control de fronteras exteriores, inmigración irregular y visados, que incluye el asilo y la protección internacional y que abarca las más de las veces cuestiones procedimentales protagonizadas por Reglamentos, y la que se centra en una perspectiva más social dirigida a las condiciones de residencia de los nacionales de terceros Estados, protagonizada por Directivas. El reciente Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea de mayo de 2024 ha supuesto retomar la concepción más cercana al control de fronteras y lucha contra la inmigración ilegal que la más integral y social, aunque ha de decirse que la Directiva que se analiza se ha adoptado durante la presidencia española del Consejo en el segundo semestre de 2023 cuando se estaba gestando dicho Pacto.

La Directiva (UE) 2024/1233 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, y que refunde la anterior Directiva 2011/98/UE, se enmarca en la segunda de las líneas que se acaban de mencionar. No en vano tiene su anclaje en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos sociales[1], aunque, al tratar de un procedimiento único para la tramitación de un permiso único, incluye rasgos de la primera en lo que se refiere a las cuestiones procedimentales.

Precisamente, la introducción de cuestiones procedimentales obedeció, en los primeros años 2000, a un intento de la Comisión de combatir las reticencias de los Estados miembros a una propuesta de Directiva relativa exclusivamente al estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros países en la UE que, además, sólo pudieron vencerse cuando, con el Tratado de Lisboa, se pasa de la exigencia de unanimidad al procedimiento legislativo ordinario[2]. Fue entonces cuando la Directiva 2011/98 pudo salir a la luz.

1 Cairós Barreto, D.M., (2021) "El futuro de Europa y su nuevo 'código normativo social': el plan de acción del Pilar Europeo de Derechos sociales", TyD núm 82, 2021, pág. 5.

2 Martín Puebla, E., (2013) "La política común de inmigración de la Unión Europea y Directiva del permiso único", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm. 32/2013, págs. 12 y 13.

Este cambio de enfoque ha permitido que la Directiva 2024/1233 profundice en la senda marcada por su antecesora y que su característica principal ataña, precisamente, a los derechos de los titulares del permiso único y, en general, al estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros países.

El presente trabajo analiza el contenido de la Directiva, el procedimiento único para la concesión del permiso único, los derechos de los titulares de este permiso y el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países, señalando aquello en lo que ha modificado a la anterior y dedicando un epígrafe a su incidencia en la normativa española, para finalizar con unas conclusiones sobre el papel de esta Directiva en la UE.

2. LA DIRECTIVA DE PROCEDIMIENTO ÚNICO DE SOLICITUD DE PERMISO ÚNICO PARA RESIDIR Y TRABAJAR EN UN ESTADO MIEMBRO Y POR LA QUE SE ESTABLECE UN CONJUNTO COMÚN DE DERECHOS PARA LOS TRABAJADORES DE TERCEROS PAÍSES EN LA UE

2.1. Objeto, definiciones y ámbito de aplicación

El objeto y las definiciones de la Directiva actual, que no difieren mucho de su predecesora, están previstos, respectivamente, en sus artículos 1 y 2. El objeto es doble: simplificar los procedimientos de admisión de los nacionales de terceros países para residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro y facilitar el control de su estatuto por medio del establecimiento de un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único, que autorice a residir y trabajar, y un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de dicho Estado, basado en la igualdad de trato con sus nacionales.

Este doble objeto manifiesta una de las características propias del tratamiento de la migración "económica" de nacionales de terceros países en la UE, que concierne a la búsqueda de vías normativas que no hieran la susceptibilidad soberanista de los Estados miembros, a través de regular aspectos puramente formales que posibilitan una más fácil gestión del fenómeno migratorio, como puede ser la creación de un permiso único para residir y trabajar, que como veremos más adelante es el sistema que eligió España desde la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y el establecimiento de un procedimiento único en la concesión de estos permisos. Pero, al tiempo, salirse de lo procedimental para introducir, en cuestiones de fondo, unos mínimos, en el marco de los derechos de los titulares del permiso único y yendo más lejos, en el estatuto jurídico de los trabajadores de terceros países que residen legalmente en la UE. Todo ello al margen de que "lo procedimental" no suele ser nunca una cuestión puramente formal, sino que lleva aparejada una determinada concepción política y que en este caso colabora en que la inmigración laboral sea una materia cada vez más europea.

No obstante, y siempre con la salvaguarda de la soberanía nacional en materia migratoria, el artículo 1. 2 de la Directiva 2024/1233 recuerda, como hacia su predecesora con otras palabras, que ésta no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión de nacionales de terceros países con arreglo al artículo 79. 5 TFUE. Aun así, y como prueba de cuanto se acaba de decir, desaparece la posibilidad, incluida en el artículo 8. 3 de la Directiva 2011/98, que permitía que la solicitud de permiso único pudiera considerarse inadmisible debido al volumen de admisión de nacionales de terceros países a efectos de empleo y, por lo tanto, no fuera necesaria su tramitación. Se limita de este modo que los Estados puedan decidir unilateralmente que no se tramiten los permisos únicos.

Las definiciones del artículo 2, dirigidas no sólo a lo que debe entenderse por permiso único o procedimiento único sino también a quienes se consideran nacionales y trabajadores de un tercer país, no difieren en términos generales de las previstas en la Directiva de 2011, si bien, respecto del trabajador de un tercer país, merece hacerse referencia a dos sutiles diferencias que podrían ser significativas. Ahora se define a éstos como todo nacional de un tercer país que ha sido admitido en el territorio de un Estado miembro, que reside legalmente en él y que está autorizado, en el contexto de una relación laboral, a trabajar en ese Estado miembro de acuerdo con el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas nacionales. De un lado, se observa que se ha pasado de "una relación remunerada" a "una relación laboral", diferencia que puede encuadrarse en la progresiva generación de un concepto de trabajador en el Derecho de la UE que no queda ya en exclusivas manos de los Estados[3]. De otro, y en la misma línea, se introduce la mención a los convenios colectivos como ámbito normativo imprescindible en las relaciones laborales de los Estados miembros. Más allá de esto, la definición de nacional de un tercer país se determina por exclusión y, del mismo modo que, por ejemplo en España, se define a los extranjeros como los que carecen de nacionalidad española, en el artículo 1.1. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (LOEX), nacional de un tercer país es quien no es un ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 20.1 TFUE.

Por su parte, "permiso único" es el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir legalmente en su territorio con el fin de trabajar y "procedimiento único de solicitud" es todo procedimiento conducente a una decisión sobre tal solicitud de permiso único, sobre la base de una solicitud única presentada por un nacional de un tercer país, o por el empleador de dicho nacional de un tercer país, con el fin de obtener autorización para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro.

Las definiciones de trabajador o nacional de un tercer país no implican que el ámbito de aplicación de la Directiva, previsto en su artículo 3, incluya a la generalidad de

3 CABEZA PEREIRO, J., (2018) "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea", Documentación Laboral 113, pp. 45 y ss.

los nacionales de estos países que entren en territorio de la UE con el fin de desarrollar una actividad laboral. El citado precepto se encarga de diferenciar entre aquellos a los que se aplica la Directiva y los que quedan extramuros, con el resultado de que las exclusiones, amparadas en factores como la particularidad del estatuto jurídico del extranjero, la inexistencia de motivación laboral para residir en la UE o la de una relación laboral, o, las más de las veces, por tratarse de relaciones laborales cobijadas en otra Directivas, son las que delimitan realmente dicho ámbito.

La Directiva se aplica, como su predecesora, a los nacionales de terceros países que se encuentren en alguna de estas situaciones: soliciten la residencia en un Estado miembro con el fin de trabajar; hayan sido admitidos en un Estado miembro para fines distintos de trabajo, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, estén autorizados a trabajar y sean titulares de un permiso de residencia de conformidad con el Reglamento (CE) 1030/2002, sobre un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, o hayan sido admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional.

La vinculación entre nacionalidad de terceros países y la finalidad laboral de la residencia implica que esta Directiva no se aplique, por una parte, a aquellos que, aun siendo nacionales de terceros países, tienen un estatuto cercano a la ciudadanía de la Unión sea por los vínculos familiares con ciudadanos de la Unión, porque pertenecen a terceros países con estatuto privilegiado o por la duración de su residencia en territorio de la UE. Por ello no se regirán por la misma los nacionales de terceros países que son miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido o estén en el ejercicio de su derecho a la libre circulación dentro de la UE de conformidad con la Directiva 2004/38/CE o que gocen, junto con los miembros de sus familias e independientemente de su nacionalidad, de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión en virtud de acuerdos entre la UE y sus Estados miembros o entre la UE y terceros países, como es el caso de los ciudadanos de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo [artículo 3.2. a) y b) Directiva 2024/1233]. Y tampoco se aplicará a quienes que sean residentes de larga duración de conformidad con la Directiva 2003/109/CE [artículo 3.2. i) Directiva 2024/1233].

Por otra parte, y en la misma línea, están excluidos de la Directiva aquellos cuya presencia en territorio de la Unión no se relaciona con motivaciones económicas, como quienes hayan sido autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de la protección temporal de conformidad con la Directiva 2001/55/CE, gocen de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE, o de conformidad con el Derecho nacional, las obligaciones internacionales o las prácticas de un Estado miembro, o hayan solicitado dicha protección sin que se haya adoptado aún una decisión definitiva sobre su solicitud [artículo 3.2. f), g) y h) Directiva 2024/1233].

Por último, se sitúan fuera de la Directiva igualmente algunas relaciones laborales, sea porque no son por cuenta ajena, como es el caso de quienes hayan solicitado la admisión en el territorio de un Estado miembro como trabajadores por cuenta propia o hayan sido admitidos como tales [artículo 3.2. k) Directiva 2024/1233]. O bien

porque la relación laboral y estancia o residencia en territorio de la UE queda cubierta por la aplicación de otra Directiva o tiene particularidades. Es lo que sucede con quienes hayan solicitado la admisión en el territorio de un Estado miembro como trabajadores trasladados dentro de una empresa o hayan sido admitidos como tales con arreglo a la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [artículo. 3.2 d) Directiva 2024/1233]; hayan solicitado la admisión o que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro como temporeros con arreglo a la Directiva 2014/36/UE o como "au pairs", que tiene una regulación específica en la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair [artículo. 3.2 e) Directiva 2024/1233]. Lo mismo puede decirse de los trabajadores desplazados mientras estén desplazados, y de quienes hayan solicitado la admisión como gente de mar a efectos de empleo o trabajo en cualquier cometido a bordo de buques matriculados en un Estado miembro o que naveguen bajo bandera de este, o hayan sido admitidos como tales. [artículo 3.2. c) y l) Directiva 2024/1233].

A los supuestos anteriores ha de añadirse lo dispuesto en el artículo 3.2. j) de la Directiva 2024/1233 por el que tampoco se aplica a aquellos cuya expulsión se haya suspendido por motivos de hecho o de derecho; exclusión cuya lógica se encuentra en que se trata de extranjeros a los que difícilmente se les reconoce la posibilidad de acceder a una residencia legal.

2.2. El procedimiento único de solicitud del permiso único

2.2.1. Solicitud

El procedimiento único de solicitud del permiso único será tanto para su expedición, modificación como renovación y es cada Estado quien designa la autoridad competente encargada de recibir las solicitudes y expedir el permiso (artículo 5.1 de la Directiva 2024/1233). La solicitud corresponde al nacional del tercer país, a su empleador, o a cualquiera de ellos, según lo determine cada Estado y se considerará y examinará tanto si el nacional de un tercer país reside fuera del Estado miembro donde quiera ser admitido, como si reside ya en él al amparo de un permiso de residencia válido (artículo 4.1 y 2 de la Directiva 2024/1233). Posibilidad, esta última, que es una novedad de la actual Directiva, pues la Directiva 2011/98 la remitía a los Estados en función de lo que previera el Derecho interno. Lo que la actual Directiva remite a los Estados es la apertura de esta vía a los que se encuentren legalmente en su territorio, esto es, quien, por ejemplo, tenga una autorización de estancia. En la actualidad, por tanto, los Estados miembros deben contemplar la posibilidad de que los residentes legales en su territorio accedan al permiso único. Por ello el artículo 4.5 de la Directiva 2024/1233 enfatiza que los Estados miembros expedirán el permiso único, tras la entrada en vigor de las normas nacionales de desarrollo, a los nacionales de terceros

países que soliciten la admisión y a los nacionales de terceros países ya admitidos que soliciten la renovación o la modificación de sus permisos de residencia, cuando se reúnan las condiciones para ello.

2.2.2. Tramitación

La decisión sobre la solicitud del permiso deberá adoptarse lo antes posible y en todo caso, en los noventa días siguientes a la fecha de presentación de una solicitud completa, lo que supone una reducción del plazo máximo previsto en la anterior Directiva que era de cuatro meses. En este plazo se incluye, como de forma novedosa incorpora la Directiva 2024/1233, la comprobación de la situación del mercado laboral en las solicitudes individuales de permiso único. No obstante, el artículo 8. 3 de la Directiva 2024/1233 permite la prórroga de este plazo por un período adicional de treinta días, cuando concurran circunstancias excepcionales y debidamente justificadas relacionadas con la complejidad de la solicitud, que además deberán ponerse en conocimiento del solicitante mediante una notificación o una comunicación de conformidad con los procedimientos establecidos por el Derecho nacional.

Cuando la información o la documentación presentadas en apoyo de la solicitud sean incompletas, según los criterios especificados en el Derecho nacional, la autoridad competente comunicará al solicitante por escrito qué información o documentos complementarios se requieren y fijará un plazo razonable para la presentación de los mismos. Este requerimiento suspenderá el plazo máximo para decidir, incluida la ampliación para circunstancias excepcionales, hasta que la autoridad competente u otras autoridades correspondientes hayan recibido la información complementaria que se requiera. Si vencido el plazo otorgado no se han presentado la información o los documentos complementarios requeridos, la autoridad competente podrá rechazar la solicitud. Las consecuencias en caso de no haberse adoptado ninguna decisión en el plazo establecido, se determinarán por el Derecho nacional.

2.2.3. Resolución

Tras el examen de la solicitud, la decisión de expedir, modificar o renovar el permiso único, cuando el interesado reúna las condiciones establecidas en el Derecho de la Unión o nacional, constituirá un único acto administrativo que combinará el permiso de residencia y el de trabajo. Pero, para el supuesto de que el Estado miembro solo expida permisos únicos en su territorio, y por tanto la entrada en el mismo con fines de trabajo y residencia deba autorizarse mediante visado, el artículo 4. 3 de la Directiva 20234/1233 indica que el Estado articule la posibilidad de expedir visados a los nacionales de terceros países para obtener el permiso único, obviamente cuando se cumplan las condiciones previstas en el Derecho de la Unión o nacional.

La decisión se notificará por escrito por la autoridad competente al solicitante, de conformidad con los procedimientos de notificación establecidos en el Derecho

nacional aplicable. La actual Directiva incorpora que cuando sea el empleador quien presente la solicitud, los Estados miembros se asegurarán de que informe al nacional del tercer país sobre la situación de la solicitud y del resultado de ésta en un plazo oportuno (artículo 5. 3 de la Directiva 2024/1233).

Cuando la decisión sea denegatoria o se resuelva la retirada del permiso único, ésta se ajustará, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2024/1233, a los criterios previstos en el Derecho de la Unión o nacional, aunque la actual Directiva incorpora la exigencia de que se adopte teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, atendiendo al principio de proporcionalidad de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional. Será recurrible, de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate y deberá notificarse por escrito y estar debidamente motivada, con indicación del tribunal o la autoridad administrativa ante los que interponer recurso, así como el plazo para interponerlo.

El artículo 10 de la Directiva 2024/1233 prevé que pueda exigirse el pago de tasas por la tramitación de las solicitudes, pero, respecto de su importe, impone que no podrá ser desproporcionado ni excesivo y que cuando sea el empleador el que las abone, no tendrá derecho a requerir su importe al nacional de un tercer país. Previsiones diferentes a las contenidas en el anterior artículo 10, que sólo mencionaba la exigencia de proporcionalidad del importe y que podría basarse en los servicios efectivamente restados para la tramitación de las solicitudes y la expedición de los permisos.

Con el fin de proporcionar una información adecuada sobre este procedimiento y, a medio camino entre obligaciones de los Estados y derechos de los nacionales de terceros países, el artículo 9 de la Directiva 2024/1233 conmina a los Estados miembros a facilitar el acceso y, cuando así se les solicite, proporcionar a los nacionales de terceros países y a sus futuros empleadores información adecuada sobre, por una parte, todos los documentos justificativos necesarios para una solicitud y, en su caso y como novedad en la actual Directiva, sobre las tasas aplicables y, por otra, sobre las condiciones de entrada y residencia, los derechos, las obligaciones y las garantías procesales, incluidas las vías de reparación jurídica, de los nacionales de terceros países y de los miembros de sus familias, así como información sobre las organizaciones de trabajadores de conformidad con el Derecho nacional.

El permiso único se expedirá utilizando el modelo uniforme establecido en el Reglamento (CE) 1030/2002 e incorporará la información sobre el permiso de trabajo que contempla dicho Reglamento, que permite la introducción de información para uso nacional sobre dicho permiso, así como los datos relativos al lugar y autoridad de expedición y lugar de nacimiento del titular. Lo mismo sucede con los permisos de residencia con fines distintos de trabajo de conformidad con el citado Reglamento, que incluirán la información de la autorización para trabajar, independientemente del tipo de permiso de que se trate, sin que sea necesario en ninguno de los dos supuestos expedir un documento adicional como prueba de autorización de acceso al mercado de trabajo, aunque sí podrán incluir en formato papel datos adicionales relacionados

con la relación laboral del nacional de un tercer país, como, por ejemplo, el nombre y la dirección del empleador, el lugar de trabajo, el tipo de trabajo, las horas de trabajo y la remuneración, o bien almacenar tales datos en el formato electrónico por medio de las vías que posibilita dicho Reglamento, en cuyo caso, el titular del permiso tendrá derecho a verificar la información personal contenida en el permiso y, si así procede, a que se rectifique o suprima (artículos 6 y 7 de la Directiva 2024/1233).

2.3. Derechos de los titulares del permiso único

La Directiva 2024/1233 supone una mejora notable respecto de su predecesora en cuanto a los derechos de los titulares del permiso único y en el estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros países, principalmente en las garantías y protección de los mismos.

El artículo 11. 1 de la citada Directiva hace referencia a los derechos de los titulares del permiso único ya contenidos en su anterior versión relativos a la libre entrada, acceso y residencia en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión y dentro de los límites previstos por el Derecho nacional; a la información de los derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la Directiva u otras disposiciones del Derecho de la Unión o nacional, y al ejercicio de la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional. Los términos en este sentido del artículo 11.1 c) de la Directiva 2024/1233, "el permiso único habilitará a su titular (…) a ejercer la actividad específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional", no hacen referencia tanto a un derecho a ejercer la actividad autorizada, que por otra parte sería difícil garantizar en el ámbito privado, cuanto a que el permiso faculte para la realización de la misma en los términos de la normativa nacional.

2.3.1. Cambio de empleador

Pero junto a los derechos previstos en la Directiva 2011/98, hay nuevos derechos que incorporan una flexibilidad en la dinámica permiso-empleo que aúna protección de la legalidad de la residencia del nacional del tercer país y eficiencia en la gestión. El primero de ellos es la posibilidad de cambiar de empleador durante la vigencia del permiso único, si bien puede supeditarse a determinadas exigencias. Por una parte, a un período mínimo de empleo para el primer empleador. Este período mínimo de empleo no podrá exceder de la duración del contrato de trabajo o del período de validez del permiso que, a su vez, no podrá exceder de seis meses. No obstante, se contempla la posibilidad de que los Estados miembros permitan al titular de un permiso único cambiar de empleador antes de que expire dicho período mínimo, en supuestos debidamente justificados de incumplimiento grave por parte del empleador de las condiciones contractuales de la relación laboral. Por otra parte, puede condicionarse

a la comprobación de la situación del mercado laboral si el Estado miembro de que se trate realiza dicha comprobación para las solicitudes de permiso único. Y, por último, puede exigirse que los cambios de empleador sean notificados a las autoridades competentes, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Derecho nacional. En estos casos el derecho del titular del permiso único a cambiar de empleador podrá suspenderse durante un período máximo de cuarenta y cinco días a partir de la fecha de notificación a las autoridades nacionales competentes, si bien puede prorrogarse por un período adicional de quince días en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas (Artículo 8.4 de la Directiva 2024/1233). Durante ese período, dichas autoridades podrán verificar si se cumplen las condiciones relativas al período mínimo de empleo y al examen de la situación nacional de empleo, según proceda, y verificar también si se siguen cumpliendo los demás requisitos establecidos en el Derecho de la Unión o nacional. El Estado miembro podrá oponerse al cambio de empleo durante el citado período de cuarenta y cinco días y se entiende que asimismo durante el período prorrogado de quince días, hasta los sesenta, aunque la Directiva solo mencione al período de cuarenta y cinco días.

