

«MIENTRAS TANTO...»: UN «COSMÉTICO» NUEVO TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Es necesario abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternales: esa historia de Santa Claus de la completa certidumbre jurídica...; la fantasía de un sistema estéticamente... armonioso...

Jerome Frank

Law and the Modern Mind (Derecho y pensamiento moderno)

EXTRACTO

La Ley del «Estatuto de los Trabajadores» de España ha experimentado un nuevo proceso de refundición normativa (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre). Las relaciones de trabajo están sometidas a un número creciente de reformas legales que obligan a reconducir a unidad la pluralidad de leyes. No obstante, el nuevo texto legal ofrece pocas novedades relevantes, si bien algunas de las que incluye han sido resultado de diversas decisiones legislativas altamente polémicas. El Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social de España han dado su conformidad a la labor de refundición normativa, pues el texto legal nuevo adolece de vicios de nulidad. Aquí ofrecemos una crónica crítica de las novedades legales más controvertidas. Ahora bien, el Estatuto de los Trabajadores vigente mantiene numerosas lagunas y múltiples contradicciones jurídicas que exigen una revisión más profunda, no una mejora meramente «cosmética». El verdadero nuevo Estatuto de los Trabajadores español debe recuperar el equilibrio perdido entre la función productiva, que se ha exacerbado, y la función distributiva, que se ha devaluado.

Palabras claves: Estatuto de los Trabajadores, textos refundidos legales y seguridad jurídica.

Fecha de entrada: 28-10-2015 / Fecha de aceptación: 29-10-2015

«MEANWHILE...»: A «COSMETIC» NEW REVISED TEXT OF THE STATUTE OF WORKERS

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The «Statute of Workers» of Spain has experienced a new regulatory process (Royal Legislative Decree 2/2015, October 23). Working relationships are subject to a growing number of legal reforms that require constant adjustment of the plurality of laws. However, the new legal text offers few notable legal developments, although it includes some that have been the result of several highly controversial legislative decisions. The State Council and the Economic and Social Council of Spain have agreed to the policy of recasting of law, because the new legal text does not suffer vices of nullity. In this study we discuss the most contentious legal issues. However, the «Workers' Statute» maintains «loopholes» and many «legal contradictions» that require further review, not merely improvement «cosmetic». The real new «Spanish Workers' Statute» must recover the lost balance between the «productive function», which has been exacerbated, and «distributive function», which has been devalued.

Keywords: Statute of Workers of Spain, policy of recasting of law and legal security.

Sumario

1. «Armonizar» no es «crear» derecho «nuevo», pero sí «clarificar» la «vigencia» del «presente»: ¿Es fiable una refundición sin fechar su entrada en vigor?
2. Una observación tranquilizadora: Pese a ese «olvido», y salvo ciertos puntos críticos, la refundición es correcta
 - 2.1. Diálogo y conflictos entre el «listado de leyes a refundir» –más amplio– y el «listado de leyes a derogar» –más reducido–
 - 2.2. Un «aprobado condicionado» por los órganos consultivos: El texto originario era manifiestamente mejorable ¿y el final?
3. Contenidos reguladores más relevantes del nuevo TRET: Puntos críticos
 - 3.1. Ámbito subjetivo: Relaciones laborales especiales
 - 3.2. Artículo 6. El trabajo de menores (y la normativa preventiva de riesgos laborales)
 - 3.3. Artículo 8. Forma del contrato de trabajo (y normativa de protección de datos)
 - 3.4. Artículo 11 del nuevo TRET. *Los contratos formativos (clasificación profesional y algunas nuevas situaciones personales)*
 - 3.5. Nuevo artículo 16. Ubicación propia del fijo-discontinuo
 - 3.6. Artículo 19 (Seguridad y salud en el trabajo). Más allá del cambio terminológico, la debida regularización clarificadora queda todavía pendiente
 - 3.7. Artículo 22 y disposición derogatoria única del nuevo TRET. La clasificación profesional por grupos o de cómo a veces *habla más el silencio que la palabra*
 - 3.8. Movilidad geográfica y protección integral de las personas con discapacidad
 - 3.9. Suspensión del contrato de trabajo (arts. 45-48): Bienvenida a la «guarda legal con fines de adopción» ¿adiós al servicio militar como causa suspensiva?
 - 3.10. Reordenación estructural de la parte «extravagante»: Alguna novedad, real o pretendida, en las disposiciones adicionales, transitorias y finales
4. Reflexión final: ¿Reforma, contrarreforma o codificación para un nuevo Estatuto de los Trabajadores más allá de las operaciones cosméticas?

1. «ARMONIZAR» NO ES «CREAR» DERECHO «NUEVO», PERO SÍ «CLARIFICAR» LA «VIGENCIA» DEL «PRESENTE»: ¿ES FIABLE UNA REFUNDICIÓN SIN FECHAR SU ENTRADA EN VIGOR?

A menos de dos meses de las Elecciones Generales, en las que uno de los temas más agriamente en liza es el de la «contrarreforma laboral», cuando no directamente de la derogación de la reforma laboral, por la «inseguridad laboral» gene-

rada al facilitar la adaptabilidad constante a las circunstancias de la empresa, y en un contexto de muy intensa conflictividad aplicativa de esta, ante las críticas por «inseguridad jurídica» generada en virtud de las correcciones judiciales de la voluntad legislativa, el Gobierno aprobó el nuevo «Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores»: [Real Decreto Legislativo 2/2015, 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores](#) (TRET). Presentado en sociedad por la propia ministra –la función comunicativa, aun formal, de las leyes es hoy una componente esencial del proceso de producción jurídica, a fin de que, siendo más conocidas sean más respetadas («amadas») por sus destinatarios–, se apresuró de inmediato –aunque ya figuraba en la Memoria que acompañaba al Proyecto– a poner de relieve que el nuevo TRET buscaba mejorar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas ya vigentes, pero en absoluto se creaba «novedad sustantiva» alguna. No faltaba completamente a la verdad, pues la habilitación concedida, en el marco del artículo 82.5 de la CE, por la [Ley 20/2014](#) permite publicar un «texto» que unifique las diversas leyes modificativas del Estatuto de los Trabajadores, así como clarificar y «sistematizar» sus preceptos, a fin de ofrecer un «orden armonioso»; pero no la dijo toda.

El Tribunal Constitucional tiene afirmado –lo que recordará en varias ocasiones el [Dictamen 838/2015, de 8 de octubre, del Consejo de Estado](#)– que la potestad refundidora encomendada por el legislador al Gobierno siempre

tiene «un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa». La razón estribaría en que, como actividad comprensiva del sentido práctico de un conjunto de normas reguladoras que es, implicaría de forma necesaria

La potestad refundidora siempre tiene «un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa»

«... un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad de "regularizar, aclarar y armonizar los textos le-

gales que han de ser refundidos", pues ello permite al Gobierno (...) la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático (STCO 166/2007, FJ 8.º)».

En suma, no es tan «inocente» jurídicamente la potestad refundidora de textos legales para crear un nuevo texto, «sistemático y armónico» –por tanto completo y coherente, frente a la dispersión y descoordinación precedentes–. Y, en la práctica, se constata que el originario «Proyecto» de TRET estaba plagado de «opciones interpretativas», algunas de las cuales se han mantenido y otras, sin embargo, se han corregido, precisamente atendiendo a las opciones, ellas también «creadoras», interpretativas de los órganos consultivos que han intervenido en su producción final –Consejo Económico y Social (CES) y Consejo de Estado–. A lo largo de estas páginas veremos en qué se ha concretado finalmente esta dimensión creativo-interpretativa gubernamental del nuevo proceso refundidor del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, aun aceptando el primado de esta función clarificadora, se convendrá que la primera regla de precisión de un texto legislativo de tal guisa sea la fijación, sin duda alguna, de su entrada en vigor, incorporando una norma expresa a tal fin, bien de vigencia inmediata (si se conviene en que no crea un genuino «Derecho nuevo», pero sí deroga leyes precedentes dispersas con el nuevo Texto Único) bien de diferida (en la medida en que se quiera aguardar un tiempo para dar a conocer la reordenación de artículos que ha podido tener lugar). Si la del primer tipo es la que más conviene al TRET, pues no reordena el cuerpo articulado –mantiene su estructura de 92 artículos; sí cambiará la «parte extravagante», integrada por un número significativo de (nuevas y reordenadas) disposiciones adicionales, transitorias y finales, algunas derogadas–, la de segundo tipo es la más pertinente para el otro Texto Refundido aprobado el mismo día y hora, el de la «Ley de Empleo» –TRLE, en adelante–, que será objeto de un estudio específico en el próximo número de la Revista. Pues bien, con extrema perplejidad, verificamos que ni una ni la otra cuentan con disposición final alguna que determine su vigencia.

Estamos, pues, ante un primer elemento de incertidumbre y, con él, algo bastante peor, pues emergen dudas sobre cuánto de fiable es una refundición que «olvida» clarificar cuándo entra en vigor el «nuevo texto legal». Sí, cierto, todos conocemos bien que, fuera del texto, en el «contexto jurídico» más general, hay una regla legal que ayuda a salvar este tipo de deficiencias de técnica legislativa, la del artículo 2.1 del viejo [Código Civil](#). Y en él se dice que, a falta de regla específica, las leyes tienen un periodo de *vacatio legis* de 20 días naturales, a contar desde su publicación (esto es, entrará en vigor el 13 de noviembre). Ya está resuelto, no habría

No deja de ser llamativo que una norma que quiere resolver los –muchos– problemas de desarmonización por la sucesión de leyes modificativas requiera el auxilio de otra ley para saber cuándo entra en vigor

mayor problema. Seguro que sí formalmente; pero no deja de ser llamativo que una norma que quiere resolver los –muchos– problemas de desarmonización por la sucesión de leyes modificativas requiera el auxilio de otra ley para saber cuándo entra en vigor. Una omisión que sorprende más si se tiene en cuenta que sí contenía una cláusula de este tipo la versión de junio de 2015 –disp. final única–, de ahí que –si bien no ponía fecha concreta, lo dejaba en «puntos suspensivos»– no repararan en el vacío ni el CES ni el Consejo de Estado.