2.3.2. Desempleo y vigencia del permiso

Un segundo derecho de no poca importancia es que el desempleo no constituya en sí mismo un motivo para retirar un permiso único cuando se den las siguientes condiciones. En primer lugar, que el período total de desempleo no exceda de tres meses durante el período de validez de un permiso único, o de seis meses si el nacional de un tercer país ha sido titular del permiso único durante más de dos años, aunque el Estado miembro podrá permitir que el titular de un permiso único permanezca desempleado durante un período más largo. En particular, el Estado miembro ampliará tres meses el período de desempleo cuando las autoridades competentes determinen que existen motivos razonables para creer que el titular del permiso único ha estado sometido a unas condiciones de trabajo especialmente abusivas, tal como se definen en el artículo 2 i), de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. El artículo citado define las condiciones de trabajo especialmente abusivas como aquellas en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutan los trabajadores empleados legalmente, incluidas las que resultan de la discriminación por razón del sexo o de otro tipo y, por ejemplo, afecten a la salud y la seguridad de los trabajadores y atenten contra la dignidad humana. Por lo demás, y para la generalidad de los casos, cuando el período de desempleo supere los tres meses, los Estados miembros podrán exigir a los titulares del permiso único que aporten pruebas de que disponen de recursos suficientes para mantenerse sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. En segundo lugar, que el inicio y, de tener lugar, el final de cualquier período de desempleo, se notifiquen, por el trabajador o el empleador, según lo que determine

el Estado miembro, a las autoridades competentes, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes.

Cuando un titular de un permiso único encuentre un nuevo empleador dentro del período permitido de desempleo de tres, seis meses o el período ampliado al que se ha hecho referencia, y el acceso al nuevo empleo se supedite a la situación del mercado laboral o a la notificación de los cambios, se permitirá al titular del permiso único permanecer en su territorio hasta que las autoridades competentes hayan verificado el cumplimiento de las mismas, aun cuando el período de desempleo autorizado haya expirado.

2.3.3. Derecho a permanecer en el país mientras se renueva el permiso

Un tercer derecho es el de permanecer en el Estado en tanto se renueva el permiso que incluye que, si el permiso único caducase durante el procedimiento para su renovación, los Estados miembros permitan al nacional de un tercer país permanecer en su territorio como si fuese titular de un permiso único, hasta que las autoridades competentes hayan adoptado una decisión sobre la solicitud de renovación.

2.4. Estatuto jurídico de los nacionales de terceros países que trabajan en los Estados miembros

El artículo 12 de la Directiva 2024/1233 consagra, como su predecesor, el derecho a la igualdad de trato de los trabajadores de terceros países ya autorizados a trabajar, que se entiende sin perjuicio del derecho del Estado miembro a retirar o denegar la renovación del permiso único, el permiso de residencia expedido con fines distintos del trabajo o cualquier otra autorización para trabajar en un Estado miembro.

2.4.1. Condiciones de trabajo, derechos colectivos y protección de la Seguridad Social

La igualdad de trato, que se concreta en distintos aspectos, contempla ciertas novedades respecto de la normativa anterior. Así, la igualdad en las condiciones laborales, referidas al salario, despido y seguridad y salud en el trabajo, ha pasado a ser igualdad en condiciones laborales y de empleo, a las que se incorporan otras materias —amén de que "salario" haya pasado a ser "remuneración"— como el horario de trabajo, los permisos y las vacaciones, y la igualdad de trato de hombres y mujeres. También se ha ampliado el elenco de derechos colectivos que, de mencionar únicamente la libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por éstas, menciona en la actualidad, además, el derecho a la huelga y a la acción sindical, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales del Estado miembro, y el derecho a negociar y a concertar convenios colectivos, sin perjuicio, siempre, de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública.

Otros derechos a la igualdad de trato se prevén en los mismos términos que la anterior Directiva, como el relativo a los servicios de asesoría y de información proporcionados por las oficinas de empleo, o a las ramas de la seguridad social, tal como se definen en el Reglamento (CE) 883/2004, que no podrá limitarse a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido durante un período mínimo de seis meses y que estén registrados como desempleados. Se admite, no obstante, que no tengan acceso a las prestaciones familiares cuando hayan sido autorizados a trabajar por un período inferior seis meses, o cuando se trate de una autorización para cursar estudios, o si la autorización para trabajar es en virtud de un visado, lo que puede suceder con situaciones de estancia o trabajadores desplazados o temporeros.

En cualquier caso, en materia de pensiones, la igualdad de trato queda asegurada. Así, los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento (CE) 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.

2.4.2. Derecho a la educación y formación profesional

Los derechos a la educación y formación profesional y al reconocimiento de los títulos, certificados y otras cualificaciones profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables, tampoco presentan variaciones. Se admite que los Estados miembros puedan ceñir el derecho a la educación y formación profesional a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, o excluir a los trabajadores de terceros países que han sido admitidos en su territorio fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación "au pair" de acuerdo con la Directiva (UE) 2016/801, antes Directiva 2004/114; o excluir los créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos y becas, o establecer requisitos previos específicos, como un conocimiento adecuado de la lengua y el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza y la formación postsecundaria, así como a la enseñanza y la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica.

2.4.3. Derecho a los beneficios fiscales y acceso a los bienes y servicios públicos

La igualdad en los beneficios fiscales se condiciona lógicamente y como antes, a que el trabajador tenga su residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate,

pero la actual Directiva introduce la posibilidad de condicionar los beneficios fiscales por miembros de la familia del trabajador a que aquellos se encuentren en el territorio del Estado miembro de que se trate.

Por último, el derecho a la igualdad en el acceso a los bienes y servicios y la obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda pública y privada contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, presenta igualmente variaciones en sus posibles limitaciones pues, aunque, como en la anterior versión, cabe limitar su aplicación a los trabajadores de terceros países que tengan un empleo y restringir el acceso a la vivienda, se incorpora como novedad en este último caso, una salvedad, que se trate del alquiler de una residencia privada, dentro de los limites previstos por el Derecho nacional.

2.4.4. Garantías y protección de la igualdad de trato

A fin de garantizar la efectividad de la igualdad de trato, la Directiva 2024/1233 contempla dos previsiones sin precedentes en la anterior. Por una parte, su artículo 13 relativo al seguimiento, evaluación, inspecciones y sanciones, que señala que los Estados miembros establecerán medidas para prevenir posibles abusos y sancionar infracciones por parte de los empleadores de las disposiciones nacionales sobre la igualdad de trato. Las medidas incluirán el seguimiento, las evaluaciones y, cuando proceda, las inspecciones, especialmente en los sectores donde existe un mayor riesgo de violaciones de los derechos laborales, de conformidad con el Derecho o las prácticas administrativas nacionales.

En particular se indica que los Estados miembros garantizarán que los servicios encargados de la inspección de trabajo u otras autoridades competentes y, cuando el Derecho nacional así lo establezca para los nacionales del Estado miembro, las organizaciones que representan los intereses de los trabajadores tengan acceso al lugar de trabajo. Se añade que, en los supuestos en que el empleador proporcione el alojamiento y cuando así esté previsto por el Derecho nacional para los nacionales del Estado miembro, el acceso al lugar de trabajo incluirá el acceso a dicho alojamiento, siempre que el trabajador del tercer país dé su consentimiento a dicho acceso.

Se incorpora igualmente la exigencia de que los Estados miembros establezcan sanciones a los empleadores que no hayan cumplido sus obligaciones en el marco de la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por otra parte, el artículo 14 de la Directiva 2024/1233, centrado en la facilitación de las denuncias y vías de reparación jurídica, impone a los Estados miembros garantizar la existencia de mecanismos eficaces para que los trabajadores de terceros países puedan presentar denuncias contra sus empleadores de forma directa, a través de una autoridad competente del Estado miembro cuando así lo disponga el Derecho nacional o a través de terceros que, de conformidad con los criterios establecidos en

su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en garantizar el cumplimiento esta Directiva y las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con ella. Estos terceros deberán poder intervenir, en nombre de un trabajador de un tercer país o en apoyo de este, con su consentimiento, en cualquier procedimiento de orden administrativo o civil destinado a hacer cumplir esta Directiva y las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la misma.

Por lo demás, también deberá garantizarse a estos trabajadores el mismo acceso que los nacionales del Estado miembro en el que residan a medidas de protección contra el despido u otro trato desfavorable por parte del empleador como reacción a una denuncia dentro de la empresa, o a cualquier procedimiento jurídico destinado a hacer cumplir esta Directiva y las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con ella.

2.5. Las disposiciones finales de la Directiva 2024/1233, en particular su aplicación y transposición

Como su predecesora, la Directiva 2024/1233 garantiza en su artículo 15 la aplicación del principio de mayor favorabilidad no sólo en lo que respecta al Derecho interno de cada Estado miembro, sino y muy en particular a los acuerdos internacionales de carácter bilateral o multilateral, dada la relevancia de este tipo de acuerdos en la materia que nos ocupa. Por ello, el artículo citado entiende que la Directiva se aplicará sin perjuicio de la aplicación de disposiciones más favorables del Derecho de la Unión, como pueden ser los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Unión, o la Unión y sus Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros países, por otra parte, y los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre uno o más Estados miembros y uno o más terceros Estados.

En lo que se refiere a la información al público, el artículo 16 de la Directiva 2024/1233 amplía el contenido de la información que ha de brindarse respecto del artículo 14 de la anterior Directiva, que se limitaba a exigir a los Estados miembros la puesta a disposición del público en general de información actualizada periódicamente sobre las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países en su territorio con el fin de trabajar. El artículo 16 de la Directiva 2024/1233 exige, no solo que la información sea fácilmente accesible a través de fuentes accesibles en los terceros países, sino que la información debe hacer referencia igualmente, en línea con lo previsto en su artículo 9, a todos los documentos justificativos necesarios para la solicitud de un permiso único y a las condiciones de entrada y residencia, incluidos los derechos, las obligaciones y las garantías procesales, de los nacionales de terceros países y de los miembros de su familia.

Especial subrayado merecen las disposiciones sobre entrada en vigor y transposición, porque la incidencia de la derogación de la Directiva 2011/98/UE introduce el concepto de aplicación de la Directiva 2024/1233 que puede requerir una mayor explicación. Así, la Directiva 2024/1233 entró en vigor a los veinte días de su publica-

ción en el Diario Oficial de la Unión Europea, que fue el 30 de abril de 2024 (artículo 20 de la Directiva 2024/1233). El plazo de transposición para dar cumplimiento a los artículos que contienen modificaciones de la Directiva 2011/98 es, a más tardar, el 21 de mayo de 2026 (artículo 18 de la Directiva 2024/1233). Al día siguiente, el 22 de mayo de 2026, quedará derogada la Directiva 2011/98 (artículo 19 de la Directiva 2024/1233). Por ello, los artículos de la Directiva 2024/1233 que no introducían ninguna modificación de su predecesora resultarán aplicables a partir de dicha fecha (artículo 20 de la Directiva 2024/1233). Se entiende que dicha aplicación tiene sentido únicamente para los casos en los que la Directiva 2011/98 no se haya traspuesto al ordenamiento interno de los Estados miembros.

En esta dirección, el artículo 18 de la Directiva 2024/1233, al tiempo que regula que los Estados miembros incluyan en las normas que la traspongan una referencia a la misma o acompañen dicha referencia en su publicación oficial, de acuerdo con la modalidad y formulación que establezcan, exige también que incluyan una mención que precise que las referencias hechas en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva.

Se contempla asimismo la presentación de informes periódicos de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros, donde propondrá las modificaciones que considere necesarias y el primero de ellos será a más tardar el 21 de mayo de 2029. Se prevé también que los Estados miembros presenten a la Comisión (Eurostat), por primera vez a más tardar el 30 de junio de 2028 y cada año posteriormente, estadísticas sobre el número de nacionales de terceros países que hayan solicitado un permiso único, a los que se es haya concedido y a los que se les haya renovado o retirado durante el año natural transcurrido, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional. La novedad de la actual Directiva reside no sólo, obviamente en las fechas de presentación de los informes y las estadísticas, sino en la exigencia de que dichas estadísticas correspondan a períodos de referencia de un año natural, se desglosen por tipo de decisión, motivo de la decisión, duración de la validez de los permisos, ciudadanía, sexo y edad y, cuando se conozca, por ocupación, y que se comuniquen en un plazo de seis meses a partir del final del período de referencia.

3. INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 2024/1233 EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA

Como se adelantó al principio de este estudio, el dato de que España optara por un permiso único y un procedimiento único desde su primera ley de extranjería implica que ni la Directiva 2024/1233, ni en su tiempo la Directiva 2011/98, exijan cambios en nuestro sistema de autorización de los nacionales de terceros países para trabajar

en España. En paralelo, en la medida en que la Directiva configura el estatuto jurídico de estos como mínimo, la normativa española en términos generales superaría dicho umbral, aunque merece la pena hacer un repaso a la misma para clarificar si, en efecto, se cumplen con los estándares de la Directiva.

3.1. El procedimiento único de solicitud del permiso único

En la LOEX y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (REX) es continua la referencia a la autorización para residir y trabajar, como una única autorización.

El ejemplo más claro es el primer párrafo del artículo 36.1 LOEX, sobre autorización de residencia y trabajo, por el que los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar, ya lo que añade que la autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en determinados supuestos que a los efectos de este trabajo no son relevantes.

Una mirada al Capítulo III (Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena) del Título IV (Residencia temporal) del REX confirma que la autorización genérica para trabajar en España es la del permiso único en el marco de un procedimiento único en el que la autorización inicial la solicita el empleador, pero la renovación el trabajador (artículos 67 y 71 REX, respectivamente), optando así por todas las posibilidades previstas por la Directiva. El procedimiento, a grandes rasgos, viene marcado por los siguientes hitos: solicitud por parte del empleador, que requiere del cumplimiento de unos requisitos relativos tanto a la residencia como al trabajo (artículos 64 y 69 REX), solicitud del visado por parte del trabajador si no reside en España, una vez notificada la concesión de la autorización, y tras su concesión, entrada en España, alta en la Seguridad Social, y solicitud de la tarjeta de residencia (artículos 67 y 70 REX).

Las autoridades competentes en materia de informes, resoluciones y sanciones las determina la DA 1ª REX y la posibilidad de subsanación en caso de documentación incompleta en la solicitud de la autorización se contempla específicamente en el artículo 67. 5 REX, que establece un plazo de diez días, transcurrido el cual se tendrá al solicitante por desistido y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución.

En lo tocante al plazo para resolver, la DA1ª LOEX fija un plazo máximo "para notificar las resoluciones de las solicitudes" de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas, transcurrido el cual habrán de entenderse desestimadas y en los mismos términos se pronuncian el artículo 67. 6, la DA 12ª y la DA 13ª REX. En dicho plazo se incluye, como requiere la Directiva, el examen de la situación nacional

de empleo previsto en el artículo 65 REX. Idéntico plazo se prevé para las renovaciones, con la particularidad de que el silencio será positivo (DA1ª LOEX y artículo 71. 9 REX) y para la modificación de autorizaciones será de un mes (DA 1ª LOEX). No está prevista en nuestra normativa interna la posibilidad de ampliarlo por un período adicional de treinta días, cuando concurran circunstancias excepcionales y debidamente justificadas relacionadas con la complejidad de la solicitud, como plantea el artículo 8. 3 de la Directiva 2024/1233.

Conviene subrayar que el máximo de tres meses en la LOEX y el REX se refiere exclusivamente a la resolución de la autorización porque, si fuera preciso el visado, el nacional del tercer país debe solicitarlo en el término de un mes desde la resolución favorable sobre la autorización y el plazo para resolver es de un mes desde la solicitud (artículo 70. 2 y 5 y DA12ª. 2 REX).

Sin embargo, esta previsión no debe considerarse como un incumplimiento de la Directiva, en la medida que ésta, cuando contempla el plazo de resolución, lo circunscribe a la autorización, pues, como se ha visto, su artículo 4.4 aclara que si el Estado miembro solo expide permisos únicos en su territorio, deberá articular la posibilidad de expedir visados a los nacionales de terceros países para obtener el permiso único, luego la expedición del visado no formaría parte del procedimiento referido a la autorización. La propia normativa interna deja claro que estamos ante dos procedimientos diversos, uno de autorización de residencia y trabajo y otro de visados, regulándolos en distintos preceptos (artículos 67 y 71 REX) y con una disposición adicional específica sobre el procedimiento en materia de visados (DA 10ª REX).

En cuanto exigencia de motivación, la normativa española cumple con la Directiva. El artículo 20 LOEX indica que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo, en lo que aquí interesa, a la motivación de las resoluciones, salvo en materia de visados, pues la denegación del visado sólo debe ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena y de visados de estancia o de tránsito (artículo 27. 6 LOEX). El artículo 67. 6 REX, algo parcamente, exige la motivación de la resolución sobre la autorización de trabajo y residencia, pero es con claridad el artículo 69. 2 REX el que indica que la denegación habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos. Igualmente, la legislación administrativa exige la motivación de las resoluciones y que estas informen sobre los recursos procedentes y su plazo, así como sobre los órganos ante los que deben planearse (artículos 35 y 88.3 de la Ley de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Respecto a las tasas, ciertamente ni los artículos 44 y ss. LOEX ni la DA 18ª REX indican expresamente que el importe no podrá ser desproporcionado ni excesivo, pero la regulación detallada en la LOEX sobre sus condiciones permitiría entender

que su configuración se ampara en el principio de proporcionalidad. Lo que sí incluye el artículo 46. 2 LOEX es la nulidad del pacto por el que el trabajador por cuenta ajena asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas establecidas, en línea con la advertencia de la Directiva por la que, cuando sea el empleador el que abone las tasas, no tendrá derecho a exigir el importe de dichas tasas al nacional de un tercer país, otra cosa es que esta repetición sea controlable.

Algo similar sucede con la exigencia de que la denegación o la resolución sobre la retirada del permiso único se adopte teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso atendiendo al principio de proporcionalidad de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional (artículo 8 de la Directiva 2024/1233). No se contempla expresamente en la normativa española de extranjería, pero la depurada regulación de los requisitos para el reconocimiento en lo que atañe a la concesión y denegación de la autorización, así como la renovación, sobre todo la flexibilidad de las condiciones de esta última, podrían entenderse como el reverso de la proporcionalidad y la atención a las circunstancias específicas del caso.

Junto a las disposiciones anteriores, que suscitan la duda de la necesidad de introducir los criterios señalados en la configuración de la cuantía de las tasas y en la denegación de las autorizaciones, hay dos cuestiones que sí que es necesario incorporar en nuestra normativa. En primer término, la exigencia de que el empleador informe al nacional del tercer país sobre la situación de la solicitud y del resultado de esta en un plazo oportuno de acuerdo con el artículo 5. 3 de la Directiva 2024/1233. En segundo término, la exigencia de facilitar el acceso y proporcionar una información adecuada, si así se solicita, prevista en el artículo 9 de la Directiva 2024/1233. Aunque este artículo parecería más un mandato a los Estados de establecer cauces para acceder a dicha información y estar en condiciones de brindarla cuando se solicite, que propiamente un derecho, el artículo 11 de la Directiva sí que prevé, entre los derechos de los titulares del permiso único, el de ser informados de los derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la misma. Por lo demás, ha de decirse que en la página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en el apartado "migraciones" y en la sección "vivir en España" puede navegarse y acceder a los documentos justificativos necesarios para una solicitud y la normativa, aunque quizá fuera necesaria mayor información sobre los derechos, las obligaciones y las garantías procesales, incluidas las vías de reparación jurídica, o la información sobre las organizaciones de trabajadores[4].

3.2. Derechos de los titulares del permiso único

Algunos de los derechos conferidos por el permiso único previstos en el artículo 11 de la Directiva se regulan como claros derechos, como puede ser el de la libre

4 https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/vivir-en-espana

entrada, acceso y residencia en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, que tiene su trasunto en el artículo 5 LOEX, sobre la libertad de circulación.

Otros no se contemplan como tales, como el relativo a la información de los derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la Directiva, como ya se ha anticipado en el epígrafe anterior. En cuanto al ejercicio de la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único, el sistema español de autorización para trabajar y residir, diseñado en los artículos 63 y ss. REX —autorización inicial de un año, con límites de actividad y geográficos, renovable dos veces por dos años, ya sin limitaciones— habilita con toda claridad a realizar la actividad autorizada. Además, se tipifica como infracción muy grave en virtud del artículo 54. 2 a) LOEX, que el empleador que no dé de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registre el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, en el momento en que el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. Aunque estará exento de esta responsabilidad cuando comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación.

Los nuevos derechos de la Directiva 224/1233 referidos al cambio de empleador, a que el desempleo no sea causa de revocación de la autorización y a residir en el país mientras se renueva la autorización, se deducen de la propia dinámica de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, como se analiza específicamente a continuación.

3.2.1. Cambio de empleador

La posibilidad de cambiar de empleador durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo se articula en diferentes escenarios. Por una parte, cuando, una vez efectuada la entrada en España, el trabajador no es dado de alta en la Seguridad Social (artículo 67. 8 y 9 REX). Si se produce comunicación previa a la Oficina de Extranjería, por parte del propio trabajador o del empleador, de las circunstancias que impiden el alta, cabe la posibilidad de que un segundo empleador presente una solicitud para el trabajador extranjero dentro del plazo de cuarenta y cinco días, si es desistimiento por la imposibilidad justificada del alta, o sesenta, si es fallecimiento o desaparición de la empresa. Este plazo cuenta desde la fecha de entrada del trabajador en territorio español.

Por otra parte, es posible modificar las limitaciones relativas a la ocupación y ámbito geográfico de las autorizaciones iniciales a tenor del artículo 203 REX, lo que con toda probabilidad implica un cambio de empleador. Así, durante la vigencia de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, el órgano competente por razón del

lugar donde se vaya a iniciar la relación laboral podrá modificar su alcance en cuanto a la ocupación, sector de actividad y/o ámbito territorial de limitación, siempre a petición de su titular, pero se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (art. 203 LOEX). La modificación se resolverá y notificará en el plazo de un mes y el silencio administrativo es positivo (DA 1ª LOEX).

Por último, de las condiciones para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículo 71 REX) deriva asimismo la posibilidad de cambiar de empleador porque, en primer lugar, desaparecen límites geográficos, ocupacionales y la condición de respetar la situación nacional de empleo, de acuerdo con los arts. 72 REX y 40. 1 b) LOEX, respectivamente. En segundo lugar, la renovación procede, en lo que aquí interesa, si el extranjero ha trabajado al menos tres meses y acredita acumulativamente que la prestación finalizó por causas ajenas a su voluntad, que en el momento de la solicitud de la renovación tiene un nuevo contrato en vigor, que ha buscado activamente empleo y que consta inscrito en el servicio público de empleo. También procede cuando ha trabajado al menos seis meses en el empleo que dio lugar a la autorización inicial y ha suscrito nuevo contrato acorde con la autorización o dispone de un nuevo contrato condicionado a la renovación.

Ha de concluirse que España cumple con las previsiones de la Directiva, sin que el hecho de que no se contemple específicamente la posibilidad de acceder a otro empleo en los supuestos debidamente justificados de incumplimiento grave por parte del empleador de las condiciones contractuales de la relación laboral, afecte a dicha conclusión al tratarse de una posibilidad abierta a los Estados miembros que puede perfectamente quedar subsumida en algunas de las condiciones para la modificación o renovación.

3.2.2. Desempleo y vigencia del permiso

El derecho a que el desempleo no constituya en sí mismo un motivo para retirar un permiso único, se evidencia en los artículos 38. 6 b) y c) LOEX y 71 REX que contemplan la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando el extranjero tenga reconocida una prestación contributiva por desempleo o sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral. Igualmente, el último de los preceptos citados, tal como se ha indicado antes, prevé la renovación en los supuestos de prestación de servicios, durante la autorización inicial que es de un año, de al menos tres o seis meses cuando concurren además otras condiciones, como la de tener un nuevo empleo.

Lo que no contempla la normativa española, y de los términos de la Directiva no cabe interpretar que se trata de una simple posibilidad, es la ampliación del periodo de desempleo permitido, en tres meses, a las víctimas de condiciones de trabajo especialmente abusivas, tal como se definen en el artículo 2 i) de la Directiva 2009/52/

CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Estado. En el plazo de transposición nuestro país debería acomodar su legislación a la misma.

3.2.3. Derecho a permanecer en el país mientras se renueva el permiso

El derecho de permanencia en el territorio de un Estado en tanto se renueva el permiso está garantizado en la normativa española, en la media en que, si el titular de la autorización cumple con los plazos y solicita la renovación de la autorización desde dos meses antes de su caducidad y hasta tres meses después —con la posibilidad, en este último caso, de ser sancionado por infracción leve según el artículo 52 b) LOEX—, la solicitud prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, en un plazo máximo para resolver de tres meses y con silencio positivo, y una vez renovada sus efectos se retrotraen al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

3.3. Estatuto jurídico de los nacionales de terceros países que trabajan en los Estados miembros

Los derechos integrantes del estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros Estados sobre la base de la igualdad de trato de la Directiva 2024/1233 se contemplan como tales en la normativa española.

3.3.1. Condiciones de trabajo, derechos colectivos y protección la Seguridad Social

La igualdad en las condiciones laborales y de seguridad social deriva de los artículos 10, 12, 14 y 23 LOEX, pero también de los artículos 4. 2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social y de los artículos 3, 9 y 10 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. No obstante, la DA 16 ª REX plantea en materia de cotización una limitación que puede contrastar con la exigencia de igualdad de trato, consistente en que, en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes, no se cotizará por la contingencia de desempleo. Ciertamente se trata de nacionales de terceros países que residen en los Estados miembros al amparo de una autorización de estudios o son trabajadores de temporada, trabajadores estos últimos que no podrán prolongar su residencia al amparo de una prestación por desempleo, por estar obligados a regresar a su país, pero, al margen de que la diferencia de trato puede ser contraproducente, por ser un incentivo para contratar a estos trabajadores frente a extranjeros residentes o ciudadanos europeos, las consecuencias de esta medida en la acción protectora, en caso de que estos extranjeros acaben trabajando en los Estados miembros, puede no superar el test de la justificación de la diferencia de trato.

Junto al derecho anterior, la libertad de asociación, sindical y el derecho a la huelga se reconocen, respectivamente, en los artículos 8 y 11 LOEX, además sin condicionarlo a la situación regular del extranjero.

La normativa española, cumple por tanto con la igualdad de condiciones de trabajo y de seguridad social, salvo en la exclusión de la cotización por desempleo en los supuestos señalados.

3.3.2. Derecho a la educación y formación profesional

Los derechos a la educación y formación profesional y al reconocimiento de los títulos, certificados y otras cualificaciones profesionales, se contemplan en la normativa española de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva.

El artículo 9 LOEX, sobre el derecho a la educación de los extranjeros, no siempre exige la condición de regularidad y así, establece que los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que implica el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. Además, si se alcanza la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, se conservará ese derecho hasta su finalización.

Una vez alcanzada la mayoría de edad, si el extranjero no es residente, tendrá derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, y si, en cambio, es residente tendrá el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. Lo que implica que cuando no se ostente la condición de residente, el derecho se ciñe, en el caso de mayores de dieciocho años, a acceder a la educación obligatoria.

Por su parte, artículo 23. 2 d) LOEX califica como actos de discriminación todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la LOEX, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Finalmente, los artículos 13 y 14 de la Ley 15/2022 desarrollan los derechos a la igualdad de trato y no discriminación en la educación y en la educación no formal, y se centran en aspectos como la atención al alumnado que por razones socioeconómicas, culturales, o por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje o de otra índole, presenten necesidades específicas de apoyo educativo o cuando se desvele que el grupo al que pertenecen sufre porcentajes más elevados de absentismo o abandono escolar.

4. CONCLUSIONES

La normativa española, como se ha visto, no va a requerir grandes reformas para acomodarse a la Directiva 2024/1233.

En el procedimiento de concesión del permiso único, sin perjuicio de los principios de proporcionalidad y adecuación a los que deben sujetarse las tasas de tramitación, y la atención a las circunstancias del caso y a la proporcionalidad a las que debe atender la denegación del permiso único, serían necesarias dos reformas. La primera, incorporar, muy probablemente en el artículo 67.5 o 6 REX, el deber del empleador de informar al nacional del tercer país sobre la situación de la solicitud y del resultado de ésta en un plazo oportuno (artículo 5. 3 de la Directiva 2024/1233). La segunda, prever, como un derecho autónomo en la LOEX o en el marco de la regulación de las autorizaciones para trabajar o de su procedimiento, que se proporcione a los nacionales de terceros países y a sus futuros empleadores información adecuada sobre todos los documentos justificativos necesarios para una solicitud, las tasas aplicables, las condiciones de entrada y residencia, incluidos los derechos, las obligaciones, garantías procesales y vías de reparación jurídica, así como información sobre las organizaciones de trabajadores.

En el campo de los derechos sería necesario, en la línea anterior, que el titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena fuera informado de los derechos asociados a ella y, además, añadir la posibilidad de ampliar en tres meses el periodo de desempleo permitido, sin que sea posible revocar la autorización, a las víctimas de condiciones de trabajo especialmente abusivas, tal como se definen en el artículo 2 i) de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, esto es, y como se ha dicho, aquellas en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutan los trabajadores empleados legalmente, incluidas las que resultan de la discriminación por razón del sexo o de otro tipo, y, por ejemplo, afecten a la salud y la seguridad de los trabajadores y atenten contra la dignidad humana.

En lo que concierne al derecho a la igualdad de condiciones de trabajo y de seguridad social, sigue pendiente evaluar si la DA 16ª REX, por la que en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo, cumple con los estándares de la igualdad de trato.

Pero más allá del significado de la Directiva 2024/1233 en el ordenamiento español, vale la pena hacer un apunte de su significado a escala europea. La Directiva, muy esquemáticamente, agiliza el procedimiento de concesión del permiso único con una reducción de los plazos de resolución, al tiempo que exige una adecuada información a los interesados y la atención a las circunstancias del caso y al principio de proporcionalidad cuando se deniegue el permiso. Flexibiliza la dinámica del permiso único ampliando a los nacionales de terceros países residentes la posibilidad de acceder al mismo, sin que sea necesario residir en un tercer país y admite que durante el mismo

pueda cambiarse de empleador, que no afecte en su vigencia determinados períodos de desempleo y que durante su renovación el nacional del tercer país permanezca en el Estado miembro. Pero, junto a ello, completa el estatuto de los trabajadores de terceros países, basado en la igualdad de trato con los ciudadanos europeos, con el mandato a los Estados de introducir vías para inspeccionar y sancionar los incumplimientos de los empleadores y garantizar la defensa de los derechos de los trabajadores de terceros países siempre bajo el paraguas de la igualdad.

Las anteriores mejoras suponen, de un lado, que cada vez más nacionales de terceros países puedan ser titulares del permiso único y por tanto que, por medio de esta cuestión procedimental, se produzca una unificación del tratamiento de la inmigración laboral en el seno de la UE, que lleva aparejada derechos nada desdeñables. De otro, que el estatuto mínimo de los trabajadores de terceros países se fortalezca con una igualdad en condiciones laborales más completa y la inserción de las diversas vías de garantía y defensa de los derechos que lo integran.

La Directiva analizada es, así, una clara exponente de la visión más integral y social de la cuestión migratoria, pero no forma parte del Pacto de Migración y Asilo de la UE de mayo de 2024, centrado de nuevo en el control de la inmigración irregular y en el asilo. Se ha indicado ya que su inicial objeto era el estatuto jurídico de los trabajadores de terceros países, pero que fue necesario un cambio de enfoque, para lograr su adopción, que implicó la introducción de cuestiones de índole procedimental relacionadas con un permiso único, más propias, en principio, de una mirada del fenómeno migratorio desde el punto de vista de la gestión de flujos, pero que han supuesto un incremento de derechos de sus titulares.

Un cambio de enfoque. La paradoja es que la Directiva que precisó un cambio de enfoque para ver la luz, pueda suponer un cambio de enfoque en la cuestión migratoria en el marco del Pacto de Migración y Asilo de 2024. Puede que sea imperceptible, pero tiene las señas de identidad de las cuestiones que van abriéndose paso en la UE por la fuerza de los hechos y quizá más calladamente[5].

La Directiva 2024/1233 testimonia, así, no sólo la progresiva laboralización del Derecho de la UE, sino la también progresiva vinculación entre inmigración y derechos laborales y confirma, como ha pasado con las cuestiones sociales, la ineludible perspectiva integral y social de la inmigración, de la que se han hecho eco tantos y tantos documentos de la Comisión a o lo largo de los años[6]. Perspectiva que permite corregir los desequilibrios del mercado, tanto desde el punto de vista del eventual "dumping social" que puede generar la diversidad de normas sobre el trabajo de los

5 Véanse las modificaciones normativas previstas en materia de inmigración laboral en Rodríguez Copé, M.L., (2023) "Políticas migratorias y de asilo en la Unión Europea", Temas Laborales núm. 168/2023, págs. 208 y ss

6 Martín Puebla, E., op. cit.; Rodríguez Copé, M.L., op. cit., págs. 189 y ss; Camas Roda, F., (2024) "Una mirada a las reformas normativas en migración y asilo de la Unión Europea, con específica atención a las relativas a situaciones de crisis y fuerza mayor", La Ley Unión Europea, núm. 125.

nacionales de terceros países de los Estados miembros, como por la necesidad ya acreditada de trabajadores de dichos países para cubrir puestos que de otra forma no se cubren y para hacer frente al envejecimiento de la población europea[7].

El Pacto de Migración y Asilo mencionado, que no está no exento de dificultades derivadas de las reservas de los Estados miembros[8], confirma que sigue quedando camino para esa visión integral y que, en el baile con coreografías cíclicas mencionado al principio, la actual vuelve a seguir el ritmo del control de fronteras, la lucha contra la inmigración ilegal y limitación del derecho de asilo y a la protección internacional, con el matiz de la necesaria colaboración con los países de tránsito.

Pero, insisto, la Directiva 2024/1233 que, en sus orígenes, para ver la luz, tuvo que apostar por un cambio de enfoque, esta Directiva del cambio de enfoque, lo que recuerda es la necesidad de una focal adecuada para abordar el tema migratorio en la UE. Hay un objetivo para las cámaras fotográficas, el gran angular, que capta amplia y detalladamente un paisaje. Si al gran angular se le da la vuelta y se coloca invertido en la cámara, hará las funciones de un macro y mostrará flores, insectos, gotas de ese paisaje, que ocuparán todo el encuadre, pero el paisaje apenas y estará borroso. La inmigración en la UE necesita un gran angular puesto en la posición correcta. Un objetivo de este tipo posibilita observar el trayecto hecho desde Maastrich y todo lo ya construido, que es mucho, aunque no sea suficiente, y por eso mismo, permite auspiciar que, se tarde lo que se tarde, se acabará imponiendo un tratamiento global de la inmigración, como se llegó a la Europa social, siempre en construcción, porque la Unión Europea necesita y necesitará inmigrantes. Mientras, habrá que seguir bailando al son de las reservas de los Estados, el control de fronteras, la lucha contra la inmigración ilegal, la tensión entre garantía y limitación del derecho de asilo, la cooperación con los países de origen y de tránsito y la necesidad de inmigrantes, pero siempre con el ojo puesto en esa cámara, con el gran angular en la posición correcta, que tome una foto integral de la cuestión migratoria.

4.1. Derecho a los beneficios fiscales y acceso a los bienes y servicios públicos

El derecho a los beneficios fiscales como tal, no está incluido en la LOEX, que señala en su artículo 15 que los extranjeros estarán sujetos, con carácter general, a los mismos impuestos que los españoles, sin perjuicio de lo dispuesto en los acuerdos aplicables sobre doble imposición internacional. Pero este derecho, como el acceso a los bienes y servicios públicos, podría quedar salvaguardado con el artículo 23. 2 b) LOEX que califica como actos discriminatorios, todos los que impongan condicio-

7 Rodríguez Copé, M.L., op. cit., págs. 206 y ss; Camas Roda, F., op. cit., pág. 2; González Enríquez, C., "El pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones", ARI 50/2024, Real Instituto El Cano, pág. 2.

8 González Enríquez, C., op. cit, págs. 4 y ss.

nes más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. También los artículos 3, 15, 16 y 17 de la Ley 15/2022 contemplan, desde una perspectiva más amplia, la prohibición de discriminación en la atención sanitaria, la prestación de servicios sociales y en la oferta al público de bienes y servicios.

Respecto al derecho a la igualdad de trato en los procedimientos de acceso a la vivienda pública y privada previstos en el Derecho nacional, el artículo 13 LOEX reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes, aunque los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles. El artículo 23. 2 d) LOEX califica, por su parte, como actos de discriminación todos los que impongan ilegítimamente a los extranjeros condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso a la vivienda, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. En parecido sentido, el artículo 20. 2 a) de la Ley 15/2022 prohíbe rehusar una oferta de compra o arrendamiento, o rehusar el inicio de las negociaciones o de cualquier otra manera de impedir o denegar la compra o arrendamiento de una vivienda, por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en dicha ley, cuando se hubiere realizado una oferta pública de venta o arrendamiento.

En consecuencia, el derecho a la igualdad de trato en los beneficios fiscales y acceso a los bienes y servicios públicos en los términos de la Directiva se encontraría salvaguardado en la normativa española.

4.2. Garantías y protección de la igualdad de trato

Nuestra legislación contempla diversas medidas dirigidas prevenir posibles abusos y sancionar infracciones por parte de los empleadores de las disposiciones nacionales sobre la igualdad de trato, tal como indica el artículo 13 de la Directiva 2024/1233. En el marco sancionador, el artículo 54.1 c) LOEX califica de muy grave, con sanción de 10.001 a 100.000 euros, la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 LOEX, siempre que el hecho no constituya delito; delito tipificado específicamente en el artículo 314 del Código Penal y según el cual serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de, entre otros, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

El artículo 2 bis. LOEX se detiene en las medidas de orden político y señala que todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a, entre otros, los siguientes principios: la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley; la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas y la igualdad de trato en las condiciones laborales y de seguridad social.

A medio camino entre las medidas de orden político y los servicios de inspección, el artículo 9. 4 de la Ley 15/2022 señala que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa aplicable, deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Para ello, incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

Las garantías y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países que trabajan en España, abarcan desde las referidas a la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social a las relativas a los procedimientos administrativos y el acceso a los tribunales. Así, entre las primeras, el artículo 9. 1 f) del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, contempla la denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social como vía de inicio de la actuación inspectora y aunque dicho artículo indica que no caben las denuncias anónimas, sí que está prevista en la web de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social un buzón donde informar de modo anónimo sobre irregularidades laborales[9].

En lo que respecta a la defensa de sus derechos ante los tribunales, el artículo 20 LOEX confiere específicamente a los nacionales de terceros países el derecho a la tutela judicial efectiva, y prevé la intervención como interesadas en los procedimientos administrativos en materia de extranjería de las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos y, entre otros, las asociaciones o sindicatos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, en los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería. En la misma dirección, el artículo 9. 3 del RD 928/1998 señala que, en el supuesto de que la denuncia ante la Inspección de Trabajo diera lugar al inicio de un procedimiento sancionador, se reconoce expresamente la condición de interesados en el procedi-

9 https://www.mites.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/COLABORA_CON_ITSS.html

miento a los representantes de las organizaciones sindicales o representantes de los trabajadores, en su condición de titulares de los intereses legítimos que derivan de su representación. Igualmente, el artículo 29 de la Ley 15/2022 indica que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos que cumplan las condiciones especificadas en el propio precepto referidas a su constitución y estatutos, estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa.

Por su parte, el artículo 22 LOEX contempla el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que se hallen en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles y el artículo 2 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, reconoce este derecho a los trabajadores, en el orden social de la jurisdicción, y a los beneficiarios de la Seguridad Social en el orden social y contencioso-administrativo.

Por lo demás, de cuanto antecede se deduce que los nacionales de terceros países tienen derecho a la protección derivada de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, en particular los procedimientos especiales de despido y protección de derechos fundamentales, en igualdad de condiciones con los españoles.