En fin, un mayor respeto a esta exigencia de seguridad jurídica y de calidad legislativa hubiese sido un buen aval para confiar en que, lo que sigue después, responde a la más ortodoxa corrección jurídica de este tipo de textos, debidos a la potestad gubernamental –aunque distinta a la del art. 86 ET, que sí permite crear Derecho nuevo, por la excepcionalidad de la situación– pero con valor jurídico de ley. Al respecto, debe evidenciarse que tanto el CES como el Consejo de Estado –aunque más difusamente– se quejaron del escaso tiempo –se siguió el procedimiento de urgencia, que reduce los plazos de emisión del Informe o Dictamen respectivo a la mitad– dispuesto para su función participativa en una labor de gran complejidad. Entonces, ¿es suficientemente fiable el resto de su contenido? Veámoslo.

2. UNA OBSERVACIÓN TRANQUILIZADORA: PESE A ESE «OLVIDO», Y SALVO CIERTOS PUNTOS CRÍTICOS, LA REFUNDICIÓN ES CORRECTA

2.1. DIÁLOGO Y CONFLICTOS ENTRE EL «LISTADO DE LEYES A REFUNDIR» –MÁS AMPLIO– Y EL «LISTADO DE LEYES A DEROGAR» –MÁS REDUCIDO–

El Estatuto de los Trabajadores –ET–, norma axial del –por otro lado, muy convulso– ordenamiento jurídico laboral español reúne la doble condición exigida para ser objeto de este nuevo proceso de refundición –trascendencia para el ámbito de la vida social regulada, tanto para los ciudadanos como para las empresas (aquí el mundo del trabajo) y secuencia múltiple de reformas (más de medio centenar desde 1980)–. Como no cabe negar que esa refundición es un presupuesto para el doble valor de la «simplificación» y «trasparencia» de cualquier marco regulador de calidad elemental –disp. adic. 2.^a Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno–. Al respecto, hay que recordar que eran más de 15 leyes las que incidían en el ET y

coadyuvaban a una dispersión extrema, a menudo por el efecto de inestabilidad que supone la sujeción, cuando no el servilismo, a las políticas de fomento de la contratación incluidas en las sucesivas reformas del mercado laboral –9 de 15–. No obstante, si bien estas son las de mayor

Esa refundición es un presupuesto para el doble valor de la «simplificación» y «trasparencia» de cualquier marco regulador de calidad

efecto desestabilizador, hay que tener en cuenta también las que responden, de forma mayoritaria, a la coordinación con aquellas leyes que han ido multiplicando las «relaciones laborales especiales».

La resultante era la necesidad de refundir –art. Uno, letra d) **Ley 20/2014**–:

1. Las leyes vinculadas a las reformas del mercado de trabajo precedentes.
 - a) **Ley 12/2001, de 9 de julio**, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo: disposiciones adicionales 4.^a y 5.^a; disposición transitoria 2.^a.
 - b) **Ley 43/2006, de 29 de diciembre**, para la mejora del crecimiento y del empleo: disposición adicional 7.^a y disposición transitoria 2.^a.
 - c) **Ley 35/2010, de 17 de septiembre**, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: disposiciones adicionales 1.^a y 3.^a; así como disposiciones transitorias 1.^a, 2.^a y 12.^a.
 - d) **Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto**, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo: artículo 5, disposición adicional 5.^a y disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a.
 - e) **Ley 3/2012, de 6 de julio**, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: artículo 17, las disposiciones adicionales 6.^a y 9.^a, y las disposiciones transitorias 5.^a, 6.^a, 9.^a, 10.^a y 15.^a.
 - f) **Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio**, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: disposición transitoria 7.^a.
 - g) **Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo**, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo: disposición adicional 6.^a.
 - h) **Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre**, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad: disposición transitoria única.
 - i) **Ley 1/2014, de 28 de febrero**, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social: disposición transitoria 2.^a.
2. Las leyes que incorporan nuevas Relaciones Laborales especiales y algunas otras cuestiones «menores» de coordinación –terminológica, temporal–.
 - a) **Ley 44/2003, 21 de noviembre**, de ordenación de las profesiones sanitarias: artículo 20.3 y disposición adicional 1.^a (*Relación laboral especial de residente*).

- b) [Ley 53/2002, de 30 de diciembre](#), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: artículo 39 (*Relación laboral especial de los menores internados*).
- c) [Ley 22/2005, de 18 de noviembre](#), que incorpora diversas directivas en materia de fiscalidad (incluido el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea): disposición adicional 1.^a (*Relación laboral de carácter especial de abogados*).
- d) [Ley 39/2006, de 14 de diciembre](#), de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: disposición adicional 8.^a (Adaptación terminológica para incluir «personas con discapacidad» en vez de «minusválidos»).
- e) [Ley 9/2009, de 6 de octubre](#), de ampliación de la duración del permiso de paternidad (nacimiento, adopción y acogida): disposición final 2.^a (*regla de adaptación a la nueva vigencia diferida del permiso*).
- f) [Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos: reformulación de la *Relación laboral especial de estibadores portuarios*.

La disposición derogatoria única del nuevo TRET no refleja estrictamente en su texto la relación del artículo uno letra d) de la Ley 20/2014

Creemos oportuna esta subdivisión material del listado legal –puramente cronológico– para comprender lo que, de otro modo, resultaría una nueva sorpresa negativa: la disposición *derogatoria única* del nuevo TRET no refleja estrictamente en su texto la relación del artículo uno

letra d) de la [Ley 20/2014](#), porque solo deroga formalmente –no materialmente: su contenido se incorpora como texto de la nueva norma refundida– las nueve que tienen que ver con anteriores reformas del mercado de trabajo. En cambio, las del segundo grupo de leyes refundidas no aparecerán, lo que significa que se mantienen intactas, también formalmente. La divergencia no siempre es correcta, a mi juicio, aunque haya recibido aval del Consejo de Estado.

En relación con la técnica de derogación formal, hay que incidir en la idea de excluir «Derecho Legislado nuevo», para ser «Derecho Legislado refundido», aunque tampoco pueda confundirse con mero «Derecho recopilado». Consecuentemente, el contenido de los preceptos afectados por la refundición, sin perjuicio de la «clarificación» necesaria para armonizar el entero conjunto regulador, se incluirá materialmente en el nuevo texto. Por tanto, es puro artificio legislativo, pues se dice derogar formalmente lo que materialmente continúa en vigor, solo que en un texto diferente único –además, el cuerpo articulado del TRET mantiene su estructura y su numeración: 92 artículos, aunque alguno de ellos haya cambiado de contenido (art. 16) y otros hayan visto una reordenación interna de apartados; la parte «extravagante» sí ha variado notablemente, porque se ha reestructurado en su totalidad–.

En cambio, para la *técnica de merca coordinación* reguladora con leyes que prevén ciertos mandatos de desarrollo normativo –relaciones laborales especiales; la adaptación de lenguaje; el aplazamiento de vigencia de cierto permiso–, bastará con incluir la referencia en el precepto estatutario, pero sin derogar la regulación originaria. Si con carácter general, como se ha dicho, esta opción de técnica legislativa es correcta, dado que se mantiene la versión de las normas de procedencia de la regulación materialmente incorporada al nuevo TRET, no es así en todos los casos, como veremos –la solución dada a los problemas de descoordinación entre el art. 19 TRET y la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que mantiene prácticamente intacto aquel, salvo el cambio del lenguaje; la conservación también total de la normativa reguladora de la duración del permiso de paternidad–. Conviene ya anticipar que ni siquiera el CES y el Consejo de Estado tienen una misma opinión al respecto, evidenciadas en sendos Dictámenes sobre el Proyecto del Real Decreto Legislativo (Dictámenes 12/2015, de 28 de julio y 838/2015, de 8 de octubre, respectivamente).

Conviene ya anticipar que ni siquiera el CES y el Consejo de Estado tienen una misma opinión al respecto, evidenciadas en sendos Dictámenes

Si con carácter general, como se ha dicho, esta opción de técnica legislativa es correcta, dado que se mantiene la versión de las normas de procedencia de la regulación materialmente incorporada al nuevo TRET, no es así en todos los casos, como veremos –la solución dada a los problemas de descoordinación entre el art. 19 TRET y la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que mantiene prácticamente intacto aquel, salvo el cambio del lenguaje; la conservación también total de la normativa reguladora de la duración del permiso de paternidad–. Conviene ya anticipar que ni siquiera el CES y el Consejo de Estado tienen una misma opinión al respecto, evidenciadas en sendos Dictámenes sobre el Proyecto del Real Decreto Legislativo (Dictámenes 12/2015, de 28 de julio y 838/2015, de 8 de octubre, respectivamente).

2.2. UN «APROBADO CONDICIONADO» POR LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: EL TEXTO ORIGINARIO ERA MANIFIESTAMENTE MEJORABLE ¿Y EL FINAL?

El texto final gubernamental ha procurado atender a uno y otro. Pero, conviene indicarlo, no se va a plegar a todas las observaciones críticas, de carácter general y, sobre todo, particulares, efectuadas por ambos organismos consultivos. Al respecto, queda bien claro que el Consejo de Estado ha tenido más predicamento en la versión final que el CES. El preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2015 no lo oculta, cuando utiliza, para la participación del CES, la fórmula «informado por...», y para la del Consejo de Estado, «de acuerdo con el Consejo de Estado...».

El CES y el Consejo de Estado emitieron varias observaciones críticas de cierto relieve sobre el fondo. Unas, la mayoría, sí fueron tenidas en cuenta por el texto refundido final, y otras, no tanto

Sin embargo, uno y otro emitieron varias observaciones críticas de cierto relieve –más allá de las usuales de tipo formal o de estricta técnica legislativa, por lo común acogidas– sobre el fondo. Unas, la mayoría, sí fueron tenidas en cuenta por el texto refundido final, y otras, no tanto.

En consecuencia, también ya desde este plano relativo al contenido concreto se evidencia algo que se anticipó en el anterior apartado y es la especial enjundia jurídica de esta labor, aparentemente formal, de «refundición técnico-legislativa», que no resulta tan inocua como el Gobierno ha querido presentar. El Consejo de Estado es mucho más incisivo al respecto que el CES, asumiendo los dos el fuerte contraste existente

entre el escaso contenido del proceso comunicativo gubernamental de refundición y la enorme trascendencia de la ley refundida (consideración segunda del [Dictamen del Consejo de Estado](#)), aunque se limite la materia a refundir el «*originario y actual ET y que el mandato de refundición respeta y deja fuera esa parte de la legislación laboral que desde un primer momento no se incluyó en la Ley 8/1980, cuya nueva refundición ahora se realiza*» (consideración tercera)¹.

En cualquier caso, y para no seguir con el suspense en relación con la pregunta que encabezaba este comentario –la relativa a su fiabilidad–, es legítimo concluir, como resume el título de este segundo apartado, que la refundición resulta, en lo sustancial y desde una valoración global, correcta. Así lo concluyen, no obstante sus críticas, de forma y de fondo, tanto el CES como el Consejo de Estado –que tuvo en cuenta también, a veces para confirmar, otras para discrepar de, el parecer del CES–. Este concluye que el nuevo TRET «se ajusta a los términos de la Ley de delegación de la que trae causa y puede ser sometido a la aprobación del Gobierno», sin incurrir en vicio de nulidad, dado que ni incluye

Es legítimo concluir que la refundición resulta, en lo sustancial y desde una valoración global, correcta.

Esta conclusión es independiente de recomendar que el texto elaborado sea depurado a la vista de las diversas observaciones efectuadas

«mandatos jurídicos nuevos, que no se encuentren en las normas objeto de refundición» ni excluye «reglas jurídicas que sí que estaban previstas en los textos legales» a refundir ni, finalmente, desentona gravemente de «las normas elementales de la buena técnica legislativa» (consideración quinta [Dictamen del Consejo de Estado](#)). Ahora bien, advierte del mismo modo, que:

«Esta conclusión es independiente de recomendar que el texto elaborado sea depurado a la vista de las diversas observaciones efectuadas en el cuerpo del presente dictamen con la intención de mejorar su factura técnica y redacción».

Para no incurrir aquí en reiteraciones innecesarias dejaremos la referencia a estas críticas para el análisis individualizado de los aspectos más novedosos del nuevo TRET. En este apartado bastará con sintetizar e ilustrar brevemente las principales líneas de cambio:

1. *Reajustes formales y sistemáticos.* El nuevo TRET ha optado por incrustar el contenido literal de la práctica totalidad de los preceptos refundidos, lo que ha favorecido que se respete la estructura del articulado anterior, con ventajas –facilita el conocimiento de las reglas– e inconvenientes –perpetúa artículos largos y desor-

¹ El [Dictamen del Consejo de Estado](#) llama la atención sobre esa otra materia laboral a refundir por la llamada expresa del artículo 1 de la [Ley 20/2014](#) pero que no verá la luz –[Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal–, sí otras –nuevos textos refundidos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de la [Ley de Empleo](#)–.

denados, a raíz del efecto de las sucesivas e incesantes leyes—. Solo en algún caso se ha desdoblado un artículo para sustituir el vacío dejado por otro (arts. 15 y 16). Sin embargo, los mayores ajustes del nuevo TRET se concretan en mejoras de tipo formal, con una finalidad de mejora sistemática:

- Reubicación sistemática de algunas previsiones del actual TRET (traslado al art. 8 nuevo TRET de obligaciones contenidas en los viejos arts. 16 y 12.4).
- Actualización terminológica («personas con discapacidad» en vez de «minusválidas» –arts. 2.1 g); 20–; «dignidad» en vez de «dignidad humana» ex art. 20; «incapacidad permanente» frente a «invalidez»; art. 48; Leyes y Ministerios; nombre íntegro del Fondo de Garantía Salarial, etc.).
- Revisión de concordancias y de remisiones a otras leyes, sin indicación de preceptos concretos, pero con precisión del número y fecha de la ley –LPRL, LGSS, protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; datos de carácter personal–, como recomienda el Consejo de Estado para evitar la desactualización de las concordancias. La versión originaria acudía indistintamente a una fórmula u otra, lo que reprochó el CES, que le pidió una homogenización, eligiendo la de mayor concreción, pero también de mayor riesgo de desactualización –basta cambiar la ley para quedar obsoleta la remisión–. En algunos casos la remisión es total, como el artículo 60.1 (prescripción de infracciones empresariales) al [Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social](#) (TRLISOS).
- Recepción legislativa de nuevas figuras legales (ejemplo: la *guarda con fines de adopción*; arts. 11, 37, 48...), incluso de nuevos conceptos legales como el de «atención integral», al que respondería el nuevo apartado 5 del artículo 40 del TRET y regulado en los artículos 13-15 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad ([RDLeg. 1/2013, 29 de noviembre](#)), pese a que estos no aparecen en el listado de leyes a refundir.

2. *Ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo*. Aunque, una vez más, estamos solo ante cambios sistemáticos-formales, no ante innovaciones jurídicas, el nuevo TRET ha aprovechado la oportunidad de la refundición para actualizar tanto el

El nuevo TRET ha aprovechado la oportunidad de la refundición para actualizar el catálogo de inclusiones como Relaciones Laborales Especiales

catálogo de inclusiones como Relaciones Laborales Especiales –art. 2– cuanto el de exclusiones –art. 1–. El primer plano de incidencia tiene mayor sustantividad, ofreciéndose ahora un cuadro completo de tales relaciones laborales –incluye nominalmente la de menores internados, la de residencia para la formación de especia-

lista en Ciencias de la Salud y la de abogados que prestan servicios en despachos, sean individuales sean colectivos–, aunque su regulación siga figurando en textos legales distintos y en sus normas propias de desarrollo reglamentario. Por lo que hace a las exclusiones, el Gobierno opta por una fórmula más abierta y –dice, ingenuamente– «atemporal»–, para formular la exclusión de las relaciones de trabajo público estatutario: artículo 1.3 a) nuevo TRET: «La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se registrará por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias». Pese al aval del Consejo de Estado, cuyas recomendaciones ha seguido, la nueva fórmula genera más incertidumbre en ese deseo de apertura, pues sustituye un listado preciso de empleadores público-administrativos por un genérico «sector público», con lo que abre la caja de Pandora de fijar qué se entiende por sector público a estos efectos, sabiendo que hay diversas leyes administrativas que lo fijan –la disp. adic. 16.ª del TRET contiene una remisión a la Ley de Contratos del Sector Público, la más genérica; pero hay otras, como en el Estatuto Básico del Empleado Público–.

3. *Completa reordenación del «cuerpo complementario» o «parte extravagante».* A diferencia del «cuerpo articulado» del nuevo TRET, que se ha mantenido, su «cuerpo dispositivo complementario» se ha modificado sustancialmente. La mayor parte de estos cambios se debe a la incorporación material –traslado o exportación– de preceptos de la «parte extravagante» (adicionales, transitorias, finales) de otras leyes, expresamente derogados, a la parte extravagante de este –disps. adics., finales y trans. del nuevo TRET–. Aunque el Consejo de Estado ha emitido un juicio global favorable, en algunos casos la tarea refundidora ha presentado problemas específicos.

3. CONTENIDOS REGULADORES MÁS RELEVANTES DEL NUEVO TRET: PUNTOS CRÍTICOS

3.1. ÁMBITO SUBJETIVO: RELACIONES LABORALES ESPECIALES

a) El catálogo de relaciones laborales especiales se completa...

Como anticipábamos *ut supra*, un aspecto de alcance ciertamente sustantivo, no solo formal, del nuevo TRET es la incorporación de las tres relaciones laborales especiales que, hasta ahora, quedaban fuera del listado de su artículo 2: «i) *La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.* j) *La de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.* k) *La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos».*

Curiosamente, ninguna mención a ello aparece en el [Dictamen del CES](#), mientras que sí es una de las materias más analizadas en el muy extenso [Dictamen del Consejo de Estado](#). Sin embargo, no será en esta integración del catálogo de relaciones laborales especiales donde se detenga el Consejo de Estado, pues en última instancia no es sino una novedad nominalista, en la medida en que ya figuraban mencionadas y reguladas como tales relaciones laborales de carácter especial en sus correspondientes leyes y desarrollos reglamentarios que quedan, lo que es, aquí sí, completamente lógico y coherente, inalteradas. De ahí que, como también se apuntó, permanezca ajena esta materia a la derogatoria única del [TRET](#). La relación laboral especial que más atención captará del Consejo de Estado es la reformulación que se hace en la listada en la letra h) del artículo 2.1 del nuevo [TRET](#), esto es, la propia de «*estibadores portuarios que presten servicio a través de entidades de puesta a disposición de trabajadores a las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, siempre y cuando dichas entidades desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario*». En la versión anterior se enunciaba en estos otros términos: «h) *La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas*».

b) ... pero la reformulada relación especial de estibadores portuarios queda en el aire

La modificación es sustantiva y obedece a la propuesta realizada por el Ministerio de Fomento que, a su vez, tiene en cuenta la [STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13](#). En esta sentencia se condena a España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del [TFUE](#) al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general «cargas adicionales».

De un lado, la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios –SAGEP– y, en su caso, de participar en su capital. De otro, la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha SAGEP, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente. Para el Consejo de Estado, esta condena –por discriminación basada en razones de nacionalidad, obstaculizadora o disuasoria de las libertades económicas comunitarias– nada tiene que ver con el modo en que queda regulada la relación de prestación laboral de servicios y, en consecuencia, dado que el artículo 2.1 h) del nuevo [TRET](#)

se limita a reconocer la existencia de tal relación laboral especial, sin afectar a los aspectos proscritos por el TJUE, ninguna tacha de ilegalidad puede haber en él. No obstante, sí queda en una profunda indeterminación cuál será el marco regulador de esta relación laboral especial, por cuanto siendo su ámbito natural el relativo a la

Como barrunta el Consejo de Estado, se ciernen nubarrones en torno a esta regulación laboral por la necesidad de liberalizar de forma completa el sector de la estiba en España

legislación portuaria (texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por [RDLeg. 2/2011, de 5 de septiembre](#)), está urgida de un cambio profundo.

En todo caso, como barrunta el Consejo de Estado, se ciernen nubarrones en torno a esta regulación laboral por la necesidad de liberalizar de forma completa el sector de la estiba en España, lo que tendrá efectos intensos en las relaciones de carácter individual y en la negociación colectiva. Pero esa es otra historia ajena al nuevo TRET y que ha quedado aplazada para el nuevo Gobierno. El cesante no ha querido resolver esta «patata caliente» –yo diría más bien «volcánica» (4.000 trabajadores amenazan con una huelga que paralizaría el sector de las exportaciones, escenario repudiado por cualquier Gobierno, más en época electoral)–, aunque anunció que lo haría, consciente de que tendría que desarmar el blindaje laboral de uno de los colectivos que mejor ha podido preservarse de la devaluación general de condiciones de trabajo pero que el todopoderoso Derecho Comunitario de la Competencia de Mercado ha terminado por «tumbar», no obstante las históricas resistencias.