El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público

Elena Desdentado Daroca
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia

The end of the "indefinite-non permanente employee and the search for a new formula that avoids the abuse of fixed-term work as well as the unfair capture of public employment

Sumario:

1. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. 2. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO. 2.1. Conflicto normativo y solución jurisprudencial: el indefinido no fijo como fórmula de equilibrio. 2.2. La accidentada evolución de la doctrina del indefinido no fijo: de la condición resolutoria al término, pasando por el "tertius genus" y la desvinculación de la plaza. ¿Se ha ido desnaturalizando la doctrina original? 2.3. La aceptación de la doctrina del indefinido no fijo por el Tribunal Constitucional y, al menos al principio, aunque con más ambigüedades, por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. EL PROBLEMA DE LAS INTERINIDADES DE LARGA DURACIÓN. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE EL VACÍO LEGAL. 4. LA EXIGUA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA LEY 20/2021: UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA, PERO QUIZÁS UNA VÍA PARA SALIR DEL LABERINTO. 4.1. La vía abierta por la disposición adicional 17ª del EBEP: la nulidad del contrato, con indemnización de 20 días y posible reclamación adicional por daños ante la Administración. 4.2. Y, de nuevo, los procesos de estabilización. Una medida que no frena el abuso a largo plazo y que, además, tiene un alto coste para el modelo constitucional de empleo público. 5. EL IMPACTO DE LAS SSTJUE 22.2.2024 Y 13.6.2024: CRISIS DEL INDEFINIDO NO FIJO Y DEL SISTEMA DE GARANTÍAS ESPAÑOL. 5.1. El indefinido no fijo "de larga duración". El cazador cazado. 5.2. La STJUE de 22.2.2024: el principio del fin. 5.3. Los efectos de la

STJUE de 13.6.2024 en el empleo público temporal administrativo y laboral. 6. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE.

Resumen: El abuso de la temporalidad en el empleo público, tanto laboral como administrativo, ha alcanzado niveles preocupantes en España. La cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar estos abusos. Pero esta cláusula resulta excesivamente imprecisa. Por otra parte, en el sector público no es fácil formular estas medidas, pues hay dos intereses en conflicto: la estabilidad del empleo y el modelo constitucional de empleo público. En el orden social, la jurisprudencia ha construido la doctrina del indefinido no fijo, que pretende una solución de equilibrio entre ambos intereses. Pero esta doctrina ha fracasado porque la Administración, en muchas ocasiones, no procede en un tiempo razonable a proveer la plaza. De esta forma, el indefinido no fijo más que resolver el problema lo enquista. En el trabajo se estudia el origen, la evolución y la crisis de esta doctrina del indefinido no fijo en el marco de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para, finalmente, ofrecer algunas propuestas para el debate.

Palabras clave: temporalidad, abuso, indefinido no fijo, fijeza, empleo público, Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada.

Abstract: The abuse of fixed-term work in public offices, both for contracted and administrative workers, has reached a point of great concern in Spain. The 5th clause of the Framework Agreement on Fixed-Term Work forces the state to adopt any measures necessary to prevent and sanction such abuse. Yet this clause is greatly imprecise. On the other hand, it is not easy to formulate the necessary measures with public employment in mind, since there are two conflicting interests to consider: job stability and the constitutional model for public employment. In the field of labour law, judicial rulings have established the doctrine of the "indefinite non-permanent employee", trying to offer a solution that balances these two interests. But this doctrine has failed because oftentimes the Administration does not go on to offer the right position in a reasonable period of time. Thus, instead of fixing the problem, the figure of the "indefinite non-permanent employee" perpetrates it. This paper studies the origin, evolution and crisis of this doctrine of "indefinite non-permanence", within the framework of the latest rulings from the Court of Justice of the European Union. From this analysis, we will put forth some proposals for the current debate.

Keywords: fixed-term work, public employment, abuse, indefinite non-permanent employee, Framework Agreement on Fixed-Term Work, permanente contract.

1. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

El empleo público en España, y en especial el empleo público laboral, se encuentra en una situación crítica, debido principalmente al abuso de la temporalidad. Es algo conocido por todos. Y no es un problema nuevo.

Tradicionalmente, el sector público ha tenido unas tasas de temporalidad muy altas, solo ligeramente inferiores a las del sector privado, lo que resulta injustificado, teniendo en cuenta que en el sector público la incidencia de actividades temporales típicas es mucho menor a la del sector privado. En el último lustro, este desajuste no solo no se ha corregido, sino que se ha intensificado. Ya en el tercer trimestre de 2019, según el INE, la temporalidad en el sector público superó a la del sector privado, con un 27,8% frente a un 25,16%. En 2020, la temporalidad en el sector público subió aún más hasta situarse en 29,9%, para llegar al 31% en el último trimestre de 2021. De acuerdo con los últimos datos publicados por el INE, en el primer trimestre de 2024 la tasa de temporalidad en el sector privado ha bajado de forma significativa, mientras que en el sector público solo lo ha hecho ligeramente, siendo del 12,3% y del 29,5%, respectivamente.

La alta tasa de temporalidad en el sector público responde principalmente a razones presupuestarias y organizativas. Durante años, como es sabido, las leyes de presupuestos han establecido tasas de reposición de efectivos, limitando las plazas que podían incluirse en las ofertas de empleo público de las distintas Administraciones. En épocas de crisis, estas limitaciones han sido especialmente intensas. Ahora bien, estas mismas leyes admitían la contratación de personal temporal en caso de "necesidades urgentes", lo que permitió cubrir las plazas vacantes que no podían ser ofertadas. De esta forma, la contratación temporal se convirtió en una vía recurrente para superar los límites impuestos por las leyes presupuestarias, además de tener el atractivo de ser más fácil, rápida y flexible. El problema es que esa temporalidad se terminaba perpetuando, porque, en realidad, ninguna de las partes afectadas tenía especial interés en convocar la plaza. La doctrina administrativista explica que este es el origen de una de las formas más habituales de captura de empleo público[1]: los empleados, que llevan un período prolongado de tiempo con un vínculo temporal, presionan para que se regularice su situación y, al final, la presión obtiene sus frutos, bien mediante el reconocimiento de la fijeza, bien a través de procedimientos de selección más o menos *ad hoc*.

Las reclamaciones de estos colectivos tienen, sin duda, un fundamento real: las Administraciones han abusado de la contratación temporal infringiendo los límites legales establecidos, que hoy, además, responden a exigencias del Derecho de la Unión Europea plasmadas en el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, que adopta la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en adelante, Acuerdo Marco).

Este acuerdo tiene entre sus objetivos "establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada". Su cláusula 5ª señala que "a efectos de prevenir los abusos

1 M. SÁNCHEZ MORÓN, "Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales", *Autonomies: revista catalana de dret públic,* nº 24, 1999.

como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada", los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales" introducirán, "cuando no existan medidas legales equivalentes", una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

En su apartado segundo, la cláusula 5ª exige, además, a los Estados miembros que determinen en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán "sucesivos", b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

El problema de esta cláusula es que resulta excesivamente imprecisa: no se concreta qué se entiende por abusos, ni qué medidas legales se consideran "equivalentes". El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado algunos criterios interpretativos, aunque lo cierto es que su doctrina no siempre ha aportado la claridad necesaria. Nos limitaremos ahora a resumir brevemente las líneas generales de esta doctrina.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha aclarado que el Acuerdo Marco es aplicable a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público[2].

A la hora de determinar si existe o no abuso de la temporalidad, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el término "utilización sucesiva" o "relaciones sucesivas" no debe interpretarse de forma restrictiva, incluyendo solo lo supuestos en que se suceden varios contratos, sino que también deben considerarse incluidos los casos en los que hay una relación constante o continuada, aunque derive de un mismo contrato[3]. Partiendo de esta premisa, corresponde a los tribunales nacionales valorar las circunstancias concurrentes para determinar si existe o no abuso. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha precisado que la larga duración de la relación o la reiteración de contratos temporales no son, en sí mismos, constitutivos de abuso, pues pueden responder a necesidades realmente temporales, pero sí constituyen indicios de una actividad abusiva por parte del empleador, que habrá que tomar en consideración valorando el resto de las circunstancias concurrentes.

Respecto a la prevención del abuso y sus consecuencias, el Tribunal de Justicia reconoce que el Acuerdo Marco no establece sanciones específicas para los casos de abuso que deban ser aplicadas por los Estados. Pero el efecto útil de la Directiva les obliga a introducir algún tipo de medida eficaz en su legislación y a aplicarla

2 STJUE 4.7.2006, asunto Adeneler (C-212/04).
3 SSTJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).

debidamente[4]. Estas medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias[5]; además, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)[6].

En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que una normativa nacional que, en los casos de abuso, impone la conversión del contrato indefinido cuando el empresario es privado, pero no admite tal consecuencia cuando el empresario es público, no se opone, en principio, a la Directiva[7]. Ahora bien, en estos casos el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en relación con el sector público, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada[8].

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional. Esta cláusula no exime al juez o tribunal nacional de aplicar una noma de Derecho interno que le sea contraria. No obstante, hay que tener en cuenta que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288.3 TFUE. Este principio de interpretación conforme, sin embargo, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional[9].

2. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

2.1. Conflicto normativo y solución jurisprudencial: el indefinido no fijo como fórmula de equilibrio

Para evitar el abuso de la contratación temporal, el legislador laboral establece una serie de medidas: causas tasadas de temporalidad, duraciones máximas de los contratos, límites a su encadenamiento y, con carácter general, indemnización por cese. Pero,

4 SSTJUE 4.7.2006, C-212/04 (Adelener) y 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).
5 STJUE 25.10.2018, C-331/17 (Sciotto), apartado 64 y sentencias ahí citadas.
6 STJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro) y sentencias citadas.
7 SSTJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro); 7.9.2006, C 53/04 (Marrosu y Sardino).
8 STJUE 7.9.2006, C-53/04 (Marrosu y Sardino), apartado 49.
9 STJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y sentencias citadas.

sin duda, la medida más importante contra los abusos es aquella en virtud de la cual los contratos temporales en fraude de ley determinan su conversión en indefinidos.

En el empleo público laboral, sin embargo, surge un grave problema a la hora de aplicar este régimen: la medida antiabuso más importante, la conversión del contrato en indefinido, plantea un conflicto entre la norma laboral que la dispone (el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores) y las normas constitucionales y administrativas sobre el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tras ciertas oscilaciones[10], la jurisprudencia del orden social terminó resolviendo este conflicto normativo con la figura del indefinido no fijo: el trabajador se califica como "indefinido", pero no adquiere la "fijeza", aunque tiene derecho a mantener la relación laboral hasta que se cubra la plaza por los procedimientos reglamentarios. Esta doctrina surge con la STS 7.10.1996[11], aunque su alcance se precisa después por la STS en Pleno 20.1.1998[12]. En esta última sentencia, se explica que el conflicto normativo que se produce en esta materia debe ser objeto "de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios". El ordenamiento laboral "parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada"; mientras que "el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales". De esta forma, dice el Tribunal Supremo, "mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral". Ante la existencia de una concurrencia conflictiva, concluye, "debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan".

10 Sobre la jurisprudencia, anterior, vid M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada,* Bomarzo, Albacete, 2021; T. SALA FRANCO, "Acerca de la extinción de la relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Trabajo y Derecho,* nº 42, 2018.

11 R. 307/1995. Ponente, Antonio Martín Valverde.

12 R. 317/1997. Ponente, Aurelio Desdentado Bonete.

Hay que aclarar que no se trata de un contrato que puedan suscribir las Administraciones Públicas con el trabajador, lo que abriría la puerta a todo tipo de abusos. Se trata, simplemente, de un efecto de la contratación abusiva: el trabajador mantiene el vínculo laboral, pero este finalizará válidamente cuando el puesto se cubra de acuerdo con el procedimiento reglamentario o se amortice.

2.2. La accidentada evolución de la doctrina del indefinido no fijo: de la condición resolutoria al término, pasando por el "tertius genus" y la desvinculación de la plaza. ¿Se ha ido desnaturalizando la doctrina original?

La doctrina del indefinido no fijo se ha mantenido, aunque ha ido evolucionando con los años, a veces de forma contradictoria.

En un principio, se calificó como relación sometida a condición resolutoria, lo que llevó a entender que el cese por cobertura o amortización de la plaza se podía acordar directamente y sin indemnización[13].

Este primer criterio fue corregido a partir de la STS4ª 24.6.2014[14], dictada en el caso Universidad Politécnica de Madrid, que califica la relación del indefinido no fijo como relación temporal sometida a término. El nuevo criterio coincidía con el mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[15] y ofrecía una solución más razonable: en caso de cese por cobertura de la plaza, la extinción se produce por cumplimiento del término con derecho a la indemnización propia de los contratos temporales; para la extinción sobrevenida por amortización de la plaza debe aplicarse el régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

La doctrina del indefinido no fijo, así depurada, parecía clara. Pero en los años siguientes se han introducido algunos cambios que han supuesto importantes fisuras en la doctrina original.

La primera ruptura se produce con la STS 28.3.2017[16], dictada en el caso CSIC, en la que se defiende que, en los supuestos de cese por cobertura de la plaza, el indefinido no fijo debe tener derecho a una indemnización superior a la prevista, con carácter general, para los contratos temporales. Y eso es así, para la sentencia, porque, en realidad, el indefinido no fijo no es un trabajador temporal sino un "tertius genus", que se encuentra entre el fijo y el temporal. Esta afirmación se fundamenta en los arts. 8 y 11 del EBEP, pues la sentencia entiende que con el término "indefinidos" estos preceptos se están refiriendo al indefinido no fijo como un tipo de personal distinto

13 STS 22.7.2013, r. 1380/2012.
14 R. 217/2013.
15 ATJUE 14.11.2014, C-86/14 (caso Ayuntamiento de Huétor Vega) y STJUE 25.7.2018, C. 96/17 (caso Vernaza Ayovi).
16 R. 1664/2015.

al temporal y al fijo. Esta afirmación no puede, sin embargo, admitirse porque, como el propio Tribunal Supremo había aclarado en su sentencia 22.7.2013[17], la mención legal al "indefinido" se hace exclusivamente en referencia a los profesores de religión, y, además, el indefinido no fijo es una patología, no una modalidad contractual legal. No obstante, partiendo de esa premisa, la sentencia descarta, en el supuesto de cese por cobertura de la plaza, la indemnización prevista en el art. 49.1.c) del ET y aplica, por analogía, la indemnización propia del despido objetivo. En definitiva, se quiere excluir la indemnización de 12 días para aplicar la de 20 días, porque, como apunta la sentencia, "no debemos olvidar que el origen de la figura del indefinido no fijo es precisamente un uso abusivo de la contratación temporal", por lo que "resulta necesario reforzar la indemnización" y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales lícitos. Este último razonamiento tiene mayor interés, especialmente al hilo de las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que insisten en la necesidad de adoptar medidas que eviten los abusos en la contratación temporal y reparen de forma efectiva sus consecuencias. Volveremos después sobre ello.

Esta nueva construcción, que distingue entre trabajador temporal e indefinido no fijo, se lleva a sus últimas consecuencias con la sentencia 2.4.2018 del caso Amaya[18], en un supuesto que ya no trata de la extinción de la relación sino del derecho a participar en un concurso de promoción interna. De acuerdo con esta sentencia, el indefinido no fijo solo se diferencia del personal fijo en que la pervivencia de su contrato está condicionada a la cobertura de la plaza; en todo lo demás debe ser tratado de forma igual. Y, en este sentido, se afirma que "a diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto". En estos casos, el indefinido no fijo debe poder concurrir a procesos de promoción profesional que impliquen cambio de puesto, aunque dicho cambio "no lo convertirá en fijo". En el caso planteado, el convenio colectivo no limitaba expresamente al personal fijo el derecho a participar en el concurso, por lo que el Tribunal Supremo entendió que una interpretación del convenio conforme al art. 14 de la Constitución exigía reconocer ese derecho a los indefinidos no fijos que no estuvieran formalmente vinculados a una plaza, aunque "conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho".

Es esta última sentencia, sin duda, la que ha producido la mayor ruptura con la doctrina fundacional del indefinido no fijo. De acuerdo con esa doctrina, el indefinido no fijo debe estar vinculado a la plaza[19], que ha de cubrirse conforme al procedimien-

17 STS 2.4.2018, r. 1380/2012.

18 R. 27/2017.

19 Es posible que el trabajador no cubra formalmente una plaza, pero materialmente sí lo hace. La sentencia que declara al trabajador como indefinido no fijo obliga a la Administración a crear esa plaza o a amortizar directamente el puesto (A. DESDENTADO BONETE, "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?", *Información Laboral*, nº 10, 2018).

to reglamentario, momento en que la relación del indefinido no fijo se extinguirá. En eso consiste precisamente su esencia: el indefinido no fijo se mantiene en el puesto, pero solo hasta que la Administración cubra o amortice la plaza que ocupa; si la plaza se cubre por un tercero o se amortiza, la Administración deberá proceder al cese del indefinido no fijo (nótese que el cese no es una opción para la Administración, sino una consecuencia obligada). Es precisamente la vinculación a la plaza el elemento que garantiza que el indefinido no fijo no acceda definitivamente a un empleo público sin superar un proceso selectivo conforme a los principios constitucionales.

El criterio de la sentencia Amaya abre una grave fisura en la doctrina del indefinido no fijo, que, como vimos, tiene como objetivo proteger el modelo constitucional de empleo público. No obstante, parece que la Sala IV del Tribunal Supremo ha matizado ese criterio en las STS 29.3.2022 y 17.4.2024[20], donde se acepta que el convenio colectivo puede excluir a los indefinidos no fijos del derecho a participar en concursos de promoción interna. Estas sentencias, sin embargo, no rompen expresamente con la doctrina Amaya, pues consideran que las circunstancias concurrentes son diferentes: 1º) en primer lugar, porque en la sentencia Amaya el convenio colectivo no limitaba expresamente la participación en los concursos de promoción al personal fijo, mientras que sí lo hacen los convenios aplicables en los supuestos en ellas planteados; 2º) en segundo lugar, porque, además, en la sentencia Amaya el ámbito de aplicación del concurso era una agencia pública, mientas que en estas sentencias se extiende a toda la administración autonómica. A estos argumentos, poco concluyentes, se añaden dos que sí resultan decisivos y que, a mi juicio, implican, aunque no se reconozca, la ruptura con la doctrina Amaya: 1º) se afirma que "una cosa es la promoción profesional, que es un derecho concedido legalmente (art. 4.2b ET), que ancla sus raíces en la propia constitución (artículo 35) y que se predica de todos los trabajadores, lo que incluye a fijos, indefinidos no fijos y temporales; y otra muy distinta el derecho a participar en un concurso de traslados de puestos de trabajo"; 2) por otra parte, se considera que el convenio colectivo, al limitar el concurso al personal fijo, no vulnera el principio de igualdad, pues los trabajadores fijos y los indefinidos no fijos "no son situaciones equiparables", ya que estos últimos, a diferencia de aquellos, están prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad, capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los arts. 23.2 y 103.3 CE.

Matizado, sino anulado expresamente, el criterio de la sentencia Amaya, la doctrina del indefinido no fijo parece volver a sus orígenes en lo sustancial, por lo que podemos concluir que no se ha desnaturalizado, a pesar de ciertos cambios importantes. El indefinido no fijo es un trabajador temporal, con un contrato a término, aunque, por su origen "patológico", se aplica, en caso de cese por cobertura de la plaza[21], una

20 Recursos 109/2020 y 853/2021, respectivamente.

21 Para que se produzca el cese por cobertura de la vacante que ocupa el indefinido no fijo, eso sí, es necesario que la convocatoria haya identificado correctamente la plaza. Vid. STS 2.2.22017, r. 53/2015.

indemnización superior a la prevista con carácter general para los contratos temporales, que, por analogía, es la establecida para el despido objetivo (20 días/tope 12 meses)[22]. Si el cese se produce por amortización de la plaza, procede la aplicación completa del régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

La doctrina del indefinido no fijo se aplica también a las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del EBEP[23]. Además, el Tribunal Supremo ha aclarado que la superación de un proceso de selección en el empleo público temporal no es suficiente para poder aplicar la norma laboral de la conversión en personal fijo[24]. La conversión solo se ha admitido en casos muy excepcionales, en los que el trabajador había superado pruebas selectivas para la contratación como personal fijo[25].