3.2. ARTÍCULO 6. EL TRABAJO DE MENORES (Y LA NORMATIVA PREVENTIVA DE RIESGOS LABORALES)

Completamente ignorada por el Consejo de Estado, el CES pone un gran énfasis en la modificación introducida en el artículo 6.2 del nuevo TRET (prohibición de trabajos nocturnos o de especial riesgo para los trabajadores menores de edad). Conforme a la anterior redacción, los trabajadores menores de 18 años no podrían «realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno... declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana» –siempre a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas–.

La nueva redacción, obediente al intenso deseo de coordinar la legislación laboral estatutaria-contractual con la preventiva, efectúa una remisión a esta última, pero el verdadero problema no reside en la remisión misma sino en la indeterminación e insuficiencia que presenta la LPRL al respecto

La nueva redacción, obediente al intenso deseo de coordinar la legislación laboral estatutario-contractual con la preventiva –legislación laboral especial por razón de la materia–, remite la delimitación de esas prohibiciones a aquellos puestos que presenten «limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en

las normas reglamentarias aplicables». El CES expresa su crítica por el cambio y propuso que se mantuviera como estaba, lo que no ha sido aceptado. El CES razonaba, con razón, que se ha sustituido una regulación basada en criterios sustantivos –primado de la protección de los valores de la salud y de la formación de los menores sobre la productividad– por otra asentada en una

pura remisión de carácter formal a un cuerpo legislativo que, bien analizado, tampoco precisa cuáles serán esos puestos de trabajo con limitaciones, más allá de acudir a los usuales instrumentos de gestión de la LPRL. Consecuentemente, para el CES, y lleva razón en ello, la regulación precedente era mucho *«más clara en relación con el conjunto de la normativa aplicable sobre la materia»*. No obstante, el verdadero problema no está en remitir a la legislación preventiva, que debe ser el «ámbito normativo y axiológico» natural de protección de la salud de estos trabajadores –que incluye su bienestar–, sino en la indeterminación e insuficiencia que presenta la LPRL al respecto. En cualquier caso, la delegación –más bien la deslegalización de esta cuestión– en la potestad reglamentaria no mejora ni el nivel de protección ni de certidumbre.

3.3. ARTÍCULO 8. FORMA DEL CONTRATO DE TRABAJO (Y NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS)

a) Obligaciones informativas: El artículo 8 del nuevo TRET vacía el artículo 16 del viejo TRET

El CES llamará la atención sobre una de las diversas novedades que presenta el texto del artículo 8 del nuevo TRET (forma del contrato de trabajo). Ningún reparo se hará al vaciado del artículo 16 –ingreso al trabajo– del viejo TRET para incorporar en el artículo 8 del nuevo TRET las obligaciones comunicativas a cargo del empresario y a favor de las oficinas de empleo –comunicación de los contratos celebrados y sus prórrogas: art. 8.3 TRET–. Tampoco suscitará recelo alguno, sino más bien alabanza, el perfeccionamiento de la técnica de remisión formal a la regulación de otras leyes, como sucede, en el artículo 8.4 del nuevo TRET, relativo al contenido de la copia básica del contrato que ha de entregar el empleador a la representación laboral. Ahora se remite, para fijar el límite a tal información contractual, además de a los nominados –DNI o NIE; domicilio, el estado civil–, a cualquier dato excluido por la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, [que] pudiera afectar a la intimidad personal».

En el texto anterior solo se citaba el número de la ley orgánica y su fecha, pero no su denominación precisa. Esta novedad textual es muy menor, pero no así la siguiente cuando, en apariencia, tendría que ser de la misma guisa e incluso merecer una misma, o mayor crítica, por cuanto la remisión formal que ahora se hace a otra norma de protección incurre en la misma indeterminación legal.

b) La remisión expresa, pero genérica, a la normativa de protección de datos como límite para la información debida a la representación laboral

El artículo 8.4 del nuevo TRET incluye este inciso normativo: aquella información –relativa a la copia básica del contrato– estará sometida *«a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos»*. Una simple comparación entre los dos nuevos

incisos textuales deja emerger de forma inmediata una crítica de técnica legislativa: desoyendo tanto al CES –que reprocha al Gobierno usar indistintamente unas formulas u otras de remisión formal a otros cuerpos legales– cuanto al Consejo de Estado –que recomienda una técnica precisa de remisión nominativa–, mientras que para la protección del derecho a la imagen precisa de forma completa la ley orgánica reguladora, para la protección frente a los datos personales se limita a remitir a la normativa genérica en la materia –hoy [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#)–. Curiosamente, no será esta desarmonía lo criticado, sino la inclusión de un inciso de remisión formal a esta norma de protección de datos personales. A su juicio: «sin perjuicio del carácter transversal de la normativa de protección de datos, y por tanto de aplicación a los sujetos de la relación de trabajo, *no parece necesaria su incorporación en este precepto ni adecuada, dado el sentido unidireccional que presenta su redacción*».

Una vez más, el Gobierno hizo caso omiso a esta recomendación de los interlocutores sociales institucionalizados en el CES. A mi juicio, tanto la técnica de remisión formal –de forma genérica a la normativa, sin precisar la ley específica–, por sus virtudes para evitar el riesgo de desactualización prematura y de inestabilidad reguladora, así como por la apertura

global a todo el conjunto regulador, cuanto la inclusión misma, por la evidenciada transversalidad de esa normativa, es de una gran corrección y supone la consagración de una importante función comunicativa de tal regulación en un ámbito frecuentemente ajeno a la misma, como es el de las relaciones de trabajo. Por eso, además de correcta, me parece oportuna, en especial ante la proliferación de las «soluciones de gestión digital» en el desarrollo de las relaciones laborales, tanto individuales –[STS de 21 de septiembre de 2015, rec. núm. 259/2014](#)– cuanto colectivas –acuerdos sobre confección virtual de las nóminas ([SAN 76/2015, 28 de abril](#)); elecciones sindicales con voto mediante *Ipad* ([SJS n.º 25 de los de Madrid, 321/2015, 21 de septiembre](#))–.

Naturalmente, esta recepción legal como límite a la información contractual debida por el empleador a la representación de los trabajadores no puede hacer olvidar, según ponen de manifiesto la prudencia y las cautelas en la aplicación de dicha normativa exhibida por la citada [STS de 21 de septiembre de 2015](#) (remitimos a su [comentario](#) en la parte monográfica de los Diálogos de este número), la necesidad de modular en el ámbito de las relaciones de trabajo el despliegue de ciertos límites a la protección de los datos personales, como

Mientras que para la protección del derecho a la imagen se precisa de forma completa la ley orgánica reguladora, para la protección frente a los datos personales se limita a remitir a la normativa genérica. El Gobierno, adoptando esta técnica, hizo caso omiso a la recomendación de los interlocutores institucionalizados en el CES y, a mi juicio, lo hizo correctamente.

Sigue siendo válido el enfoque del trabajador como contratante más débil

es la prestación de consentimiento, puesto que sigue siendo válido el enfoque del trabajador como contratante más débil. En todo caso, el respeto a la normativa de protección de datos no solo se erigirá como límite a los derechos de información laboral, sino también como criterio para el control de legitimidad de las actuaciones empresariales en la era de la gestión digital del personal.

3.4. ARTÍCULO 11 DEL NUEVO TRET. LOS CONTRATOS FORMATIVOS (clasificación profesional y algunas nuevas situaciones personales)

a) La desaparición de las categorías profesionales: Una regla de coherencia real o nominal

La materia de la formación profesional, en especial el sistema de formación dual para el empleo, ha experimentado cambios importantes con la [Ley 30/2015, de 9 de septiembre](#), por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Su reflejo en las dos modalidades contractuales íntimamente conectadas con él, en especial la de formación y aprendizaje, es una constante del proceso de reformas del mercado de trabajo de esta legislatura (ejemplo [Ley 18/2014](#)). Sin embargo, es poco apreciable en el nuevo TRET. Los –pocos– cambios que presenta el artículo 11 (relativo a las modalidades de contratación formativa) no tienen que ver con esta reforma, típica de política activa de empleo, sino con dos aspectos bien diversos, uno interno a la regulación estatutaria –clasificación profesional basado en grupos– y otro externo –recepción de la nueva reforma del Derecho Civil de Familia–.

El primero aparece en el artículo 11.1 a) (contratos de trabajo en prácticas), según el cual compete al convenio colectivo sectorial determinar los «*puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato*». La comparación con el texto anterior evidencia que han desaparecido del actual la remisión a las «categorías profesionales» –análoga su-

presión se halla en otros preceptos (art. 17)–. Esta modificación legal viene nominalmente debida al mandato de coherencia con el nuevo sistema de clasificación profesional basado en los grupos profesionales, impuesto –art. 22 TRET–, no ya promovido, por el Gobierno. La derogación –disposición derogatoria única– de la disposición adicional novena de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), que mandaba la «adaptación de los convenios colectivos al nuevo sistema de clasificación profesional» en el plazo de un año reforzaría esta *coherencia reguladora interna* ¿«nominal»?

Ahora bien, todavía son numerosos –en torno al 25%– los convenios anclados en el sistema de categorías profesionales, por lo que hace surgir dudas sobre el realismo de esta reducción legislativa, coherente nominalmente pero irrealista, máxime cuando sigue sin prever consecuencia

Esta modificación legal viene nominalmente debida al mandato de coherencia con el nuevo sistema de clasificación profesional basado en los grupos profesionales

alguna para el supuesto de incumplimiento del mandato legal. Volveremos de forma breve sobre ello al analizar las relaciones entre el artículo 22 del nuevo TRET, no alterado, y la referida derogación de la disposición adicional 9.ª de la Ley 3/2012.

b) La recepción de la nueva figura de «guarda con fines de adopción»

Esta novedad, que aparece en otros preceptos, deriva de la regulación introducida en el Código Civil por la reciente Ley 26/2015, 28 de julio

La segunda modificación que presentan estos contratos también se vincula a una regla de coherencia sistemática con otras regulaciones, pero ahora no son internas, sino externas, que se incorporan al texto estatutario. Me refiero a la referida, *ut supra*, recepción de nuevas figuras jurídicas nacidas en fechas muy recientes,

como es el caso de la «guarda con fines de adopción», una institución civil, pero con fundamento constitucional e internacional. Se trata de una nueva «situación jurídico-familiar» incorporada a aquellas a las que se atribuye el efecto de interrumpir el cómputo de la duración del contrato [tanto en prácticas (art. 11.1 b)] como en formación [(art. 11.2 b)]. Esta novedad –que aparece en otros preceptos del nuevo TRET [arts. 14, 37.3 f) y 4, 45.1 d)...]– deriva de la regulación introducida en el Código Civil por la reciente Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. De conformidad con lo que prevé su disposición adicional segunda, todas las referencias legales al «acogimiento preadoptivo» se entienden hechas a la «delegación de guarda para la convivencia preadoptiva» (art. 176 bis CC). Si bien es una regulación posterior a la autorización refundidora tiene amparo, como avala el Consejo de Estado, por la delegación para regularizar, aclarar y armonizar las leyes de refundición.

3.5. NUEVO ARTÍCULO 16. UBICACIÓN PROPIA DEL FIJO-DISCONTINUO

Tanto la Ley 3/2012 como la Ley 18/2014 fueron vaciando de contenido al artículo 16 del viejo TRET (ingreso al trabajo), una norma típica de empleo. El nuevo TRET le da el golpe de gracia sustituyendo su contenido. De un lado, lo que restaba de regulación materialmente de empleo ha pasado al artículo 8.3 del nuevo TRET –obligación comunicativa de los contratos–. De otro, se ha rellenado con la regulación propia del contrato de trabajador fijo-discontinuo. Naturalmente, este contenido es extraído del artículo 15.8 del viejo TRET, lo que obliga a una reordenación, al mismo tiempo, del artículo 15 del nuevo TRET –este presenta otras novedades en su texto, como la eliminación de la delegación reglamentaria, trasladada a la genérica que prevé la nueva disposición final segunda; el Consejo de Estado recomendó su continuidad, pero no ha sido seguida por el Gobierno–.

Consecuentemente, se logra una de las mayores aspiraciones de la crítica doctrinal que no entendía cómo un contrato indefinido se regulaba en un artículo dedicado a los contratos temporales estructurales. Ahora se depura con mejor técnica esta regulación, de modo que el artículo

Se logra una de las mayores aspiraciones de la crítica doctrinal que no entendía cómo un contrato indefinido se regulaba en un artículo dedicado a los contratos temporales estructurales

15 del nuevo TRET ya solo queda para aquella tipología contractual de duración determinada. El contenido normativo del artículo 16 del nuevo TRET es idéntico al del artículo 15.8 del viejo TRET, si bien ahora estructurado en apartados con numeración propia. La versión originaria –proyectada– contenía una supresión –la referencia a su celebración conforme a un modelo propio– que fue muy criticada por

el Consejo de Estado pues ni siquiera se explicaba en la Memoria el porqué de esta supresión, no exigida por regla de regulación o aclaración alguna.

3.6. ARTÍCULO 19 (SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO). MÁS ALLÁ DEL CAMBIO TERMINOLÓGICO, LA DEBIDA REGULARIZACIÓN CLARIFICADORA QUEDA TODAVÍA PENDIENTE

a) El frustrado proyecto originario de refundición: La simplificación normativa a favor de la LPRL como norma especial y más favorable

Más allá de los evidentes cambios terminológicos (se abandona definitivamente el viejo y arraigado término de «higiene», para acoger de forma general el binomio «seguridad y salud en el trabajo» –también en el art. 4 nuevo TRET–), el artículo 19 del proyectado nuevo TRET

presentaba notables novedades, todas ellas obedientes a su concordancia con la que debería ser la norma central en esta materia: la LPRL. Sin embargo, si bien sobre razones opuestas, al menos en parte, tanto el Dictamen del CES como el del Consejo de Estado han evitado que esos cambios fuesen mayores y se consolidase el «plan originario de refundición», mucho más radical y correcto. Personalmente entiendo que, con su intento de mantener la dualidad, uno y otro ofrecen una posición extremadamente rígida y obsoleta, perpetuadora de una mínima, pero cierta, brecha entre la normativa laboral común y la normativa laboral especial en esta materia que carece de todo sentido hoy, una vez consolidado el sistema normativo de prevención de riesgos de la Ley 31/1995.

La originaria –desde 1980– estructura ordenada en cinco apartados de este precepto se mantiene tal cual. Los tres primeros apartados –fijación del deber de protección eficaz a cargo del empleador, de un lado, del correlativo deber de observancia de las exigencias a tal fin del trabajador, de otro, y el derecho a la participación, finalmente– perpetúan su contenido. Pero ninguna diferencia relevante hay del primero en relación con el artículo 14 de la LPRL –este es más completo

El artículo 19 del proyectado nuevo TRET presentaba notables novedades

y preciso–, ni del segundo respecto del artículo 29 de la LPRL –también mucho más preciso–, ni del tercero respecto del artículo 34 de la LPRL –también más completo–.

En cambio, el cuarto –alcance del deber de formación en materia– presenta una opción dual, conservación del texto del primer inciso respecto al pasado –obligación de formación dinámica (cada vez que se produzcan cambios relevantes)–, remitiendo genéricamente el segundo –alcance del deber– a la LPRL. El proyecto refundidor originario prácticamente eliminaba, con toda razón, la dualidad reguladora, absoluta reliquia del pasado, en el que el ET dominaba por encima de cualquier otra norma laboral y en el que la normativa preventiva tenía un rango de norma público-administrativa (ordenanza). Para ello, le bastaba con reconocer y garantizar el derecho a la formación y remitir para su contenido a la LPRL (precisamente al art. 19). Pero el CES, con un juicio basado más sobre la precaución y el miedo que sobre la razón jurídica, entendió que se trataba de una norma específica –de la obligación de impartir formación en caso de que los trabajadores cambien de actividad– y presuntamente más protectora, de modo que propuso la continuidad del viejo texto, «*de modo que el nuevo... no suponga merma en el derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud de los trabajadores*». Por su parte, el Consejo de Estado, «en línea con lo apuntado» por el CES, y si bien es mucho más consciente de que el mandato legislativo estatutario estaba «cubierto por la remisión genérica a la LPRL», concluyó que «conviene mantener su mención en el ET». Y así lo hizo, obediente, el Gobierno.

Más aún. Respecto de esta nueva remisión genérica a la LPRL también expresará otra cautela el Consejo de Estado, llamando la atención sobre la diversidad de ámbitos aplicativos del TRET y de la LPRL. De ahí que recomiende especificar en el texto que la remisión a «los términos señalados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas de desarrollo», lo será solo «*en cuanto les sean de aplicación*». De nuevo, el Gobierno ha sido sumiso y ha seguido «a pie juntillas» la «*exigencia de que no se simplifique la redacción de este artículo en cuanto pueda suponer una reducción de la protección eficaz en materia de seguridad y salud de los trabajadores*». En definitiva, el Consejo de Estado termina evidenciando el mismo miedo atávico que el CES, ignorantes ambos, a mi juicio, de que se trata de una materia dominada por imperativos comunitarios y que, por lo tanto, la intensidad de aplicación del deber protector no puede quedar en manos del legislador de trasposición, que es, además, expresamente la LPRL y no el TRET. Por tanto, a mi juicio, si debió simplificarse hasta tal extremo que bastaba o bien con un solo contenido o, incluso mejor, con ninguno. De forma que el artículo 19 del nuevo TRET, en buena técnica de refundición no mecanicista –menos temerosa– sino auténticamente clarificadora, debe desaparecer por completo –como ya sucede realmente en la práctica, habiéndose vaciado de sentido regulador–, bastando con el artículo 4.2 d) integrado: *derecho a su seguridad y salud en el trabajo, en particular mediante una adecuada política de prevención de riesgos laborales en los términos de la Ley 31/1995 y normas de desarrollo*.

El Consejo de Estado termina evidenciando el mismo miedo atávico que el CES, ignorantes ambos, a mi juicio, de que se trata de una materia dominada por imperativos comunitarios

b) La gestión del riesgo grave e/o inminente: ¿Se ha resuelto o disuelto la discordancia?

Cierto, esta conclusión, absolutamente necesaria y urgida atendiendo a la mayor tutela que ofrece la **LPRL**, norma especial, posterior y más protectora, respecto del TRET, exige matices respecto al último de los apartados del artículo 19 del **nuevo texto**. En él se prevé la gestión preventiva del riesgo grave y/o inminente, incluyendo la auto-tutela colectiva. Si todos los apartados anteriores tienen un correlativo especial y mejor en la **LPRL**, ¿sucede igual con el artículo 21 de la **LPRL**?

En este aspecto, cierto más complejo, el proyecto originario de refundición reveló una opción contraria a la mostrada para la obligación de formación (apdo. 4). Consciente aquí de la tradicional discordancia tanto entre los supuestos de hecho –riesgo grave, de un lado, y riesgo grave e inminente, de otro– como en las soluciones –diferentes mayorías para decidir la paralización– que preveían el artículo 19.5 del **viejo TRET** y el artículo 21 de la **LPRL**, el proyecto originario de refundición decidió ser conservador y mantener inalterado aquel. Obligados tanto a controlar el grado de corrección de esta técnica refundidora –abstencionista– como a participar de forma institucional en la elección de la más adecuada, CES y Consejo de Estado se dividieron de una forma radical. El primero consideró que la continuidad de la dualidad reguladora generaba un factor de inseguridad jurídica adicional, pues se remitía para la formación a la **LPRL** y se omitía toda referencia a esta para la gestión del riesgo grave e inminente. Consecuentemente, aunque no lo exigía de modo expreso, sí solicitaba una revisión de la opción originaria que presumía una prevalencia de la norma preventiva sobre la laboral, pues aquella facilitaba los acuerdos de paralización de la actividad, al requerir una decisión mayoritaria de la representación simple –no cualificada, como la norma laboral–.

Pues bien, aquí, el Gobierno sí le hizo caso al CES y optó por cambiar su técnica primigenia y simplificar la regulación mediante una norma de remisión formal al artículo 21 de la **LPRL**. Sin embargo, al Consejo de Estado este cambio no solo no le pareció correcto, sino que, con su lenguaje pretoriano típico, no obs-

tante ser un órgano consultivo, exigió modificación. Para ello conmina al Gobierno a una opción, nuevamente, dual. Partiendo –con toda corrección en este punto– de que hay en el artículo 19.5 del TRET dos supuestos distintos –la gestión del riesgo grave de un daño a la salud del trabajador (la referencia a una «probabilidad seria y grave de accidente» revela lo obsoleto del término, que no refleja sino lo que es un *riesgo grave de daño a la seguridad y salud en el trabajo*); de un lado; la gestión de riesgo grave e inminente de daño a la integridad física y o psíquica, de otro, –a diferencia del art. 21 **LPRL**, que solo contemplaría uno, el segundo–, propone una solución mixta: «*Por todo ello... debe mantenerse en sus términos el párrafo primero del vigente art. 19.5, mientras que su segundo párrafo debe armonizarse con el artículo 21 de la LPRL (lo que supone mantener su redacción salvo en cuanto sea incompatible con lo previsto en el citado art. 21 LPRL)*».