2.3. La aceptación de la doctrina del indefinido no fijo por el Tribunal Constitucional y, al menos al principio, aunque con más ambigüedades, por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La doctrina del indefinido no fijo fue respaldada por el propio Tribunal Constitucional en su auto 124/2009, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4434/2008, presentada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid. El Juzgado argumentaba que esa doctrina permite "la declaración de laboralidad y del carácter indefinido (sin fijeza en plantilla) de la relación contractual, pese a que los demandantes no fueron objeto de selección a través de los procedimientos reglados que garantizan los principios constitucionales consagrados en los arts. 14, 23.2 y 103 CE". El juez consideraba que, frente a ello, "lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 LET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios".

En su respuesta, el Tribunal Constitucional parece considerar admisible cualquiera de las dos fórmulas: el indefinido no fijo o la nulidad del contrato. Así, comienza admitiendo que las irregularidades en la contratación deben tener "un alcance distinto en el sector privado y en el sector público", pues "la contratación de personal laboral

22 Se acepta también la posibilidad del "indefinido no fijo discontinuo" (SSTS 2.7.2021, r. 73/2020 y 27.10.2021, r. 3658/2018, entre otras). Un supuesto especial es aquel en el que el indefinido no fijo ocupa una plaza funcionarial, que se termina cubriendo con un funcionario. En tal caso, el cese "por cobertura de la plaza" no equivale al cumplimiento del término. Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET. Vid SSTS 7.7.2015 (r. 2598/2014), 9.6.2016 (r. 25/2015), 13.12.2016 (r. 2059/2015) y 16.7.2010 (r. 361/2018).

23 La STS del Pleno 18.6.2020, r. 1911/2018 (caso AENA), con voto particular, fijó esta doctrina, que fue consolidada por numerosas sentencias posteriores (SSTS 2.7.2021, r. 1906/2018 y 6.7.2021, r. 2746/2019, entre otras).

24 La SSTS 24.11.2021 (r. 4280/2020) y 25.11.2021 (r. 3951/2019).

25 STS 16/11/2021, r. 3245/2019.

para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares". Esto es así porque "tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales". Y, en este sentido, se precisa que "los abusos y fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley"; pero, en el sector público "existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad". Por esa razón, concluye el Tribunal, "los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad".

Dicho esto, el Tribunal Constitucional considera que la doctrina del indefinido no fijo trata, precisamente, de evitar esos efectos. También podrían evitarse con otras fórmulas, como la que propone el Juzgado de lo Social, pero afirma que "la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no el óptimo constitucional en su aseguramiento"[26]. Lo importante, para el Tribunal Constitucional, es que, en todo caso, esa doctrina "impide que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución". Reténgase esto último, sobre lo que después volveremos.

La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido más ambigua. En un principio, entendió que la doctrina del indefinido era una "sanción ineficaz" contra la contratación temporal abusiva. Lo hizo en la sentencia de 11 de diciembre de 2014, en el caso Ayuntamiento Huétor Vega[27], pero hay que tener en cuenta que en esta sentencia lo que se cuestionaba era el hecho de que, de acuerdo con la primera

26 Se cita, en este punto, las SSTC 45/2004, **47/2005**, 11/2006 y 404/2006. Sobre esta cuestión, la sentencia añade que "incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores, pues una cosa es la necesidad de respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o la de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre)".

27 C-86/14.

versión de esa doctrina, el trabajador no tuviera derecho a una indemnización en caso de amortización de la plaza. Ese criterio, sin embargo, se había corregido meses antes por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2014. No era, pues, un pronunciamiento definitivo.

De hecho, posteriormente, ya con la doctrina del indefinido no fijo corregida, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pareció aceptar su adecuación a las exigencias del Acuerdo Marco, aunque hay que advertir que las afirmaciones, como muchas de las que hace este tribunal, no son en absoluto concluyentes. Así, en el apartado 53 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López[28], se señala que "en la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco", idea que se reitera en el apartado 73 de la STJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto IMIDRA[29].

En todo caso, veremos después que, a la vista de los abusos que, a su vez, se han producido en la figura del indefinido no fijo, la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a esta doctrina jurisprudencial puede haber cambiado (STJUE de 22 de febrero 2024)[30].

3. EL PROBLEMA DE LAS INTERINIDADES DE LARGA DURACIÓN. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE EL VACÍO LEGAL

Los contratos de interinidad en el ámbito laboral (hoy llamados contratos de sustitución) tienen dos características especiales que han generado problemas específicos.

La primera circunstancia especial que hay que destacar es que, en caso de cese del contrato por cumplimiento del término (regreso del trabajador sustituido o cobertura de la vacante), el interino, conforme a lo dispuesto en el art. 49.1.c) del ET, no tiene derecho a indemnización. Se trata de una opción legislativa cuestionable, aunque se ha mantenido tras la última reforma laboral[31]. En todo caso, esa opción

28 C-184/15 y C-197/15
29 C-726/19
30 Asuntos acumulados C59/22, C110/22 y C159/22.
31 A mi juicio, no es razonable equiparar, a estos efectos, la interinidad por sustitución y la interinidad por vacante. No hay que olvidar que en la interinidad por sustitución lo que se está protegiendo es el interés del trabajador sustituido a volver a su puesto de trabajo, mientras que en la interinidad por vacante

legislativa no es contraria al Acuerdo Marco (STJUE 21.11.2018 —caso Diego Porras 2[32]— y STS 13.3.2019[33]). Y, además, una cuestión ajena al posible abuso que puede darse en la contratación de interinos, que tiene una de sus principales causas en la segunda circunstancia especial que reúne este contrato y que pasamos a comentar.

La segunda circunstancia especial de los contratos de sustitución es que su duración carece de un plazo máximo legal. Es lógico que sea así en la interinidad por sustitución, pero no lo es en la interinidad por vacante. De hecho, en las relaciones laborales del sector privado sí existe ese plazo máximo (art. 15.3 del ET). Para el empleador público, sin embargo, no opera ningún plazo, pues el art. 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998 tan solo señala que la duración de estos contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren los procesos de selección (art. 4.2.b del Real Decreto 2720/1998).

La ausencia de una duración máxima legal de los contratos de interinidad por vacante ha supuesto una puerta abierta al fraude. La Administración, por las razones que ya comentamos al principio de este trabajo, en muchas ocasiones, ha alargado de forma injustificada estos contratos de interinidad. Sobre este problema advirtió la STJUE 5.6.2018[34], dictada en el caso Montero Mateos, en su apartado 64, donde se advierte que los tribunales deben examinar si, "habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo" (referencia esta última que se recondujo al indefinido no fijo).

Después de un período de grave confusión entre los tribunales españoles y de un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 3 de junio de 2021, asunto IMIDRA[35]), la Sala IV del Tribunal Supremo unificó doctrina en su sentencia del Pleno de 28.6.2021[36] (caso Alhambra). Aplicando por analogía el art. 70 del EBEP, el Tribunal Supremo entiende que, "salvo muy contadas y limitadas excepciones[37], entre las que no se incluyen las restricciones presupuestarias, los procesos selectivos no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción

lo que se protege es el interés del empresario en gestionar sus procesos de selección manteniendo cubierta, mientras tanto, su necesidad de prestación de trabajo. En la interinidad por vacante, el cese por cobertura de la plaza debería conllevar el derecho a la indemnización prevista con carácter general para los contratos temporales [art. 49.1.c) ET]. Y es probable que fuera más razonable reconocer la indemnización a ambas modalidades de interinidad, una vez se ha reconocido con carácter general a los contratos temporales.

32 C-619/17.

33 R. 3970/2016.

34 C-677/16.

35 C-726/19.

36 R. 3263/2019. Esta doctrina ha sido confirmada por un gran número de sentencias posteriores (vid, entre otras, las SSTS 1.7.2021, r. 2293/2019; 6.10.2021, r. 3075/2019; 19.10.2021, r. 3229/2020 y 3.11.2021, r. 1919/2019).

37 Un supuesto que se ha aceptado como "excepción", a estos efectos, ha sido el retraso producido por la pandemia del COVID-19. Vid SSTS 19.12.2023 (r. 4895/2022) y 20.2.2024 (r. 5018/2022).

del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga". Esa "duración injustificadamente larga" constituiría un abuso de la temporalidad, que, como tal, debería corregirse aplicando la doctrina del indefinido no fijo.

4. LA EXIGUA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA LEY 20/2021: UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA, PERO QUIZÁS UNA VÍA PARA SALIR DEL LABERINTO

4.1. La vía abierta por la disposición adicional 17ª del EBEP: la nulidad del contrato, con indemnización de 20 días y posible reclamación adicional por daños ante la Administración

La Ley 20/2021 ha introducido importantes cambios en el régimen del funcionario interino (art. 10 EBEP), con el objetivo de reforzar su carácter temporal y evitar los abusos. Entre estos cambios destacan dos: el establecimiento de un plazo máximo de 3 años para la interinidad por vacante y la finalización automática de la interinidad una vez superado ese plazo máximo, que deberá formalizarse de oficio por la Administración, sin derecho a compensación alguna.

Sin embargo, la Ley 20/2021 no ha establecido medidas similares para la interinidad laboral en las Administraciones Públicas, que sigue sin tener un plazo legal de duración. De hecho, los cambios en el art. 11 del EBEP, relativo al personal laboral, son mínimos y no aportan nada nuevo[38]. Seguimos, pues, con el plazo de 3 años establecido por la jurisprudencia del orden social para los interinos por vacante y con la doctrina del indefinido no fijo para los supuestos de abuso de la contratación temporal. Al menos eso parece, pues la nueva disposición adicional 17ª del EBEP, introducida por esta Ley 20/2021, puede ofrecer en este último punto, otras vías interpretativas.

La disposición adicional 17ª del EBEP se dirige a ambos tipos de empleado público temporal (funcionario y laboral) y su título es prometedor: "Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público". No obstante, el resultado, en su conjunto, es decepcionante, por la ambigüedad con que se formulan la mayoría de esas medidas. Nos interesan dos: el régimen de responsabilidad de las autoridades y funcionarios (números 1 y 2) y las consecuencias de la superación de los plazos máximos de duración de los contratos temporales (números 3, 4 y 5).

38 La reforma se limita a incorporar al precepto un tercer apartado, con dos recordatorios: "los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad"; y, "en el caso del personal laboral temporal, el procedimiento se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia". Una obviedad, que genera, sinceramente, cierto disgusto, teniendo en cuenta la gravedad de los problemas que afectan al empleo público temporal en el ámbito laboral y la oportunidad perdida de establecer medidas adecuadas para prevenirlos.

Los dos primeros números de la disposición se refieren, en efecto, al régimen de responsabilidades que deriva del incumplimiento de las normas sobre empleo temporal. De acuerdo con la Exposición de Motivos, la finalidad del legislador es "implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos", conforme a las exigencias del Acuerdo Marco. Pero lo cierto es que las medidas que incorpora esta disposición adolecen de importantes imprecisiones. De hecho, estas medidas son, en algunos puntos, muy similares a las que incorpora la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y la realidad ya ha mostrado su fracaso. Pasemos a analizarlas.

En su número 1, la disposición adicional 17ª establece que "las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino". Se trata, de nuevo, de un simple recordatorio, pues es evidente que las Administraciones, en su condición de empleadoras, son responsables del cumplimiento de sus obligaciones legales. Lo que sería necesario es regular mecanismos preventivos del incumplimiento de la Administración. Quizás por esta razón, la disposición añade que "las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal". Una encomienda razonable, pero, de nuevo, imprecisa.

El número 2 de la disposición, por su parte, señala que "las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". No se concreta quiénes responden, qué conductas son sancionables, ni qué responsabilidades son exigibles. Todo se remite a una "normativa vigente" que, en realidad, no sabemos si existe y que, de hecho, no parece que se haya aplicado hasta ahora. El legislador, claramente, tendrá que volver sobre esta materia si realmente pretende instaurar un régimen efectivo a través del cual se puedan exigir responsabilidades disciplinarias y patrimoniales a las autoridades o funcionarios que permitan, favorezcan o acuerden las irregularidades.

Los números 3, 4 y 5 se refieren a los supuestos en los que se incumplen los "plazos de permanencia" del empleo temporal y constituyen, sin duda, la parte más confusa de la disposición adicional, especialmente en lo que se refiere a su aplicación al personal laboral.

El número 3 dispone que "todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho".

A continuación, el número 4 señala que "el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcio-

nario interino afectado, que será equivalente a 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades". El derecho a esta compensación nace "a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento". El apartado se cierra con una precisión: no habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

El número 5 adapta la regla anterior al personal laboral temporal, disponiendo que para este colectivo "el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica". Y, en este sentido, especifica: dicha compensación "consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año". Se añade que "el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento".

Estos tres últimos números plantean muchos interrogantes, pero, como después veremos, pueden también ser la clave para elaborar una nueva fórmula que sustituya la doctrina del indefinido no fijo.

El primer interrogante que se plantea es determinar cuáles son los plazos máximos de permanencia a los que se refieren. Para el funcionario interino, está claro que son los que establece el nuevo art. 10 del EBEP; para el personal laboral, los que dispone el art. 15 del ET y, para la sustitución por vacante, el plazo máximo de 3 años en las condiciones que fija la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo.

La segunda pregunta es mucho más difícil de responder: ¿qué alcance tiene la nulidad prevista en el número 3? Está claro que los pactos individuales, las decisiones unilaterales de la Administración y las cláusulas de los convenios colectivos que infrinjan esos plazos máximos de permanencia serán nulos. Esto no resulta dudoso. Pero ¿y el contrato de trabajo? ¿Le afecta también la nulidad? Ante el silencio de la ley, se pueden plantear básicamente dos interpretaciones. Podemos entender que la nulidad no aplica al contrato de trabajo, en cuyo caso es evidente que continúa en vigor la doctrina del indefinido no fijo (al menos, por ahora). Pero otra opción es considerar que esa nulidad sí afecta al contrato de trabajo, lo que nos llevaría a una solución similar a la del art. 10 del EBEP en relación con el funcionario interino: la superación del plazo máximo de duración del contrato provocaría su nulidad con efectos *ex nunc* (art. 9.2 ET), pues la Administración no puede mantener en vigor un contrato contrario a la ley. El trabajador afectado tendría entonces derecho a percibir de forma inmediata al cese la "compensación" prevista en la ley (20 días por año con tope de 12 meses) y reclamar, además, la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados. Después comentaré con más detalle esta opción,

que, a mi juicio, cumpliría las exigencias del Acuerdo Marco si, además, el legislador interviniera introduciendo un régimen responsabilidad similar al italiano, que ha sido aceptado como medida eficaz por la STJUE del caso Santoro (apartado 52)[39].

4.2. Y de nuevo, los procesos de estabilización. Una medida que no frena el abuso a largo plazo y que, además, tiene un alto coste para el modelo constitucional de empleo público

Adicionalmente a los procesos de estabilización regulados en las leyes de presupuestos para el año 2017 y 2018[40], la Ley 20/2021 autoriza, en su art. 2, una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal.

Esta tasa adicional incluye las plazas de naturaleza estructural que, estando o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo y estando dotadas presupuestariamente, han permanecido ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Dada la urgente necesidad de estabilizar este empleo temporal, se fijan plazos perentorios para la resolución de estos procesos: la oferta pública que los articule se debe realizar antes del 1 de junio de 2022, la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos tendrá lugar antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de estos procesos deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2024. El objetivo, ambicioso, aunque ya antiguo, es que la tasa de cobertura temporal se sitúe por debajo del 8% de las plazas estructurales.

No es posible en este trabajo hacer un estudio detallado de estos procesos de estabilización[41]. Pero sí me parece necesario explicarlos brevemente, pues veremos después que estos procesos se han presentado ante el TJUE como medidas que pretenden reparar los efectos producidos por los abusos cometidos por las Administraciones en el empleo temporal.

El punto más problemático, sin duda, es el relativo al sistema de selección que debe operar en estos procesos. La Ley 20/2021 prevé, con carácter general, el concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40%, en la que "se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate"; además, los ejercicios en la fase de oposición podrán no ser eliminatorios (se remite para ello a la negociación colectiva). Se trata de una regulación muy cuestionable. El 40% de la fase de concurso plantea ya dudas de constitucionalidad, aunque,

39 STJUE 7.3.2018, C494/16.

40 Artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

41 Sobre estos procesos y, en general, sobre el impacto de las reformas de 2021 en el empleo público laboral me remito a mi trabajo "La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas legislativas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* nº 152, 2022.

a mi juicio, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, entraría dentro de los límites de lo tolerable[42]. Sin embargo, si a ello se añade el carácter no eliminatorio de los ejercicios de oposición, las consecuencias podrían ser muy similares al llamado "efecto mochila"; en todo caso, creo que esta solución no es acertada pues permite valoraciones desproporcionadas del mérito relativo a la experiencia profesional con la correspondiente vulneración del principio de igualdad[43].

El art. 2 establece, por otra parte, que el personal temporal que, estando en activo, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, tendrá derecho a una compensación económica que se formula en los mismos términos que en la disposición adicional 17ª (20 días con tope de 12 meses y ajuste con la eventual indemnización laboral). Se señala, además, que esta compensación no procederá si no se ha participado en el proceso (aunque no se precisa cuándo debe entenderse cumplido este requisito).

Las dudas de constitucionalidad son mayores en relación con el régimen especial previsto en la disposición adicional 6ª. Conforme a esta disposición, las Administraciones, con carácter excepcional, podrán convocar por el sistema de concurso aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos se realizarán por una sola vez y deberán respetar los plazos establecidos en la regulación general prevista en el art. 2. Aunque no existe una previsión expresa reconociendo en estos casos el derecho a la compensación por no superación del proceso, resulta razonable entender que, en este punto, se aplican también las reglas del art. 2.

La disposición aclara que estos procesos son excepcionales y que se realizarán por una sola vez, conforme a lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del art. 61 del EBEP. Para el personal laboral, el apartado 7 sí admite con carácter general el concurso como forma de acceso a un puesto fijo, pero con respecto al personal funcionario el apartado 6 señala de forma muy restrictiva, aunque imprecisa, que "sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos"; resulta discutible que la situación actual del empleo público temporal justifique este régimen excepcional[44].

42 Sobre los sistemas y criterios de selección y sus condicionamientos constitucionales, vid. M. ÁLEGRE ÁVILA, "De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* nº 3, 1993.

43 SSTC 67/1989, 93/1995, 185/1994, 27/2012.

44 En la STC 12/1999 se consideró excepcional la situación derivada de la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias sobre los Servicios de Salud. No parece que esta situación pueda equipararse en gravedad y excepcionalidad a la actual. Vid, en este sentido, la STS 18.4.1995 (r. 9247/1991) y la SAN 14.11.2019 (r. 380/2017).

5. EL IMPACTO DE LAS SSTJUE 22.2.2024 Y 13.6.2024: CRISIS DEL INDEFINIDO NO FIJO Y DEL SISTEMA DE GARANTÍAS ESPAÑOL

5.1. El indefinido no fijo "de larga duración". El cazador cazado

Hemos visto que, en su formulación original, la doctrina del indefinido no fijo pretendía sancionar el abuso de la temporalidad por las Administraciones Públicas sin poner en peligro con ello el modelo constitucional de empleo público. Esta doctrina, en realidad, distingue dos fases: en primer lugar, el trabajador afectado puede mantenerse en el puesto, pero no adquiere la fijeza en la plantilla; en segundo lugar, la Administración debe regular esta situación, cubriendo la plaza por el proceso reglamentario o, en su caso, amortizándola. La primera parte de esta fórmula, que queda en manos de los tribunales, se ha cumplido; al menos lo ha hecho en muchos casos, viendo el número de sentencias que se han dictado en los últimos años reconociendo a los empleados temporales públicos su condición de indefinidos no fijos. Pero, la segunda parte de la fórmula ha fallado, porque parece que en muchos casos la Administración no ha cumplido con su obligación de proveer o amortizar la plaza[45]. El resultado es desalentador: la doctrina del indefinido no fijo no solo no ha cumplido su finalidad de evitar los abusos, sino que, lo que es más grave, la ha favorecido, manteniendo *sine die* el vínculo temporal, ahora bajo un término que nunca llega.

El abuso de la contratación temporal ordinaria se corrige con el indefinido no fijo. ¿Pero cómo se corrige el abuso de la propia figura del indefinido no fijo? Parece que el ordenamiento jurídico no tiene medios eficaces para evitar este segundo abuso. Y esto pone de manifiesto la propia ineficacia de la doctrina del indefinido no fijo como medida antiabuso "estrella" que sustituye a la normal laboral de la conversión del contrato en indefinido. Ante esta situación, ¿tenemos que aplicar la conversión? Creo que es evidente que no, porque, aunque la doctrina del indefinido no fijo haya podido fracasar en su intento de sancionar los abusos y proteger el modelo constitucional de empleo público, el problema se mantiene: los principios constitucionales de acceso al empleo público impiden la norma de la conversión. Estos principios constituyen un escollo insuperable a la norma laboral de la conversión.