Debe mantenerse en sus términos el párrafo primero del vigente artículo 19.5, mientras que su segundo párrafo debe armonizarse con el artículo 21 de la LPRL

La seriedad del Consejo de Estado en este tema hizo que el Gobierno asumiese tal recomendación

Tan en serio se toma esta valoración el Consejo de Estado que expresamente advierte al Gobierno de que esta observación «tiene carácter esencial en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio». Conforme a este precepto, cuando el dictamen contenga «observaciones y sugerencias de distinta entidad» establecerá, «siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si estas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula de acuerdo con el Consejo de Estado». Así se entiende por qué el Gobierno ha utilizado, como se dijo, esa fórmula –correctamente, pues–, pese a que no ha hecho estricto seguimiento de todas y cada una de las recomendaciones que le ha formulado, como venimos analizando. La seriedad del Consejo de Estado en este tema –quizás por el carácter de orden público y de derecho fundamental del derecho en juego: la tutela más favorable a la integridad– hizo que el Gobierno asumiese tal recomendación². En cambio, no ha seguido esta misma opción dual, pese a la sugerencia análoga –e igual de errada a mí entender– del Consejo de Estado –pero no como esencial–, para el artículo 60.1 del nuevo TRET (prescripción de infracciones empresariales), que remite al TRLISOS, vaciando de contenido regulador propio el precepto –técnica de regulación por remisión formal a otro cuerpo legal–.

En todo caso, y sin poder profundizar más en esta cuestión, compleja pero sustancial, sí parece claro que es necesario reconocer una mayor concordancia entre el nuevo TRET y la LPRL, de modo que sea esta la auténtica norma axial en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, destaca la clara vocación de coordinación de ambos cuerpos legales, e incluso de sus dos almas, en las novedades del artículo 36.4 (derecho de protección de la seguridad y salud de los trabajadores a turnos y nocturnos). Tanto las supresiones –moduladas por

² Por eso, en el primer apartado, se mantiene prácticamente inalterado el texto anterior del artículo 19.5, sin más novedad que la sustitución de la referencia a los «órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad» por la de «los delegados de prevención» –obsérvese que el Gobierno, sorprendentemente, parece confundir la figura del «trabajador delegado» o «servicio propio» con el delegado de prevención–. Estos, o en su defecto, los representantes legales de los trabajadores, «que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo». De no atender la petición en un plazo perentorio –4 días–, se dirigirán a la autoridad laboral para que, de constatar aquel estado de riesgo grave, decida, bien requerir al empleador «para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o... suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro» bien, con «los informes técnicos precisos», decretar la «paralización inmediata» del trabajo. Para el segundo, si el riesgo de accidente fuera, además de grave, inminente, se incorpora materialmente –regla de remisión material– la regulación del artículo 21 de la LPRL en relación con la mayoría para el acuerdo de paralización de las actividades –«podrá ser acordada por los representantes de los trabajadores, por mayoría de sus miembros. Tal acuerdo podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los delegados de prevención cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal. El acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada»–.

el **Dictamen del Consejo de Estado**— como las adiciones —remisión específica a la **LPRL**, no ya genérica— no tienen más sentido que ajustarse a la vigente normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

3.7. ARTÍCULO 22 Y DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA DEL NUEVO TRET. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL POR GRUPOS O DE CÓMO A VECES HABLA MÁS EL SILENCIO QUE LA PALABRA

De manera directa, ni una sola modificación contiene el artículo 22 del nuevo **TRET**. ¿Entonces, por qué nos detenemos en su comentario? Porque, como ya advertimos al evidenciar ciertos cambios concordantes con este precepto —que impone los sistemas de clasificación profesional por grupos—, la disposición derogatoria única ha derogado la disposición final novena de la **Ley 3/2012** en la que, como también se recordó, se daba el perentorio, e irrealista plazo, de un año para adaptar toda la realidad —una parte de la cual se viene resistiendo al cambio desde hace décadas (1994)— a la norma. Una primera aproximación a esta técnica de refundición, que se quede en su superficie, pondría llevar —erradamente— a concluir que la derogación va de suyo, porque ya ha pasado el plazo con creces, luego ha perdido su objeto, habría caducado.

Una lectura más profunda, que ahuyente nominalismos y que atienda a una sana dosis de realismo, quizás conduzca a la conclusión opuesta, que deja múltiples dudas, por lo tanto, inseguridades, en torno al alcance real, efectivo, de esta

norma tras su refundición: ¿asume el Gobierno la tozuda realidad de que no puede convertir, sin persuasión a los negociadores, en experiencia general lo que impone normativamente, o se empeña, más bien, en que basta con que algo sea normativo para que sea al mismo tiempo normal en el mundo del trabajo? No tengo nada claro cuál es la respuesta, pero sí que el doble silencio —no alterar el art. 22 y sí derogar la norma que «compelía», al menos formalmente, a su cumplimiento perentorio— hace tanto o más ruido que una confesión o explicación de autoridad gubernamental.

El doble silencio hace tanto o más ruido que una confesión o explicación de autoridad gubernamental

3.8. MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Aunque el artículo 40 del nuevo **TRET** reproduce en gran medida el contenido del viejo, presenta una evidente modificación de su estructura interna, introduciendo algunos cambios formales y de armonización a consecuencia del impacto que en él tuvieron las **Leyes 3/2012** y **1/2014**, a fin de reconocer una protección socialmente más adecuada para ciertos colectivos vulnerables. Los cinco apartados anteriores —más los adicionales 3 bis y 3 ter— se convierten en siete, de modo que los apartados 4 y 5 reproducen el contenido de los apartados 3 bis y 3 ter, y los nuevos apartados

6 y 7 incorporan el contenido de los vigentes apartados 4 y 5 del artículo 40. De todas las novedades, más formales que destacables, si es reseñable la que incluye el apartado 5. En él se prevé, «para hacer efectivo» el «derecho de protección a la salud» de los trabajadores con discapacidad «*que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad*», un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante.

Esta reformulación se debe a la recepción legislativa del nuevo concepto de «atención integral»

Esta reformulación de signo expansivo se debe, como advierte el [Dictamen del Consejo de Estado](#), a la recepción legislativa del nuevo concepto de «atención integral» (arts. 13 a 15 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de su inclusión social, aprobado por el [Real Decreto Legislativo 1/2013, 29 de noviembre](#)). Una novedad que representaría el modelo evolutivo de la [Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU](#) (Dictamen 1183/2013, del Consejo de Estado, de 14 de noviembre de 2013), tal y como ha evidenciado la jurisprudencia comunitaria, incorporando nuevos conceptos en la protección antidiscriminatoria como las «enfermedades o dolencias asimiladas» a la discapacidad ([STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11](#), casos Ring y Skouboe Werge).

Como ya se anticipó *ut supra*, puede plantear algún problema de refundición el que se incluyan normas de concordancia con leyes no contempladas expresamente en el mandato a tal fin. Pero no menos cierto es que, según también se comentó, la doctrina constitucional, asumida en la práctica de forma expansiva por el Consejo de Estado, considera no existe un límite

radical entre una regla de clarificación del sentido práctico de las normas refundidas en orden a garantizar la efectividad de otras normas con las que guarda íntima conexión, y la regla de explicitación de nuevos preceptos complementarios a los que son objetos de refundición, con el fin de colmar lagunas. Este proceder refundidor, siempre que no suponga una genuina «innovación legislativa», sería plenamente conforme al régimen constitucionalmente diseñado para esta autorización, tal y como ha sentado la [STC 13/1992, de 6 de febrero](#), por cuanto la facultad conferida de «aclarar, regularizar y armonizar» así lo habilita ([STC 166/2007, de 4 de julio de 2007](#), FJ 8.º; [Dictamen 808/2011](#), relativo al proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

Pues bien, la precedente referencia a «un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico» muta en una atención más amplia —«tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica»—.

Puede plantear algún problema de refundición el que se incluyan normas de concordancia con leyes no contempladas expresamente en el mandato a tal fin

3.9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO (ARTS. 45-48): BIENVENIDA A LA «GUARDA LEGAL CON FINES DE ADOPCIÓN» ¿ADIÓS AL SERVICIO MILITAR COMO CAUSA SUSPENSIVA?

El listado del artículo 45 del nuevo TRET (causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo) contiene novedades de diverso tipo, algunas de las cuales merecen mención respecto del viejo. Entre estas destacamos las siguientes:

a) La «guarda con fines de adopción» se regula como causa de suspensión incluida en la nueva letra d)

El supuesto se formula así: *«Maternidad, paternidad, adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad, o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».*

Al margen de eliminar la precedente distinción entre acogimiento «preadoptivo» y «permanente o simple», lo más relevante es, en efecto, la incorporación de la referencia a la «guarda con fines de adopción», según una línea de modificación que no solo hemos visto ya en otros preceptos, sino que también aparecerá en otros posteriores (arts. 11, 14, 37, 45, 46, 48, 53 y 55, y en las disp.

adic. 2.^a y trans. 7.^a). El fundamento es en todos los casos el mismo: la necesaria adaptación a la nueva regulación de estas figuras acometida por la [Ley 26/2015, de 28 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Su disposición adicional 6.^a sustituye la referencia a la figura del «acogimiento preadoptivo» por la de «guarda con fines de adopción», suprimiendo la relativa al acogimiento «permanente o simple», pues ello excluiría el acogimiento familiar temporal [con una duración máxima de dos años, de acuerdo con el artículo 173 bis.2 b) del CC], que también debe producir la suspensión del contrato cuando cumpla el requisito general de que «su duración no sea inferior a un año». De esta forma, solo queda excluido como causa de suspensión el nuevo «acogimiento familiar de urgencia» [art. 173 bis.2 a) CC], en la medida en que su duración nunca es superior a seis meses.

Al margen de eliminar la precedente distinción entre acogimiento «preadoptivo» y «permanente o simple», lo más relevante es la incorporación de la referencia a la «guarda con fines de adopción»

b) ¿Adiós definitivo al servicio militar como causa suspensiva?

Siguiendo una lógica que debió llevar a su desaparición mucho antes, el nuevo TRET se ha atrevido por fin a suprimir la letra e) del artículo 45.1 del **viejo TRET** –en coherencia también su art. 48.3–, que considera como causa de suspensión contractual el «*cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria*». La Memoria que acompañaba el proyecto de refundición lo justifica en un argumento de hecho: la actual suspensión no hace «previsible que se vuelvan a implantar y de hacerse, forzosamente tendría que hacerse por norma con rango de ley, la cual, en ese caso, determinaría las consecuencias de ese restablecimiento a todos los efectos, incluidos los laborales». La disposición adicional 3.^a de la **Ley 17/1999, 18 de mayo**, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas suspendió la prestación del servicio militar «a partir del 31 de diciembre del año 2002» –aunque esa fecha fue posteriormente acortada–.

Sorprendentemente, el **Dictamen del CES** expresó sus dudas sobre la corrección de esta técnica refundidora cuando no hay una supresión definitiva de esta causa suspensiva. Pero tampoco aquí el Consejo de Estado comparte la precaución del CES y considera que no es una suspensión temporal de estos regímenes, sino que presenta una vocación indefinida, por lo que la modificación del TRET contribuye a aclarar la redacción de este precepto, ya de por sí muy extenso y complejo, armonizándolo con el resto del ordenamiento jurídico, finalidades ambas coherentes con el objetivo de la delegación legislativa que aquí se ejerce. Pero pronto el Consejo de Estado ahuyentará triunfalismos extremos, pues, con realismo, pone de relieve que siempre es posible «una eventual reinstauración del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria». Y aunque ello, cierto es también, obligaría a la adopción de una ley, en ella –con igual rango que el TRET– podrían «reengancharse» estos servicios a la suspensión de los contratos de trabajo y volver a empezar.

Siempre es posible «una eventual reinstauración del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria»

c) Duración ampliada del permiso de paternidad: La «*canonización*» de la «*broma legal*» del anual aplazamiento anual

El artículo 48 ha sido objeto de una reordenación interna significativa –ha pasado de 6 apartados a 10–, habiéndose incorporado nuevos contenidos. Por lo general, los cambios fueron valorados de forma muy positiva por el Consejo de Estado –apenas le dedicó atención el CES–, si bien hizo algunas objeciones que, en su mayoría, fueron acogidas en el texto final. El resultado es, no obstante, un precepto demasiado largo y complejo, lo que se confirma con las disposiciones complementarias de la «parte extravagante» –no articulada– del nuevo TRET, en las que hallamos un alambicado juego de remisiones a este precepto –disp. adic. 19.^a, relativa al cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida, en su apdo. 2–, como advirtió el Consejo de Estado. De ahí que se corrigiera en el texto definitivo –que remite a los pá-

rrafos concretos del art. 48.6 y 7 afectados—, pero no según la fórmula propuesta por el Consejo de reordenar todo el artículo 48, cambiando la opción gubernamental, lo que ha debido parecer demasiado complicado, por lo que lo ha rechazado.

Al margen de todos estos aspectos novedosos —puramente cosméticos—, destaca el que se integre, con un apartado propio (nuevo 7), el permiso de paternidad de cuatro semanas de duración, antes «colgado» mediante el artículo 48 bis: «En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1 d), el trabajador tendrá *derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables* en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo...».

Pero no interesa tanto la mera reubicación como su relación con diversas disposiciones de la parte extravagante del nuevo TRET, que más que complementarlo lo desmienten, ya casi *ad calendas graecas*. Me refiero al primer párrafo de la disposición transitoria 7.^a del nuevo TRET, a cuyo tenor —el actual es distinto al originario, aunque tampoco coincide exactamente con el texto que le «sugería» el Consejo de Estado—:

«En tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, la duración del permiso de paternidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo».

La pregunta inmediata que surge ante este enigmático tenor literal, inquietante para una norma que dice perseguir la «clarificación normativa», es evidente: ¿y cuándo entrará en vigor la Ley 9/2009?

No lo resuelve el texto actual. Sin embargo, el originario gubernamental, e incluso el alternativo propuesto por el Consejo de Estado, sí que solucionaban este enigma, con lo que daban seguridad jurídica a los ciudadanos —y también a las empresas—:

«La duración del permiso de paternidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo cuando el hecho causante se produzca antes del 1 de enero de 2016».

El interrogante estaba resuelto: a partir del 1 de enero de 2016 por fin el permiso de paternidad tendría la duración prevista por la norma articulada. La norma transitoria salvaba el

¿Y cuándo entrará en vigor la Ley 9/2009?

La respuesta no está en el texto que tiene como misión clarificar las dudas, sino fuera de él, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado

segunda de la Ley 9/2009, de 6 de octubre..., en lo relativo a los trabajadores por cuenta ajena». Dejando a un lado la crítica del Consejo de Estado a la técnica derogatoria, que le parece poco acertada desde la perspectiva de la seguridad jurídica³, lo que ha llevado a que desaparezca dicha derogación de la actual disposición derogatoria, la clave está en saber si el giro de redacción implica algo más que un cambio de técnica legal. Una vez más, la respuesta no está en el texto que tiene como misión clarificar las dudas, sino fuera de él y, lo que es peor, en una norma de estricta coyuntura político-económica: La Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE).

En efecto, por enésima vez, la entrada en vigor de la duración ampliada del permiso de paternidad se aplaza ahora hasta el 1 de enero de 2017 (disp. final 11.ª Ley 48/2015, de 29 de octubre, LPGE/2016). Es evidente que el Gobierno sabía ya que su «broma» de esperar al final del año para aplazarlo un año más y así sucesivamente –la cuenta de las veces que lo ha hecho ya se pierde en la cada vez más quebradiza memoria (debió entrar en vigor, como ha recordado el Consejo de Estado, el 1 de enero de 2011)– iba a continuar y la ha canonizado en el texto legal.

Su «broma» de esperar al final del año para aplazarlo un año más la ha canonizado en el texto legal

El segundo apartado de la disposición transitoria comentada recoge la duración del permiso de paternidad para determinados casos, en especial si se trata de familia numerosa. Su razón de ser proviene, precisamente, de otra norma de coyuntura económico-política, la disposición adicional 6.ª de la Ley 2/2008, 23 de diciembre, LPGE/2009. Esta norma obedece a la concreción, creíble, no ya solo virtual, de la voluntad de política del derecho favorable a la corresponsabilidad paterna en el cuidado de hijos que expresa la disposición transitoria 9.ª de la Ley Orgánica 3/2007 –desde hace cuatro años absolutamente olvidada–. En ella se fijaba como objetivo la ampliación progresiva y gradual de dicha duración, «en un plazo de seis años, hasta cuatro semanas». Frustrada, como acabamos de recordar, la vía general de ampliación, sí se logró para varios supuestos excepcionales (familias numerosas y aquellas en las que alguno de sus miembros sufra una discapacidad, precisando que la disposición se aplicaría a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produjesen o constituyesen a partir de 1 de enero de 2009).

³ En la medida en que la disposición de entrada en vigor de la Ley 9/2009 también afecta al artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

El contenido de la disposición adicional 6.^a de la Ley 2/2008 no aparece listado en la delegación legislativa de refundición

mento indispensable para la regulación transitoria del permiso de paternidad. Ahora bien, la corrección plena de la técnica de clarificación y armonización exigía ciertas cautelas por parte del Gobierno, que el proyecto originario no respetaba pero que, una vez más, ahí estaba el Consejo de Estado para recordárselo y «sugerirle» la redacción adecuada. En este sentido, su dictamen dejaba claro que ni podía incluir esa previsión entre las disposiciones legales que el texto refundido puede derogar –como hubiera sido necesario o conveniente, para una tarea refundidora y de simplificación normativa correctas–, ni podía la redacción que lo recibiera materialmente en el nuevo TRET ir más allá de una regulación de concordancia, sin generar o comunicar en los operadores jurídicos «la impresión de que se trata de una previsión autónoma de ese nuevo texto refundido». Para conseguir tal objetivo, estimó el Consejo que el segundo párrafo debería remitirse expresamente a la aludida disposición adicional y expresar que su contenido es reflejo de lo que esta última establece con la fórmula: *«de conformidad con la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre...»*.

Para conseguir tal objetivo, estimó el Consejo que el segundo párrafo debería remitirse expresamente a la aludida disposición adicional

Pues bien, aquí sí, dicho y hecho, «ni corto ni perezoso», el Gobierno asumió lo que el Consejo de Estado le «recomendaba» y ha concretado la regulación armonizadora de transición del siguiente modo: *«De conformidad con la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008..., dicho permiso tendrá una duración de veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad...»*.

A mi juicio, y sin poder –ni deber– profundizar más en estos aspectos aquí, diga lo que diga el Consejo de Estado –siempre con todo respeto por su razonado criterio técnico–, y sin perjuicio de reconocer las deficiencias de técnica de delegación refundidora, un uso correcto de esta potestad delegada orientada a la seguridad jurídica, a la simplificación y a la mayor transparencia reguladora –objetivos que dicen perseguir con este nuevo TRET– debería haber llevado a la derogación tanto de la Ley 9/2009 como de la disposición adicional 6.^a de la Ley 2/2008. La situación actual no deja de ser un remedo de armonización, tanto en el plano técnico –en el cosmético– como, sobre todo, en el regulador –valorativo–, por lo que la inseguridad, dispersión y la coyunturalidad seguirán dominando esta institución jurídico-laboral.

3.10. REORDENACIÓN ESTRUCTURAL DE LA PARTE «EXTRAVAGANTE»: ALGUNA NOVEDAD, REAL O PRETENDIDA, EN LAS DISPOSICIONES ADICIONALES, TRANSITORIAS Y FINALES

El Gobierno ha querido tener un exquisito respeto con la estructura del nuevo TRET, pero no ha hecho lo mismo con la aldeaña parte llamada «complementaria»

El Gobierno ha querido tener un exquisito respeto con la estructura del nuevo TRET, de modo que ni crezcan en número ni cambien de ordinal –salvo el visto art. 16– los 92 preceptos que integran su cuerpo articulado desde hace décadas. Pero, no ha hecho lo mismo con la aldeaña parte llamada «complementaria», pero que a mí

me gusta llamar «extravagante» porque el sentido de buena parte de sus disposiciones disloca, más que complementa, la regulación del cuerpo articulado. En número no hay gran diferencia, aunque el número total –35– es menor en el nuevo que en el viejo –40–. La distribución es la siguiente: 21 adicionales (22 en el viejo TRET); 12 transitorias (13 en el viejo) y 2 finales (5 en el viejo)–. Sin embargo, donde hallamos la diferencia es en la ordenación, pues aquí los cambios son relevantes, asistiendo a:

- a) Un elevado número de cambios de ubicación, eso sí –para tranquilidad de los operadores–, sin alteración de su contenido⁴.
- b) La inclusión de preceptos y disposiciones formalmente derogados, en especial las disposiciones transitorias⁵.