Pero no adelantemos conclusiones y veamos cómo se ha planteado el problema en los tribunales.

5.2. La STJUE de 22.2.2024: el principio del fin

a) Las cuestiones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un diálogo frustrado

El problema del "indefinido no fijo de larga duración" se ha suscitado en la STJUE de 22 de febrero de 2024[46], que resuelve tres cuestiones prejudiciales acumuladas

45 No tenemos datos estadísticos de los indefinidos no fijos, pero, por los casos que llegan a los tribunales, parece claro que ese incumplimiento es notable.

46 Asuntos acumulados C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM—, C/110/22 —asunto UNED— y c/159/22 —asunto Agencia Madrileña de Atención Social de la CAM—.

procedentes de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en las que, básicamente, se plantea la adecuación de la figura del indefinido no fijo a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco[47].

En dos de estos litigios (C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM— y 110/22 —asunto UNED—), se trataba de empleados públicos que llevaban un gran número de años como indefinidos no fijos sin que la Administración empleadora hubiera regularizado la situación (13 años y 19 años, respectivamente). En el tercer litigio (C-159/22 —asunto Agencia Madrileña de Atención Social de la CAM—), se plantea el caso de una interina por vacante, cuyo contrato supera los tres años, razón por la cual solicita su reconocimiento como trabajadora fija o subsidiariamente como indefinida no fija.

En este último litigio, estamos ante el problema clásico del interino por vacante de larga duración que hasta ahora se había resuelto acudiendo a la figura del indefinido no fijo. En principio, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, este caso no resulta problemático.

Los otros dos supuestos, por el contrario, plantean ya abiertamente el problema del indefinido no fijo de larga duración. Recordemos: la sentencia firme que declara al empleado indefinido no fijo conlleva la obligación de la Administración de proceder en un tiempo razonable a proveer o amortizar la plaza, pero frecuentemente la Administración incumple con dicha obligación y el trabajador afectado no reacciona frente a esta situación, muchas veces, digámoslo sin ambages, porque lo prefiere. En estas situaciones, el indefinido no fijo se prolonga "indefinidamente" en el puesto, a la espera de una estabilización más segura a través de un proceso de estabilización o de una eventual declaración judicial de fijeza, que es lo que ahora se pretende.

Son estos dos casos (C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM— y 110/22 —asunto UNED—), ciertamente, los que ponen en evidencia la figura del indefinido no fijo como medida adecuada para evitar los abusos de la temporalidad en el sector público y es en este contexto donde las cuestiones prejudiciales resultan novedosas y de extraordinario impacto.

Tres son los interrogantes principales que plantean estas cuestiones. En primer lugar, si la prolongación *sine die* del indefinido no fijo puede considerarse un supuesto de "sucesivos contratos de duración determinada" a efectos del Acuerdo Marco. En segundo lugar, si, en tal caso, el ordenamiento español cuenta con medidas antiabuso suficientes conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco para prevenir y reparar los abusos en esas contrataciones sucesivas. En tercer lugar, en el caso de que nuestro ordenamiento carezca de estas medidas, si es posible aplicar en el sector público la norma laboral de la conversión del trabajador en fijo.

47 Un excelente comentario de esta sentencia en M.E. CASAS BAAMONDE, "Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación?, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2024.

La respuesta del TJUE a la primera pregunta es, claramente, afirmativa y no sorprende. En efecto, el mantenimiento *sine die* del indefinido no fijo en su puesto de trabajo es un caso de temporalidad irregular crónica inaceptable desde el punto de vista del Acuerdo Marco. Ya lo hemos visto: el indefinido no fijo solo sirve si la Administración cumple con su obligación de proveer o amortizar la plaza. Si la Administración incumple con esta obligación, el indefinido no fijo se desnaturaliza, convirtiéndose precisamente en aquello que pretendía corregir: una contratación temporal abusiva.

El segundo interrogante no tiene una respuesta clara y es lógico que sea así, pues el TJUE no puede entrar a valorar el conjunto de medidas antiabuso previstas en el ordenamiento jurídico español para decidir si estas son suficientes o no. Esta es tarea de los tribunales nacionales. No obstante, el TJUE señala algunas precisiones: 1º) La figura del indefinido no fijo sería una medida adecuada para evitar los abusos si se garantizara que la Administración va a convocar las plazas dentro de los plazos establecidos (y se adelanta que no parece que esto ocurra en el ordenamiento español). 2º) El pago de una indemnización tasada en el momento de la extinción del contrato no es una medida antiabuso adecuada si resulta independiente de cualquier consideración relativa a su carácter abusivo. 3º) El establecimiento de un régimen de responsabilidades puede ser una medida disuasoria efectiva, siempre y cuando tenga la suficiente concreción (requisito que no parece cumplir la disposición adicional 17ª del EBEP). 4º) La convocatoria de procesos de consolidación de empleo temporal mediante convocatorias públicas no es una medida adecuada para reparar el abuso si dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de los contratos.

Hay que señalar que estas consideraciones del TJUE están condicionadas por la información presentada en las cuestiones prejudiciales y, en este sentido, hay que decir que la información ofrecida por el tribunal nacional resulta cuestionable. En primer lugar, la indemnización tasada sí tiene en cuenta el carácter abusivo de la contratación temporal (aunque este punto pudiera mejorarse) pues, en caso contrario, procedería la indemnización general prevista para los contratos temporales (12 días) o incluso no habría indemnización (caso de las interinidades). Y, en segundo lugar, ya hemos visto que los procesos de estabilización claramente favorecen a los trabajadores temporales.

Pero pasemos al tercer interrogante, donde las deficiencias de información de la cuestión prejudicial son aún más graves[48]. El órgano remitente señala que en España no hay consenso a la hora de determinar si resultan o no aplicables los principios

48 Sobre los defectos de información de las cuestiones prejudiciales, vid J. FUENTETAJA, "El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la función pública española", *Revista Jurídica de Asturias,* nº 46, 2023, y A. DESDENTADO BONETE y Eva DESDENTADO DAROCA, "Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva", en AAVV (R. Alonso García dir), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, 2019.

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral. Se informa, en este sentido, que la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo defiende su aplicación, mientras que la doctrina del Tribunal Constitucional la rechaza. Partiendo de esta premisa, el tribunal remitente concluye que, de seguirse la doctrina constitucional, existiría una interpretación conforme a la Directiva, pues los contratos temporales abusivos podrían convertirse en fijos, lo que supondría una medida antiabuso adecuada. En ese contexto, se pregunta al TJUE si sería posible acudir a esta interpretación conforme a la Directiva, aun cuando ello supusiera contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con esta información, la respuesta del TJUE no se hace esperar: la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no puede ser aplicada directamente, pues no tiene la concreción necesaria, pero obliga al juez a interpretar la normativa nacional conforme a los objetivos de la Directiva, siempre que ello sea posible, aun cuando esto implique romper con una jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada en relación con normas constitucionales.

La respuesta del TJUE está claramente viciada por esa defectuosa información de origen. En realidad, no existe esa oposición de doctrinas. Ambos tribunales defienden la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral, sea por la vía de los arts. 23.2 y 103.3 CE (de acuerdo con una noción amplia de la función pública equivalente a empleo público) o por la vía del art. 14 CE (SSTC 281/1993 y 86/2004). En el empleo público laboral, la regla de la conversión del contrato temporal irregular en indefinido no es posible, porque infringe normas imperativas administrativas y constitucionales. Y, siendo así, de acuerdo con la propia doctrina del TJUE, es evidente que los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho.

b) La confusión generada por la STJUE 22.2.2024: primeras sentencias contradictorias de los juzgados y tribunales, una respuesta final inesperada del TSJ de Madrid y, finalmente, presentación de una cuestión prejudicial aclaratoria por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo

A pesar de ello, la STJUE de 22.2.2024 ha generado una enorme confusión. Los medios de información inmediatamente publicaron que el TJUE obligaba al Estado español a hacer fijos a "los interinos" ante "el abuso". Algunos tribunales, incluso, declararon la fijeza apelando a esta sentencia[49]; otros siguieron aplicando la doctrina del indefinido no fijo al entender que otra opción no era posible[50].

49 SSJS Madrid nº 26, 26 23.2.2024 (proc 199/2023), Sevilla nº 13, 27.2.2024 (proc. 667/2023) y STSJ del País Vasco, 22.4.2024, r. 229/2024.

50 STSJ Sevilla 14.3.2024, r. 775/2022.

La propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había planteado las cuestiones prejudiciales, resolvió, en Pleno, finalmente, negando la fijeza en los tres asuntos planteados[51]. En estas sentencias, el Tribunal Superior de Justicia señala que "de un análisis reposado" de esa resolución se observa que la misma "en ningún momento impone como medida que se acuerde la fijeza"; se dice simplemente que "la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida". Pero esa medida, dice el Tribunal, "no tiene amparo legal" en nuestro Derecho, pues nos encontramos ante "el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución". El Tribunal reconoce que el resultado es poco satisfactorio, pero entiende que solo podía haberse evitado con un control eficiente y un régimen de sanciones adecuado, y no con una conversión del contrato que resulta inconstitucional. Las sentencias cuentan con dos votos particulares, uno de ellos formulado por el magistrado que planteó la cuestión prejudicial del caso UNED, al que se adhieren otros cuatro magistrados.

La confusión que ha provocado la STJUE 22.2.2024 recuerda a la que, en su día, generó la sentencia del caso De Diego Porras. Y la respuesta de la Sala IV del Tribunal Supremo ha sido la misma: plantear cuestión prejudicial al tribunal comunitario solicitando aclaraciones[52]. Esta cuestión le sirve al Tribunal Supremo, a su vez, para aclarar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea algunos aspectos de la regulación española que, en la información presentada por las cuestiones prejudiciales originarias, resultaba "equívoca". Un diálogo de ida y vuelta, que muestra las dificultades que plantea la doctrina judicial comunitaria.

Pero veamos la cuestión de la Sala IV. Vale la pena comentarla, aunque sea brevemente, pues la respuesta que a ella dé el TJUE se espera con gran expectativa (quizás porque todos pecamos de excesivo optimismo). Desde luego, en juego está el futuro de la doctrina del indefinido no fijo, aunque, a mi juicio, muy probablemente la respuesta del TJUE vuelva a ser ambigua, cual Oráculo de Delfos, y nos veamos nuevamente obligados a debatir sobre su alcance. Esperando, en todo caso, que no sea así, pasemos a ver la cuestión del Tribunal Supremo.

El Tribunal explica con detalle, en el auto, su doctrina del indefinido no fijo, aunque hay que señalar que existen en esta exposición, a mi juicio, aspectos cuestionables. En primer lugar, se dice que "durante la vigencia del vínculo laboral, la jurisprudencia reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos los mismos derechos que a los trabajadores fijos en todos los ámbitos de la relación laboral, incluso en aquellos que conllevan la posibilidad de acceder a otros puestos diferentes". Ya vimos que este último criterio se ha matizado en las SSTS 29.3.2022 y 17.4.2024[53]. En segundo lugar, se

51 SSTSJ Madrid 10.4.2024, recursos 830, 753 y 797/2021.
52 ATS Pleno 30.5.2024, r. 5544/2023.
53 Recursos 109/2020 y 853/2021, respectivamente.

señala que, de acuerdo con esta doctrina, procede "la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente". De nuevo, creo que estamos aquí ante un error: la extinción por causas ajenas al cumplimiento del término llevará consigo, normalmente, la declaración de improcedencia salvo en los supuestos previstos en la ley en los que, de acuerdo con el régimen general, opera la nulidad. No hay, en este sentido, un tratamiento especial para el indefinido no fijo.

Una vez expuesta la doctrina del indefinido no fijo, el auto corrige la información presentada por las cuestiones prejudiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aclarando que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional consideran que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son aplicables también al empleo público laboral. La norma de la conversión del contrato en indefinido, por tanto, no solo sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino a la propia Constitución, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda que el TJUE, en el caso IMIDRA, admitió la doctrina del indefinido no fijo, aunque con matizaciones que fueron aceptadas inmediatamente por la Sala IV. En este sentido, hay que señalar que, ciertamente, la STJUE dictada en el caso IMIDRA parece aceptar la fórmula del indefinido no fijo, aunque matizando que las restricciones presupuestarias no pueden justificar la inactividad de la Administración a la hora de cubrir la plaza. Y es cierto también que el Tribunal Supremo, en el caso Alhambra, aceptó esta precisión, corrigiendo su doctrina. Ahora bien, hay que advertir que la sentencia IMIDRA tan solo "parece" que acepta, pues se limita a declarar que "podría ser una medida apta para sancionar los abusos", remitiendo la decisión final a los tribunales nacionales. No hay, pues, por parte del TJUE, una aceptación concluyente del indefinido no fijo como medida antiabuso adecuada.

Afirma después el auto que la indemnización de 20 días aplicable en caso de cese del indefinido no fijo por cumplimiento del término sí tiene en cuenta el abuso. Esto es así, efectivamente, pues, como ya hemos señalado antes, en otro caso la indemnización sería la de 12 días o incluso no habría derecho a indemnización (como sucede con los interinos). Cuestión distinta es si esta indemnización es suficiente a los efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

Hasta aquí, la doctrina del indefinido no fijo como medida para evitar el abuso de los contratos temporales. La cuestión que ahora debe plantear el auto es si, a su vez, existen medidas para evitar el abuso del indefinido no fijo. Y aquí, creo, el razonamiento del Tribunal Supremo en defensa de su doctrina no resulta convincente. Se limita a reiterar que "la calificación de la relación laboral como indefinida no fija es la consecuencia jurídica derivada de la ilegítima o abusiva utilización de contratos de duración determinada". Esta consecuencia "constituye una garantía para los trabajadores y una sanción para la administración empleadora por dicha ilícita utilización",

por lo que "puede considerarse como una medida legal equivalente y adecuada", sin que sea necesaria la conversión de esos contratos en una relación laboral fija. Además, se apela al art. 45 del TFUE (derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión) y a los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho de igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad).

Ninguno de estos argumentos es convincente y quizás, consciente de ello, el auto acaba proponiendo la posibilidad de elevar la indemnización equiparándola a la del despido improcedente, aunque no queda claro si esa indemnización cualificada sería exclusivamente para los supuestos de abuso de la figura del indefinido no fijo o, en general, para los supuestos de abuso de los contratos temporales. Parece, por la formulación final de la cuestión prejudicial, que se refiere a esta última hipótesis, pero, entonces, no se indemnizaría de forma específica el segundo abuso, aunque puede entenderse que, indirectamente, sí se haría, pues la indemnización se calcula en función de los años de prestación de servicios.

Por otra parte, el Tribunal Supremo afirma que el ordenamiento jurídico español permite que el trabajador interesado exija la convocatoria de la plaza y, además, ofrece vías adecuadas para reclamar al empleador responsabilidades patrimoniales. En cuanto a los procesos de estabilización, aunque, por exigencias constitucionales, son abiertos, el Tribunal Supremo entiende que la fórmula para conseguir la plaza atribuye un valor "determinante" a la experiencia obtenida durante la contratación temporal, lo que, a juicio del Tribunal, compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos. Sin duda, tiene razón el Tribunal Supremo en esto, aunque habría que ver si, en esas circunstancias, tales procesos cumplen las exigencias del art. 14 de la Constitución.

Además, se advierte que la consecuencia de calificar como fijo al indefinido de larga duración "supone eximir a la Administración de la obligación de convocar los procesos selectivos y negar al resto de los ciudadanos el derecho a participar en los mismos". Así es, lo que implicaría, sin duda, una vulneración del art. 14 de la Constitución. El Tribunal Supremo considera que "la aplicación del Derecho de la Unión no puede llevar a una consecuencia tan drástica a nivel de Derecho interno, cuando hay medidas alternativas, como la calificación de la relación laboral de indefinida no fija, que permite la adecuada conciliación de los principios del Derecho nacional con las obligaciones que impone el Derecho de la Unión". Es esta, sin embargo, una argumentación circular. La premisa es clara y, a mi juicio, correcta. Ya lo hemos dicho: no se puede aplicar la regla de la conversión, porque ello infringiría los principios constitucionales de acceso al empleo público. La cláusula 5ª del Acuerdo Marco tiene aquí un límite insalvable. Pero el argumento del Tribunal no explica cómo se evita el abuso de la propia figura del indefinido no fijo. Nada se dice al respecto, porque realmente, reconozcámoslo, no hay medidas efectivas para evitar ese abuso. Eso no significa, sin embargo, que debamos acudir, entonces, a la regla de la conversión. Esa regla,

insisto, no es posible. Pero, eso sí, habrá que buscar otra fórmula que permita evitar el abuso sin abrir con ello la puerta a la captura del empleo público. Sobre este último aspecto, algo dice al final el Tribunal Supremo: no hay que olvidar, señala, que los indefinidos no fijos "son trabajadores que han estado disfrutando de un empleo público durante un período dilatado de tiempo sin haber superado ninguna clase de proceso selectivo de acceso al empleo público fijo conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; sin competencia con la generalidad de los ciudadanos nacionales y de otros Estados miembros, que se vieron privados de la posibilidad de acceder a un empleo público, adjudicado a quienes resultaron beneficiados por esa actuación irregular del organismo empleador".

El auto, finalmente, expone sus preguntas:

1ª ¿Se opone a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?

2ª En caso de que se oponga, ¿el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

De nuevo, creo, el diálogo con el TJUE se frustra, porque no se plantea el principal problema: que el indefinido no fijo puede, a su vez, estar en una situación abusiva de "larga duración". Este era el problema planteado en el caso UNED y en el caso Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM. Así planteadas las cuestiones, es difícil que la respuesta del TJUE ayude a aclarar la situación.

5.3 Los efectos de la STJUE de 13 de junio de 2024 en el empleo público temporal administrativo y laboral

a) La jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo frente al abuso de la temporalidad: los casos Martínez Andrés y Castrejana López

En el orden contencioso-administrativo, el problema del abuso de la temporalidad también dio lugar, en un principio, a decisiones judiciales contradictorias.

En el caso de los funcionarios interinos[54], en concreto, se plantearon varias cuestiones prejudiciales preguntando al TJUE si, dada la falta de medidas antiabuso específicas en el empleo público administrativo, una sanción adecuada podría ser aplicar

54 Sobre el abuso de la figura del funcionario interino, vid M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos,* Aranzadi, 2020, y, del mismo autor, "La consagración del funcionario interino indefinido", *Revista de Administración Pública,* nº 208, 2019.

la doctrina laboral del indefinido no fijo. Las SSTJUE de 14.9.2016 (asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López[55]) respondieron señalando que el Acuerdo marco no exige aplicar a los empleados temporales en régimen administrativo las mismas medidas antiabuso que se aplican en el ámbito laboral. No obstante, el TJUE añade que la doctrina laboral del indefinido no fijo "podría ser una medida apta" también para sancionar la utilización abusiva del empleo administrativo temporal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que había planteado las cuestiones prejudiciales, dictó dos sentencias el 12 de septiembre de 2016[56], anulando los ceses de los empleados y reconociéndoles su condición de indefinidos no fijos. Recurridas estas decisiones en casación, el Tribunal Supremo responde en las sentencias de 26 de septiembre de 2018[57], fijando la doctrina que todavía hoy se mantiene en vigor.