Pese a su complejidad, y a la incorporación de algunos aspectos novedosos, se ha resaltado, por el Consejo de Estado –que ha hecho un análisis más detenido y riguroso que el CES, limitado solo a una observación relativa a la disp. adic. 11.^a (relativa a la acreditación de la capacidad representativa, precisando que se trata de la propia de las organizaciones sindicales)–, el «posi-

⁴ A título de ejemplo: la nueva disposición adicional 1.^a, sobre el trabajo por cuenta propia, es la anterior disposición final 1.^a; la 14.^a, sobre consideración de víctimas del terrorismo a efectos laborales, es la actual 22.^a; la nueva 16.^a, que trata de la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, es la actualmente 20.^a; la nueva disposición adicional 21.^a –sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares– es la actual número 14.^a, etc.

⁵ La 2.^a trata sobre los contratos para la formación y el aprendizaje, sin límite de edad hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%; la 5.^a regula la limitación del encadenamiento de los contratos temporales; la 8.^a regula la indemnización por finalización de contrato temporal; la 9.^a contempla las normas transitorias «en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación»; la 11.^a trata sobre las indemnizaciones por despido improcedente (en términos idénticos a la disp. trans. 5.^a Ley 3/2012), etc.

tivo esfuerzo desarrollado» para insertar en el nuevo TRET múltiples disposiciones complementarias (o «extravagantes») procedentes de textos legales antes extramuros del mismo, así como su «alcance ajustado» a la delegación refundidora. Y ello pese a que el Gobierno desoyó su recomendación de incorporar algunas disposiciones de ese tipo en el cuerpo articulado, para una mayor coherencia y sistematización, lo que hubiera llevado –o no–⁶ a reestructurar el cuerpo articulado, línea roja para el Gobierno en un contexto ya de por sí muy crispado por la tensión entre la «producción» –ley– y la «aplicación» de la norma –jueces–. No obstante, en algunos aspectos muy concretos, sí que ha evidenciado sus reparos técnicos sobre el proceder originario del Gobierno refundidor, llevando, otra vez, a una corrección del mismo finalmente para atender a sus «sugerencias».

Por ejemplo, es el caso de la disposición transitoria 4.^a (que incorpora el contenido de la disp. adic. 1.^a Ley 35/2010), relativa a la regulación convencional en relación con la duración de los contratos de obra o servicio determinado *ex* artículo 15.1 a) del TRET –la refundición originaria se remitía a la fecha dada por el RDL 10/2010, cuando lo correcto es, como recoge la versión final, hacerlo a la de la Ley 35/2010–; o de la disposición adicional 9.^a, apartado 5, del nuevo TRET (que recoge la previsión de la disp. adic. 6.^a RDL 5/2013, 15 de marzo), relativa al papel subsidiario de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –CCNCC– en aquellas comunidades autónomas resistentes a crear un organismo propio equivalente a aquella para desplegar la función decisoria arbitral prevista en el artículo 82.3 del TRET. En las primeras versiones no aparecía esta refundición, ni había sido objeto de referencia alguna por el CES. Su incorporación se debió a un Informe en tal sentido de la CEOE-CEPYME.

Para el Informe empresarial –según expresa el Dictamen del Consejo de Estado–, es indispensable una referencia expresa que diera cobertura a las inaplicaciones empresariales en las comunidades autónomas –la mayoría– que no cuenten con un órgano competente en materia de inaplicación. El Gobierno acogió dicha pretensión, explicando que la finalidad de la regla refundidora en tal sentido era la de garantizar la cobertura competencial de un órgano tripartito para la solución de las discrepancias en tales materias, si no se disponía de él o se había renunciado a la vía funcional alternativa de firmar un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previendo a tal fin un régimen transitorio. Pues bien, a juicio del Consejo de Estado,

En algunos aspectos muy concretos, sí que ha evidenciado sus reparos técnicos sobre el proceder originario del Gobierno refundidor

Para el Informe empresarial –según expresa el Dictamen del Consejo de Estado–, es indispensable una referencia expresa que diera cobertura a las inaplicaciones empresariales en las comunidades autónomas –la mayoría– que no cuenten con un órgano competente en materia de inaplicación. El Gobierno acogió dicha pretensión, explicando que la finalidad de la regla refundidora en tal sentido era la de garantizar la cobertura competencial de un órgano tripartito para la solución de las discrepancias en tales materias, si no se disponía de él o se había renunciado a la vía funcional alternativa de firmar un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previendo a tal fin un régimen transitorio. Pues bien, a juicio del Consejo de Estado,

⁶ Es el caso, por ejemplo, de la disposición adicional 10.^a (prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa). El Consejo de Estado –con correcto criterio– recomendó incluir su contenido en un apartado del artículo 90, a fin de lograr «una mayor coherencia sistemática del régimen jurídicos de los convenios colectivos y, además, se aseguraría un mejor conocimiento de la norma por parte de sus destinatarios».

es esta finalidad transitoria la que desaparecería de la nueva disposición, eliminando la referencia a que la competencia de la CCNCC se extenderá al ámbito autonómico «en tanto en cuanto no se constituyan dichos órganos tripartitos equivalentes». A su entender, con toda razón, la pretensión refundidora era *«diseñar un sistema dotado de cierta vocación de permanencia... modificando el sentido y el propósito de la disposición que refundía»*. De ahí que propusiera, y el Gobierno refundidor ha terminado aceptando, conservar el inciso que garantiza la vocación provisional, por ser mucho más respetuosa con el orden constitucional de reparto de competencias en esta materia⁷.

A juicio del Consejo de Estado, es esta finalidad transitoria la que desaparecería de la nueva disposición, eliminando la referencia a que la competencia de la CCNCC se extenderá al ámbito autonómico

El Gobierno refundidor ha terminado aceptando, conservar el inciso que garantiza la vocación provisional

4. REFLEXIÓN FINAL: ¿REFORMA, CONTRARREFORMA O CODIFICACIÓN PARA UN NUEVO ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES MÁS ALLÁ DE LAS OPERACIONES COSMÉTICAS?

¿Podía irse más allá por esta vía de sistematización «cosmética»? No

esperada por ninguno de los tres grandes colectivos o grupos afectados –los ciudadanos (trabajadores), las empresas y los operadores jurídicos–. Pero ¿podía irse más allá por esta vía de sistematización «cosmética»? No. Aunque se hubiese afrontado con mucho más decisión ciertas opciones refundidoras –algunas se han analizado en el decálogo de puntos críticos elegido como repre-

No obstante la sustancial satisfacción que muestra el Consejo de Estado con el proceso de neo-refundición del Estatuto de los Trabajadores, resulta manifiesto a todas luces que no es la obra

⁷ El texto del párrafo 5 de la citada disposición adicional es el siguiente:

«Si alguna comunidad autónoma no tuviera... en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ni mantuviera convenio de colaboración en vigor... la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos podrá, subsidiariamente y en tanto en cuanto no se constituyan y estén en funcionamiento dichos órganos tripartitos equivalentes, conocer de las solicitudes... para dar solución a las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo...».

sentativo de las principales novedades del nuevo TRET-, incluso aunque no se hubiesen dejado fuera determinadas «patatas calientes» –por ejemplo la formalización de la pérdida de vigencia implícita de ciertos preceptos, como el art. 92.2 (relativo a la extensión de convenios colectivos)–, asumiendo una mayor dimensión valorativo-interpretativa, siempre estaríamos en

una renovación «cosmética», que encubre y/o aplaza los verdaderos cambios, la renovación realmente necesaria en aras de una mayor racionalidad reguladora. Esta aparece hoy erosionada por la quiebra de confianza en la norma axial de las relaciones laborales: el Estatuto de los Trabajadores.

Una renovación «cosmética» encubre y/o aplaza los verdaderos cambios, la renovación realmente necesaria en aras de una mayor racionalidad reguladora

El «nuevo» Estatuto de los Trabajadores ya se fraguó con el primer y más intenso capítulo de la reforma promovida a partir de 2012

que recomendó eliminar de una vez por todas esa ensoñación, más quimérica que utópica, a su juicio, ante el extremado dinamismo de la legislación laboral y «las cambiantes circunstancias y protagonistas de los que se ocupa»–, son caminos adecuados para avanzar en un auténtico –tan necesario como urgido– proceso de reconstrucción de un Estatuto de los Trabajadores, nuevo y reconocible por todos. El «nuevo» Estatuto de los Trabajadores ya se fraguó, como culminación de un proceso iniciado antes –desde 1994 sobre todo–, con el primer y más intenso capítulo de la reforma promovida a partir de 2012.

Pero, como es ahora ya suficientemente conocido, la singular aplicación, adherente en una parte, y de fuerte contestación en otra, que está recibiendo desde 2014 por el Derecho Jurisprudencial del Trabajo, ha dejado al descubierto una gran cantidad de lagunas y antinomias (vicios o anomalías jurídicas de primer orden para todo conjunto regulador que se quiera como algo más que una Legislación, para tenerse como un Derecho) que requiere una profunda renovación del proceso productivo. No solo la justicia social, e incluso la eficiencia económica, sino la máxima

Ha dejado al descubierto una gran cantidad de lagunas y antinomias por lo que es el momento de rebuscar un principio de racionalidad auténticamente transaccional

A tal fin, ni el haber dispuesto de más tiempo para valorar el Proyecto de refundición –cuya insuficiencia critica el CES–, siempre útil, ni la actualización, no ya solo nominal, del sueño de la codificación laboral española –como aconseja el CES, que pidió dar vida a la disp. adic. 8.^a, pero critica el Consejo de Estado

seguridad jurídica razonablemente posible, no la irrealizable certeza absoluta –como a menudo, ingenuamente, pretenden unos y otros–, exigen avanzar hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores, no refundido sino renovado, a la altura de un nuevo tiempo, garante del equilibrio de derechos e intereses. Así lo pro-

metió el preámbulo de la [Ley 3/2012](#), pero luego no lo cumplió en su cuerpo articulado, por lo que es el momento, tras más de mil decisiones jurisprudenciales interpretando el sentido práctico de las nuevas normas, de rebuscar un principio de racionalidad auténticamente transaccional y equilibrada entre la función productiva –alma económica– y la distributiva –alma social– del Derecho del Trabajo.