La Sala III del Tribunal Supremo afirma en esta doctrina que no es necesario acudir a la solución laboral del indefinido no fijo, pues, las propias normas administrativas permiten adoptar medidas adecuadas contra el abuso. ¿Qué medidas son esas? El Tribunal Supremo entiende que el empleado temporal solo puede ser cesado por las causas establecidas en la ley (art. 10 del EBEP, para el interino), por lo que, si fuera cesado por causa distinta, estaríamos ante un cese contrario al ordenamiento jurídico (art. 34.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común). Por consiguiente, el empleado tendrá derecho a continuar prestando servicios, hasta que se cumpla el término legal de su relación con la Administración. Hasta aquí, esta doctrina resulta muy similar a la del indefinido no fijo. Pero hay una diferencia importante: la Sala III no reconoce que el empleado tenga un derecho a percibir indemnización una vez se produzca el cese legal de la relación. No es que niegue, en todo caso, el derecho a una indemnización, pero considera que dicha indemnización solo puede reconocerse si el empleado expresamente la invoca, acreditando los daños que pretende que se reparen con ella. El Tribunal Supremo recuerda que "el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio" (art. 31.2 de la LJCA), pero la pretensión debe hacerse y deben acreditarse los daños[58].

b) La STJUE 13 de junio de 2024. De nuevo, problemas de diálogo y errores de entendimiento

La STJUE de 13 de junio de 2024 ha sido para el empleo temporal administrativo lo que la STJUE de 20.2.2024 supuso para el empleo temporal laboral. El impacto que

55 C184/15 y C197/15.
56 R. 625 y 735.
57 R. 785 y 1305/2017.
58 Esta doctrina se ha aplicado en numerosas ocasiones posteriores. Vid SSTS3ª 7.11.2018 (r. 1781/2017), 17.11.2020 (r. 4641/2018), 3.11.2021 (r. 843/2020), 15.11.2021 (r. 6360/2019), 20.12.2021 (r. 2489/2019) y SAN 21.2.2024, r. 1207/2022, entre otras.

ha producido y la confusión generada han sido notables y es posible que suponga una grave fisura en esa jurisprudencia, consolidada ya, de la Sala III, que, muy probablemente, se tenga que ajustar.

La STJUE de 13 de junio de 2024 responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona, en los asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22 (Departamentos de Presidencia y de Justicia de la Generalidad de Cataluña). En estas cuestiones se plantea si la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo y las medidas introducidas por la Ley 20/2021 cumplen las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. De no ser así, el Juzgado propone como medida alternativa la conversión de los trabajadores temporales en trabajadores indefinidos, sin obtener con ello la condición de funcionario de carrera. Se señala que una solución similar ya se ha adoptado por el legislador español, aunque para un supuesto distinto (art. 87.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público)[59].

En relación con la jurisprudencia de la Sala III, el Juzgado declara que dicha jurisprudencia se limita a mantener al empleado en su puesto hasta que se produzca su cobertura. Con respecto a la Ley 20/2021, afirma que "las únicas" medidas introducidas por esta ley para evitar y sancionar los abusos de la temporalidad son la convocatoria de procesos para cubrir las plazas y el pago de una compensación económica. Ninguna de las dos medidas, a juicio del Juzgado, resulta adecuada a efectos de la Directiva, pues los procesos para la cobertura de las plazas son procesos selectivos abiertos y la compensación económica, aparte de tener un doble límite máximo, solo opera a favor del empleado que no obtenga la plaza cuando esta se cubra.

De nuevo nos encontramos ante cuestiones prejudiciales que ofrecen una información incompleta. En primer lugar, ya hemos visto que la jurisprudencia de la Sala III admite la reparación íntegra del daño, aunque, ciertamente, en este aspecto el criterio del Tribunal Supremo es discutible. En segundo lugar, la Ley 20/2021, aunque muy insuficiente, tiene otras medidas antiabuso, y, además, hay que tener en cuenta también que el ordenamiento español prevé otras medidas fuera de esa ley que deben tomarse en consideración. No es que el resultado de esa valoración conjunta vaya a ser necesariamente positivo, pero una valoración parcial desde luego resulta siempre insuficiente.

En todo caso, el TJUE hace algunas observaciones de interés, tanto para el empleo público administrativo como para el laboral.

En primer lugar, se señala que en la normativa española aplicable se contienen las medidas indicadas en la cláusula 5ª.1.b) y c) del AcuerdoMarco (límite a la duración máxima de los nombramientos y número máximo de renovaciones). A pesar de ello,

59 Se refiere este precepto a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal.

el abuso se da, por lo que estas normas podrían no ser suficientemente efectivas. Esto es algo que deben valorar los tribunales nacionales, aunque el TJUE ofrece algunas orientaciones.

Con respecto a la convocatoria de los procesos selectivos previstos en la Ley 20/2021, el Tribunal insiste en la idea de que esos procesos, al ser inciertos en su resultado, no resultan una medida adecuada a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Esto es algo que ya se dijo en sentencias anteriores. Pero ahora, el TJUE añade que esto es así "aunque esos procesos valoren los méritos del empleado afectado" (ap. 78). El mensaje está claro y creo que es razonable: los procesos de estabilización pueden ser una medida para reducir de forma rápida y tajante la tasa de temporalidad en el empleo público, y esto, desde un punto de vista político, puede interesar, pero no es una medida que vaya a evitar los abusos de la temporalidad. Ahora bien, aunque no evite los abusos, parece evidente que, tal y como están formulados, operan como una medida que pretende reparar la situación creada por el abuso, y, en tal sentido, aunque no sea una medida, por sí sola, suficiente, debería tenerse en cuenta.

En lo que se refiere a la compensación económica prevista en el art. 2 de la Ley 20/2021, el TJUE vuelve a señalar que el abono de una indemnización por extinción no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 (ap. 79), pues tal abono "parece ser" independiente de la consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la contratación. En esta sentencia, el TJUE añade ahora que, además, esa compensación económica tiene un doble límite máximo en su cuantía, por lo que no repara de forma íntegra y efectiva el daño. Esta afirmación responde, a mi juicio, a un error de entendimiento de la normativa española por parte del TJUE (favorecida por el propio planteamiento de las cuestiones prejudiciales). La compensación de 20 días que establece la Ley 20/2021 no es la única compensación posible. Se trata de una indemnización objetiva, en la línea de las previstas en la legislación laboral, que no requiere la prueba del daño. En el momento del cese, el empleado deberá recibir automáticamente del empleador esta indemnización. Pero ya vimos que, a través del art. art. 31.2 de la LJCA, se admite también la reclamación de la indemnización por lo daños que esa compensación no haya reparado.

A pesar de ello, y ante la insuficiente información que dan las cuestiones prejudiciales, el TJUE concluye que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, "a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido", se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas "antiabuso", respectivamente, el mantenimiento del empleado mientras no se cubra la plaza y procesos selectivos abiertos junto con una compensación económica —con un doble tope— a favor únicamente del empleado que no obtenga la plaza.

Finalmente, sobre la posible conversión de la relación en indefinida, el TJUE señala que la cláusula 5ª no obliga a los Estados a convertir los contratos en indefinidos. Esta medida puede ser adecuada a las exigencias de la Directiva, pero no se impone. Y, en este sentido, se recuerda que, aunque los tribunales deben interpretar el

ordenamiento nacional conforme a la Directiva, esa interpretación conforme tiene sus límites, pues no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

Con esto, a mi juicio, debe quedar ya claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la conversión en indefinido no es posible. No lo es en el empleo público administrativo, ni tampoco en el empleo público laboral. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público lo impiden. Busquemos, pues, otras soluciones.

6. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE

Cerramos el epígrafe anterior con una conclusión clara: los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son aplicables en el empleo público laboral; en este ámbito, por tanto, no puede operar la regla de la conversión del contrato temporal irregular en contrato indefinido. Es así y así debe serlo, pues, de otra forma, sacrificaríamos nuestro modelo constitucional de empleo público, basado en la igualdad de oportunidades, en la imparcialidad de los empleados públicos y en la eficacia de la Administración.

La doctrina del indefinido no fijo surgió precisamente para proteger nuestro modelo constitucional de empleo público, evitando su captura por vías irregulares. Pero hay que admitir que esta doctrina ha fracasado, debido al incumplimiento reiterado por parte de las Administraciones Públicas de su obligación de proveer o amortizar las plazas. Esto nos lleva a otra conclusión: el legislador debe intervenir para fortalecer la eficacia de nuestras medidas antiabuso. No es una tarea de los jueces, sino del legislador, que debe asumir su responsabilidad.

En el empleo público laboral, se debería modificar el art. 11 del EBEP para introducir medidas similares a las del art. 10: el contrato de interinidad por vacante (opto por la terminología tradicional, que es más clara) ha de tener un plazo máximo legal; además, se deben establecer medidas específicas para los casos en que se produzca un abuso de la temporalidad. Estas medidas no deberían llevar a mantener al trabajador en el puesto, pues, al final, se generan inercias indeseadas. Por el contrario, la relación abusiva debería terminar, reparando el daño y sancionando a los responsables.

En este sentido, creo que la disposición adicional 17ª de la Ley 20/2021 abre una nueva posibilidad interpretativa, sobre la que podría resultar interesante debatir. Recordemos que, según su número 3, "todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho". Pues bien, podríamos entender que también el contrato de trabajo temporal abusivo sería nulo, aunque, lógicamente, con los efectos previstos

en el art. 9.2 del ET[60]. Esa nulidad iría acompañada de una compensación económica automática: la prevista en el número 5 de esa disposición. Además, el trabajador podría reclamar a la Administración una indemnización adicional por los daños no cubiertos por esa compensación (arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y art. 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Otra opción sería mantener la doctrina del indefinido no fijo, pero aumentando la indemnización, que podría ser equivalente a la del despido improcedente. Como vimos, es la opción que propone la Sala IV del Tribunal Supremo en su cuestión prejudicial.

Ambas propuestas, en todo caso, necesitarían ser completadas con un régimen de responsabilidad riguroso, en la misma línea del régimen italiano, que el TJUE consideró eficaz en la sentencia del asunto Santoro[61]. Sin este régimen de responsabilidad, ninguna de las medidas será efectiva, aunque al menos la nulidad evitará mantener "en precario" al trabajador de forma indefinida, con el consiguiente enquistamiento del abuso y las posteriores presiones de estabilización.

Por otra parte, sería también recomendable reflexionar sobre cómo se plantean ante el TJUE las cuestiones prejudiciales, pues una información incompleta no lleva más que a confusión, inseguridad jurídica y esperanzas frustradas.

60 Sobre la nulidad, vid las reflexiones de J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público", *Trabajo y Derecho,* nº 10, 2015 y de A. DESDENTADO BONETE, "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada", cit.

61 Otra medida complementaria podría ser la atribución de funciones que garanticen el ajuste efectivo del empleo a las necesidades permanentes a entes técnicos e independientes de control, supervisión y convocatoria de plazas para alejar la decisión del círculo de interesados y evitar las dinámicas internas que contribuyen, frecuentemente, a congelar y "capturar" el empleo público [Elena y Eva Desdentado Daroca, "Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público", en AAVV (A. Sempere Navarro, dir), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete,* BOE, Madrid, 2021].

Reseña de actualidad judicial

Erik Monreal Bringsvaerd
Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Ángel Jurado Segovia
Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

STS de 6 de febrero de 2024 (Rº 263/2002): las instrucciones a los trabajadores sobre el uso de los dispositivos informáticos exigen la participación de los representantes de los trabajadores.

Esta STS se refiere a la comunicación remitida por una empresa a la plantilla en que, tras recordar la prohibición del uso de los equipos informáticos para fines no relacionados con el desempeño de las funciones laborales, se precisan una serie de medidas que podría adoptar la empresa para impedir y verificar el uso indebido de tales equipos. El TS, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, declara nula dicha comunicación por haberse adoptado y comunicado a los trabajadores sin la participación previa de los representantes legales de los trabajadores, tal y como resulta exigible a la luz del art. 87.3 de Ley Orgánica de Protección de Datos, que se refiere específicamente a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo, facultándole para establecer normas de uso, aunque con la limitación de que en la elaboración de dichos criterios participe la citada representación. Destaca el TS que el mandato del citado artículo 87.3 tiene carácter imperativo en los supuestos en los que el trabajo se realice mediante dispositivos digitales, resultando aplicable a cualquier instrucción nueva al respecto y a cualquier especificación, actualización o modificación de criterios establecidos previamente.

STS de 28 de febrero de 2024 (Rº 12/2023): inexistencia de grupo de empresas a efectos de despido colectivo de un conjunto de empresas franquiciadas.

Revocando el criterio de la Audiencia Nacional, esta STS rechaza que un conjunto de empresas franquiciadas, dedicadas a servicios de odontología, constituyan un grupo de empresas a efectos laborales, de modo que las extinciones llevadas a cabo por cada una de las empresas puedan ser consideradas en su conjunto como un

despido colectivo. A luz de las circunstancias fácticas acreditadas, el TS subraya la titularidad compartida de las empresas franquiciadas y el sistema de organización de organización vertical y jerárquico existente, en que los franquiciados actúan subordinados al franquiciador con un alto grado de integración en la red del principal, hasta el punto de que los empresarios colaboradores asumen la imagen, sistema de ventas, política comercial y supervisión de la mercantil principal. Sin embargo, igualmente se destaca la inexistencia de otros elementos definidores de la concurrencia de un grupo de empresas a efectos de responsabilidad laboral, en tanto que las plantillas de las demandadas son independientes unas de otras, los trabajadores prestan servicios en los locales que cada sociedad tiene arrendados y no existe una prestación indistinta de servicios —no hay confusión de plantillas—, del mismo modo que las distintas sociedades, con personalidad jurídica propia, operan con ciertos elementos de autonomía en el tráfico mercantil, con contabilidad propia, patrimonios y estructuras individualizadas en términos de activos, recursos de capital y pasivos propios —no existe una caja única—; todo lo cual lleva a concluir que no se trata de meras entidades formalmente independientes, cuyo fin sea eludir responsabilidades o constituidas para perjudicar a terceros, sino de sociedades reales y diversas con una dirección parcialmente compartida en aras del objeto de la franquicia.

STS de 13 de marzo de 2024 (Rº 71/2022): a efectos de retribución de las horas extraordinarias, el convenio colectivo debe interpretarse en el sentido de tener en cuenta los complementos salariales regulados en el mismo.

En esta STS, confirmando el criterio de la Audiencia Nacional en un procedimiento de conflicto colectivo, se aborda la cuestión relativa a la interpretación de un convenio que en punto a la retribución de la hora extraordinaria se refiere a un incremento respecto a la "hora ordinaria", pero sin especificar nada más. El TS, a la luz del art. 35.1 ET y siguiendo las orientaciones de su propia doctrina, en el sentido que no cabe entender que la hora ordinaria se satisfaga únicamente con el salario base, declara que los complementos de puesto de trabajo regulados en el mismo convenio deben ser tenidos en cuenta para la retribución de las horas extraordinarias, siempre que la actividad desplegada en esas horas se lleve a cabo desde uno de los puestos de trabajo compensados con los complementos fijados en el pacto colectivo.

STS de 14 de marzo de 2024 (Rª 96/2022): inexistencia de un preaviso mínimo legal para informar a los trabajadores de un cambio de turno.

Esta STS se refiere a la impugnación de un convenio colectivo de empresa que establece que los cambios de turno debidos a incidencias no previsibles requerirán un preaviso de 48 horas, salvo circunstancias excepcionales. Frente al criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional objeto de recurso, que había declarado la ilegalidad del precepto convencional, el TS determina, siguiendo jurisprudencia precedente, que hay una clara distinción entre el trabajo a turnos *ex* art. 36.3 ET y la distribución irregular de la jornada con el preaviso que prevé el art. 34.2 ET —5 días—. Y, por con-

siguiente, se entiende que, así como los convenios colectivos no pueden establecer un preaviso en materia de distribución irregular de jornada inferior al dispuesto por el artículo 34.2 ET, no ocurre lo mismo con el preaviso de cambio de turno en el trabajo a turnos, pues en esta materia no hay ningún preaviso legal mínimo que la negociación colectiva tenga que respetar.

STS 14 de marzo de 2024 (Rº 81/2022): vulneración indemnizada de la libertad sindical, por no mantenimiento la condición de representantes legales de los trabajadores en caso de subrogación empresarial.

En esta STS, confirmando el criterio de suplicación, se entiende que una empresa subrogante —como consecuencia de la venta de una rama de negocio consistente en la prestación de servicios de asistencia domiciliaria para mayores y personas dependientes— habría vulnerado la libertad sindical y el art. 44.5 ET al comunicar a los representantes de los trabajadores de la empresa cedente la pérdida de tal condición, alegando que, con el aumento de plantilla resultante de la subrogación, se podría proceder a la promoción de las elecciones sindicales. En atención a lo dispuesto en el citado art. 44.5 ET y a la propia jurisprudencia, el TS entiende que en este caso se debería haber respetado la condición de representantes de los trabajadores, toda vez que no habían quedado acreditadas circunstancias fácticas que pusieran en evidencia la no conversación de la autonomía productiva tras la venta empresarial acontecida, restando, además, valor al dato argüido de que con la subrogación la empresa había pasado a tener más de 250 trabajadores, pues la empresa cedente ya contaba con un delegada de personal, lo que significarían que el comité de empresa previamente constituido representaba a un número semejante de trabajadores. Adicionalmente, en virtud del art. 183 LRJS y siguiendo el criterio jurisprudencial que anuda un daño moral a toda vulneración de derechos fundamentales, el TS estima procedente una indemnización de 1.251 euros.

STS de 11 de abril de 2024 (Rº 123/2023): en determinadas circunstancias, procede el registro del Plan de Igualdad. aunque no haya sido negociado con los representantes de los trabajadores.

Confirmando el criterio del TSJ de Madrid y en consonancia con otros pronunciamientos precedentes, esta STS declara que el Plan de Igualdad elaborado unilateralmente por la empresa debe ser registrado por la Autoridad Laboral, cuando concurran determinadas circunstancias que hayan hecho imposible su negociación con los representantes de los trabajadores. En el caso analizado, la empresa no pudo constituir la comisión negociadora, al carecer de representación legal de los trabajadores y al haber rehusado los sindicatos su constitución. Se considera, por tanto, que se trata de una situación excepcional de bloqueo negocial. El TS recuerda, en este sentido, que la ausencia de acuerdo para aprobar un Plan de Igualdad puede implicar una infracción administrativa muy grave, así como la imposibilidad de acudir a determinadas convocatorias públicas. Y considera que el caso concreto es todavía

más excepcional, pues no es un simple bloqueo negocial, sino que los sindicatos no han permitido la constitución de la comisión negociadora, generando perjuicios e indefensión a la empresa, sin que exista motivo o justificación alguna. Ante la apreciación de tales circunstancias, la Autoridad Laboral debe proceder a registrar el plan elaborado unilateralmente por la empresa.

STS de 17 de abril 2024 (Rº 381/2020): una contrata que consiste en la incorporación de datos por porte de los trabajadores de la contratista en una base de datos titularidad de la principal no implica la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

En esta STS, se revoca una sentencia del TSJ del País Vasco que había declarado la existencia de cesión ilegal de trabajadores en el marco de un contrato de adjudicación de servicios de recogida de datos concertado por un organismo público dedicado a la información estadística. La STS confronta las circunstancias fácticas relevantes con su doctrina, concluyendo la inexistencia de tal cesión ilegal. Se subraya que siendo dicha empresa un centro oficial de estadística, su actividad consiste justamente en recabar y disponer de esa clase de datos incorporados y procesados en las bases informáticas de su titularidad, lo que en modo alguno impide que pueda subcontratar con una tercera empresa el servicio correspondiente a la captación e introducción de tales registros en sus herramientas informáticas, que naturalmente conlleva la necesidad de autorizar y permitir el acceso de sus trabajadores al sistema. En contra del criterio de la sentencia de suplicación, considera el TS que dicha base de datos no puede calificarse como el medio material indispensable para la prestación del servicio, no siendo aportado por la empleadora del trabajador, sino el producto de la empresa principal a la que se incorpora el fruto del trabajo de la contratista en la parte del proceso productivo que les ha sido subcontratada. Adicionalmente, se entiende que los medios materiales imprescindibles, son en realidad el personal, la organización, la infraestructura material, el centro de trabajo y los equipos informáticos de las que dispone la contratista para realizar la actividad que le ha sido subcontratada.

STS de 11 de junio de 2024 (Rº 472/2021): no constituye lesión de la libertad sindical que la empresa requiera una genérica justificación del fin a que se ha destinado el crédito horario, dejando de abonar el salario por el tiempo no justificado.

En esta STS, se estima el recurso para la unificación doctrina presentado por una empresa que venía exigiendo a los representantes de los trabajadores una cierta justificación genérica de los fines (reunión, curso, asamblea, formación, etc.) a los que iba destinado el uso del crédito horario, so pena de no retribuir los tiempos no justificados. La STSJ de Galicia recurrida entendió que la exigencia de concretar las actividades a las que se destina dicho crédito, condicionando su retribución, constituía un sacrificio no razonable de la libertad sindical, condenando a la empresa a su retri-

bución, más a una indemnización por vulneración de dicha libertad. Por el contrario, el TS juzga que no constituye lesión de la libertad sindical que la empresa requiera una genérica justificación del fin al que se ha aplicado el crédito horario, al igual que tampoco supone una vulneración de dicha libertad que la empresa decida dejar de abonar el salario que queda sin justificar, pues en ningún momento se adoptado una medida sancionadora al respecto ni se ha impedido el disfrute del crédito. Se entiende, por tanto, que la exigencia de la empresa ni condiciona previamente, ni impide, ni coarta el libre desarrollo de las funciones representativas, sino que responde a la finalidad amparada por el legislador de evitar el uso ilícito de dicho crédito horario.

STS de 11 de junio de 2024 (Rº 472/2021): un ciberataque es causa de fuerza mayor justificativa de un ERTE.

En esta sentencia, el TS entiende que el ciberataque sufrido por una empresa constituye causa de fuerza mayor justificativa de un ERTE. La empresa, dedicada a servicios de telemarketing, había detectado un virus que estaba ocasionando el funcionamiento incorrecto de sus sistemas y para evitar su expansión se hizo necesario el apagado de buena parte de los equipos utilizados por sus trabajadores por un largo periodo de tiempo. Con fundamento en ello se solicitó un ERTE por fuerza mayor para suspender los contratos de casi 1.200 trabajadores; solicitud que fue rechazada por el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, la decisión de la Administración fue revocada por la Audiencia Nacional, cuya resolución es confirmada por el TS en el sentido de considerar que, aunque el ciberataque sufrido por la empresa era previsible —y de hecho la empresa había adoptadas medidas para prevenirlo—, se trata un hecho ajeno a la voluntad de la empresa, que en el caso concreto se reveló como inevitable, insuperable e irresistible, encajando, por ello, en la noción de fuerza mayor. Se rechaza así el criterio del Ministerio de Trabajo que sostenía que un ciberataque sufrido por una empresa que desarrolla sus servicios mediante el uso de sistemas informáticos, software, aplicaciones, etc., no puede ser calificado de fuerza mayor, sino en todo caso una causa técnica o productiva.

SAN de 6 mayo de 2024 (Rº 62/2024): no vulnera la libertad sindical ni la formalización en masa de acuerdos individuales de trabajo a distancia, ni la elaboración por la empresa de la política de desconexión digital.

La empresa comunica a los representantes de los trabajadores su intención de implantar un sistema de trabajo a distancia y un sindicato interpone demanda por vulneración del derecho de libertad sindical, que es desestimada por la Audiencia Nacional, considerando que los acuerdos individuales de trabajo a distancia no necesariamente deben ser objeto de negociación colectiva y argumentándose que el hecho de que estos contratos a menudo se configuren como de adhesión no conlleva *per se* su nulidad. Además, que la empresa establezca a través de estos acuerdos condiciones diferentes de las del convenio aplicable tampoco se considera una vulneración de la libertad sindical, porque el sindicato accionante carece de legitimación

inicial para participar en la negociación de ese convenio. Tampoco, en fin, se produce vulneración del derecho de libertad sindical porque la empresa haya impuesto de forma unilateral su política de desconexión digital. Sostiene el órgano judicial que de los arts. 87 y 88 LOPDGDD y del art. 18.1 LTD puede inferirse que una cosa es la política de desconexión digital y otra distinta la regulación del ejercicio de los derechos correspondientes. La primera puede ser elaborada por la empresa de forma unilateral, con el solo requisito de dar audiencia a los representantes de los trabajadores, mientras que la segunda sí que se encuentra expresamente encomendada por la ley a la negociación colectiva.

SAN de 3 junio de 2024 (Rª 289/2023): nulidad de cláusulas del acuerdo individual de trabajo a distancia sobre el porcentaje de trabajo presencial y sobre la compensación de gastos del trabajo.

La Audiencia Nacional, con apoyo en precedentes suyos, declara la ilegalidad de dos cláusulas tipo de un modelo de acuerdo individual de trabajo a distancia que una empresa ofrece a sus trabajadores. La primera, referida a la posibilidad de que la empresa requiera al teletrabajador para que preste un máximo de un 20% de su jornada mensual en modo presencial, se considera nula por vulnerar el art. 8 LTD, que establece que la modificación del porcentaje de presencialidad debe ser objeto de acuerdo individual. Señala asimismo la Audiencia que la fuente primordial de obligaciones en el trabajo a distancia es el acuerdo individual, correspondiendo a la negociación colectiva, según la disp. adicional 1ª LTD, un mero papel secundario. La nulidad de la segunda cláusula se deriva de reconocer el derecho de los teletrabajadores a disfrutar de dos días de libre disposición en compensación por los gastos del teletrabajo, en tanto que vulnera tanto el art. 7.b) LTD, que establece con carácter imperativo la asunción por el empresario de los gastos generados por el trabajo a distancia, como el convenio colectivo aplicable, que establece una compensación en metálico, mínima mensual, no compensable ni absorbible.

SAN de 28 junio de 2024 (Rº 137/2024): la empresa puede ofrecer la posibilidad de trabajo a distancia solo a los trabajadores excluidos del ámbito subjetivo del convenio colectivo.

No vulnera el principio de igualdad, ni es discriminatorio, puesto que, de otra forma, se confundiría aquel principio con la prohibición de discriminación, que una empresa ofrezca la posibilidad de teletrabajar en verano y en Navidad solo a los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación del convenio colectivo aplicable en virtud del propio convenio colectivo. Desestima, por este motivo, la Audiencia la demanda del sindicato que interesaba la aplicación a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo del régimen de teletrabajo voluntariamente suscrito por los trabajadores que aceptaron su exclusión de dicho convenio colectivo. Explica al respecto que si el convenio colectivo hace posible que la empresa ofrezca, discrecionalmente, la exclusión de su ámbito subjetivo a los trabajadores que lo acepten

voluntariamente, con el límite de un porcentaje que no puede superar el 33% del total de la plantilla, el diferente régimen aplicable al personal fuera-convenio, con mayor flexibilidad horaria, y al personal dentro-convenio está amparado por el convenio colectivo, lo que constituye fundamento objetivo suficiente para justificar esa diferencia de trato.

STSJ Islas Baleares de 9 febrero de 2024 (Rº 463/2023): despido disciplinario procedente cuando una trabajadora desconoce las instrucciones empresariales para los supuestos de estafas telefónicas.

Revoca la Sala la sentencia de instancia, que había declarado el despido improcedente. Y lo hace no tanto por considerar aplicable la doctrina judicial que declara la procedencia del despido por falta de diligencia en supuestos de estafa, puesto que los casos judiciales aportados por la empresa en su recurso venían referidos a trabajadores que ostentaban posiciones de mando estafados a través de mensajes enviados por correo electrónico. De hecho, advierte también la Sala que hay Juzgados que han declarado la improcedencia del despido cuando el trabajador víctima de la estafa ostenta una mera condición de dependiente. Lo importante, en este caso, para el Tribunal es que, aunque la estafa se realizó vía telefónica y la empleada tenía poco margen para reaccionar, existía una normativa empresarial interna que trataba específicamente la cuestión del manejo del dinero y la trabajadora estaba expresamente advertida por la empresa, incluso desde poco antes de que la estafa se produjese, de la proliferación en el sector de timos y estafas telefónicas. No habiendo observado la trabajadora la cautela mínima que imponía la existencia de estas instrucciones, considera la Sala que incumplió su deber de diligencia y quebrantó la confianza depositada en ella por parte de la empresa.

STSJ Castilla-León de 21 marzo de 2024 (Rº 535/2024): no se vulnera el art. 34.8 ET cuando se activa la cláusula de reversibilidad del trabajo a distancia por necesidades organizativas de la empresa.

Una trabajadora del sector del contact center venía teletrabajando desde la pandemia. En febrero de 2022 formaliza con su empresa un acuerdo de teletrabajo donde, entre otros aspectos, se establece la reversión de la actividad de teletrabajo "*porque la empresa cliente para la que se desempeñan los servicios pida la vuelta al site de todos o parte de los agentes*". El 25 de octubre de 2023 la trabajadora recibe comunicación y preaviso de reversión y vuelta al trabajo presencial porque una empresa cliente ha solicitado que el servicio vuelva a prestarse de forma presencial. Un día después, el 26 de octubre, la trabajadora envía solicitud de adaptar, *ex* art. 34.8 ET, su situación en modalidad de teletrabajo por cuidado de hija menor de 12 años. La empresa contesta rechazando la solicitud y la Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, que entendió adecuadamente fundamentada la negativa de la empresa por cuanto, si la empresa cliente exige trabajo presencial, no dar cumplimiento a esta exigencia puede desencadenar conclusiones fatales para esta línea de negocio.

STSJ Galicia de 11 abril de 2024 (Rº 10/2024): no vulneran ni el derecho a la intimidad, ni el derecho a la desconexión digital del trabajador, las llamadas empresariales interesándose por su estado de salud.

Una empresa que padece un nivel de absentismo de más del 16% elabora un procedimiento de seguimiento de las ausencias. La empresa se organiza en grupos de entre 15 y 17 trabajadores al frente de los cuales se halla un *team leader*. El protocolo de seguimiento del absentismo establece que el *team leader* llame por teléfono a los miembros de su grupo que no acuden a trabajar para interesarse por su estado de salud, pero en ningún caso para coaccionar o pedir la reincorporación ni para conocer el motivo de la ausencia, sin dejar constancia documental de la llamada; previéndose asimismo que el trabajador que manifieste sentirse molesto con la llamada no se le vuelva a llamar. De tomar conocimiento de que la baja está relacionada con el entorno laboral, el coordinador debe comunicar dicha circunstancia a Recursos Humanos. A la luz del relato de hechos probados, la Sala confirma el fallo de la sentencia de instancia y declara que este protocolo no vulnera ni el derecho a la desconexión digital del trabajador ausente, puesto que recibir una llamada de esta naturaleza no implica la necesidad de estar conectado al *software* de la empresa ni la obligación de responder comunicación digital de ningún tipo, ni su derecho a la intimidad, puesto que las llamadas son cordiales, atenderlas no es obligatorio y no preguntan ni por el motivo de la baja ni por nada relacionado con la misma.

STSJ Andalucía de 25 abril de 2024 (Rº 1302/2024): el contrato por circunstancias de la producción es fraudulento cuando se utiliza para cubrir necesidades fijo-discontinuas, pero no necesariamente nulo por estar el trabajador en situación de IT.

Confirma la Sala la declaración del carácter fraudulento, llevada a cabo por la sentencia de instancia, del contrato temporal "largo" por circunstancias de la producción concertado para contratar un cocinero en un hotel en verano. La ocasionalidad que exige el art. 15 ET para celebrar este contrato no casa bien con el rasgo de permanencia de un cocinero más cada verano en el hotel, de modo que la empresa hubiera debido utilizar un contrato fijo discontinuo. El Tribunal, asimismo, deja en el aire, con buen criterio, la posibilidad de admitir la validez del contrato corto por circunstancias de la producción para este mismo caso del cocinero, aunque ello condicionado a que el contrato no excediese la duración máxima deducible de los 90 días al año que el empresario puede utilizar este contrato, superada de largo. La Sala, por lo demás, revoca la declaración de nulidad, sustituyéndola por la de improcedencia, del cese del cocinero comunicado por la empresa a la llegada del término final del falso contrato temporal, hallándose aquel de baja por IT. Según el Tribunal, la Ley 15/2022 no ha introducido un supuesto de nulidad objetiva de estos despidos y no existen, en este caso concreto, indicios de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de su estado de salud, puesto que

la fecha de finalización del contrato fue pactada de mutuo acuerdo antes de que dieran comienzo los procesos de IT.

STSJ Castilla-La Mancha de 10 mayo de 2024 (Rº 548/2024): las reseñas de clientes en Google como prueba del abuso de autoridad y los malos tratos de una encargada a sus subordinados.

Una encargada de supermercado recibe carta de despido por abuso continuado de autoridad en el ejercicio de sus funciones, falta tipificada en el convenio aplicable. La empresa toma un primer conocimiento de los hechos mediante las reseñas publicadas en Google por los clientes del supermercado, que invariablemente advertían de un trato con enorme desconsideración de la gerente a sus compañeros. La empresa aprovecha la negociación del plan de igualdad para pasar a sus trabajadores una encuesta anónima que, complementada con la celebración de entrevistas, reveló que, efectivamente, el personal del supermercado se consideraba objeto de maltrato psicológico por parte de la gerente. Y la Sala confirma el criterio de la Magistrada de instancia, que había rechazado la prescripción de la falta por considerar que se trata de un supuesto de falta continuada en el tiempo, en cuyo caso el plazo de seis meses se cuenta desde la fecha de comisión de la falta y considerando como tal la fecha en que cesa dicha conducta. Se considera asimismo, aplicando el criterio jurisprudencial referido a la 'suficiencia informativa', que la carta de despido proporciona un conocimiento suficiente, claro e inequívoco de los hechos imputados, puesto que recoge algunas conductas específicas y fechas concretas y expone otras conductas de manera aproximada, con referencia al mes en que tuvo lugar el hecho, reflejando también que todas sus conductas han sido observadas incluso por los clientes, que lo han reflejado en reseñas y comentarios negativos con respecto a sus formas en la relación con sus compañeros.

STSJ Castilla-León de 20 mayo de 2024 (Rº 1001/2024): la decisión empresarial de retractarse de un despido produce efectos si se adopta antes de que el despido sea efectivo.

La empresa comunica a una trabajadora su despido disciplinario el 31 de julio de 2023 con efectos del 24 de agosto, tras finalizar periodo de vacaciones. La trabajadora insta conciliación el 17 de agosto. El 22 de agosto, la empresa comunica a la trabajadora mediante burofax y whatsapp que se retracta del despido. La Sala confirma la sentencia de instancia, que apreció falta de acción de la trabajadora al entender que dicha acción se ejercitó cuando la relación laboral se encontraba vigente. Se remite el Tribunal a jurisprudencia previa, de acuerdo con la cual el empresario puede retractarse de la rescisión del contrato una vez esta ha sido comunicada al trabajador y en tanto la prestación de servicios continúe y el contrato siga vigente. Hasta que el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue el vínculo contractual y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes, la retractación empresarial es válida y produce como efecto que el contrato no se extinga.

STSJ Castilla-La Mancha de 24 mayo de 2024 (Rº 692/2024): no nulidad del despido por su vinculación con la IT del trabajador si el servicio de prevención lo declara no apto y la empresa no puede efectuar ajustes razonables.

Este caso tiene la particularidad de la cronología de los hechos. El trabajador no está de baja por IT cuando recibe la notificación de despido objetivo, sucediendo que, seis días después de esta comunicación, el INSS emite baja por recaída que retrotrae sus efectos a una fecha previa al despido. Para el Tribunal manchego, la empresa adopta la decisión extintiva cuando desconocía la nueva situación de IT del trabajador, no acogiendo la reclamación de nulidad del despido porque, aun tras la Ley 15/2022, el despido de un trabajador en situación de IT no genera un supuesto de nulidad objetiva. Considera asimismo la Sala que la STJUE de 18 de enero de 2024 no enerva la facultad empresarial de despedir por ineptitud sobrevenida fundamentada en el informe médico del servicio de prevención si la empresa justifica adecuadamente la imposibilidad de practicar ajustes razonables. Considera, en fin, el Tribunal que el trabajador, más que reclamar la nulidad del despido y su reubicación en otro puesto de trabajo, que ni siquiera identifica, debería haber cuestionado el informe del servicio de prevención y asimismo precisar los ajustes razonables que, a su juicio, la empresa hubiera podido practicar para mantener su empleo.

Sobre la revista

Trabajo y Empresa, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tirant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

Trabajo y Empresa, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial:* se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.

Equipo editorial

El primer compromiso de ***Trabajo y Empresa*** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Secretario de redacción:

Ángel Jurado Segovia.
Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

Comité de redacción

María Amparo García Rubio
Profesora Titular. Universidad de Valencia.

Juan Gil Plana.
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Mónica Llano Sánchez
Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompart Bennàssar
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Enrique Nores Torres
Profesor Titular. Universidad de Valencia.

Margarita Tarabini-Castellani Aznar.
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Javier Thibault Aranda
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Comité científico

Raquel Aguilera Izquierdo
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Icíar Alzaga Ruiz
Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Stefano Bellomo
Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.

Alberto Cámara Botía
Catedrático. Universidad de Murcia.

Maria Teresa Carinci
Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.

María Antonia Castro Argüelles
Catedrática. Universidad de Oviedo.

Francisco Javier Gárate Castro
Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

Salvador del Rey Guanter
Catedrático. Esade Law School.

Juan García Blasco
Catedrático. Universidad de Zaragoza.

Joaquín García Murcia
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio García-Perrote Escartín
Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Magistrado del Tribunal Supremo.

José María Goerlich Peset
Catedrático. Universidad de Valencia.

Jesús Lahera Forteza
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

María Lourdes López Cumbre
Catedrática. Universidad de Cantabria.

Manuel Luque Parra
Catedrático. Universidad Pompeu Fabra.

Jesús Martínez Girón
Catedrático. Universidad de A Coruña.

Jesús Mercader Uguina
Catedrático. Universidad Carlos III de Madrid.

José Luis Monereo Pérez
Catedrático. Universidad de Granada.

Erik Monreal Bringsvaerd
Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Ana Orellana Cano
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Rosario Palma Ramalho
Catedrática. Universidad de Lisboa.

Antonio Preteroti. Ordinario
Università degli studi di Perugia.

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática. Universidad de La Laguna.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático. Universidad de Sevilla.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática. Universidad de Valencia.

Carmen Sáez Lara
Catedrática. Universidad de Córdoba.

Carolina San Martín Mazzucconi
Catedrática. Universidad Rey Juan Carlos.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Wilfredo Sanguineti Raymond
Catedrático. Universidad de Salamanca.

Concepción Rosario Ureste García
Magistrada del Tribunal Supremo.

Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales

Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

Criterios generales para la presentación y remisión de originales

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los

autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado "Sistema de numeración decimal de capítulos" y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): "Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación", en Ramos Ramos, María (coord..): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): "The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context", *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daouidi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

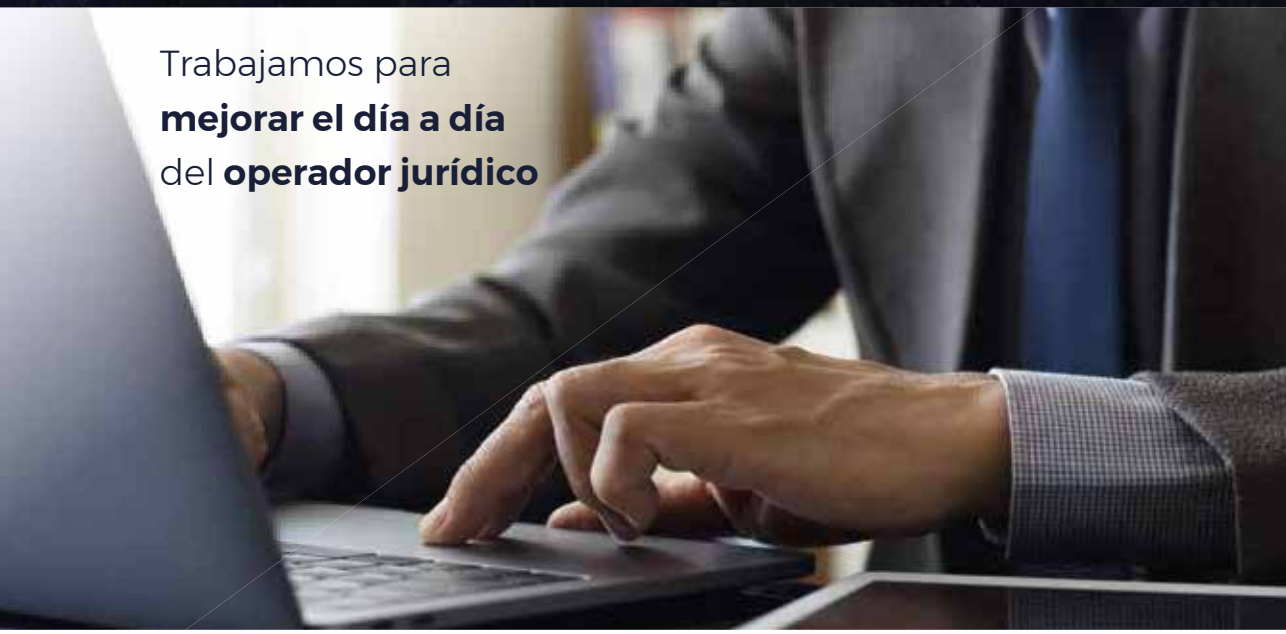
trabajoempresa.revista@gmail.com

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica

en expansión



Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/