

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Agosto 2022
Volumen 3 - Número 2

Editorial	¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate <i>Discriminated male? Discrimination or inequality? Ideas for a discussion</i> Jesús R. Mercader Uguina	4
Artículos doctrinales	En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales <i>Outsourcing and the possible illegal supply of employees in the field of digital platforms</i> Ángel Jurado Segovia	23
	Las “prohibiciones” de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural <i>The “bans” on dismissal due to the invasion of Ukraine: purposes, functions, similarities with Covid measures and coordination with structural legislation</i> Paz Menéndez Sebastián	51
	La prueba ilícita en el proceso laboral: sus efectos sobre el despido <i>Illicit evidence in the labor process: its effects on dismissal</i> Juan Antonio Altés Tárrega - Fernando Fita Ortega	76
Artículos jurisprudenciales	El encaje de las comisiones ad-hoc en la negociación de los planes de igualdad <i>The ad-hoc committees place in the negotiation of equality plans</i> Noelia de Torres Bóveda	103
	Digitalización y sucesión de empresa <i>Digitalisation and transfers of undertakings</i> David Martínez Saldaña	121

Debate	La devaluación salarial se mantiene: análisis de la reforma laboral de 2021 desde la perspectiva salarial en un contexto de inflación desbocada y propuestas de cambio <i>Salary devaluation remains: analysis of the 2021 labor reform from a salary perspective in a context of runaway inflation and proposals for change</i> Adrián Todolí Signes	139
	La apuesta del RD Ley 32/2021 por la mejora de la calidad y la estabilidad en el empleo. Sus primeros efectos en el mercado de trabajo <i>The commitment of RD Law 32/2021 to improve the quality and stability of employment. Its first effects on the labor market</i> Inmaculada Cebrián López	165
	Los salarios mínimos en la España y la Europa que vienen. Algunas reflexiones interdisciplinarias. <i>Minimum wages in the coming Spain and Europe. Some interdisciplinary thoughts.</i> Pablo Gimeno Díaz de Aauri	184

Miscelánea	El trabajo digital. Análisis de la economía de plataformas en Cuba y Ecuador <i>Digital work. Analysis of the platform economy in Cuba and Ecuador</i> Eduardo Díaz Ocampo - Alexandra Morales Sornoza - Alcides Antúnez Sánchez	198
-------------------	---	-----

Reseña bibliográfica	La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021 Francisco Javier Gómez Abelleira	226
-----------------------------	---	-----

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

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

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

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

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

EDITORIAL

¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate

Discriminated male? Discrimination or inequality? Ideas for a discussion

Jesús R. Mercader Uguina
Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7060>

I. Antecedentes: El varón y el viudo discriminado

El maestro e indiscutible referente del laboralismo español, M. Alonso Olea, publicó en 1982 y 1983 una larga serie de comentarios que llevaron por rótulo: “varón discriminado” y “viudo discriminado”. En los mismos se realizaban brillantes reflexiones sobre todos los pronunciamientos, en relación con ambas cuestiones, emitidos por un naciente Tribunal Constitucional. La primera serie (“varón discriminado”) se inició con el comentario de la STC 81/1982, de 21 de diciembre¹, en la que comparadas las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, se constataba que eran distintas y más favorables para las mujeres, lo que llevó al Tribunal a decidir que los hombres estaban “discriminados” (expresión que aparece en el fallo) y que debía cesar la diferencia de forma que las condiciones de trabajo y sus salarios sean iguales que las de las mujeres.

Esta línea interpretativa se continuará en la STC 98/1983, de 15 de noviembre, que resuelve un caso que, como el propio pronunciamiento reconoce, es “sustancialmente igual al ya resuelto por la STC 81/1982”. Alonso Olea apuntaba comentando esta sentencia una reflexión de enorme alcance²:

“Se está dando el fenómeno curioso de que en los supuestos jurisprudenciales no aparece como discriminada la mujer, que en realidad lo es, sino en realidad el hombre, que en realidad no lo es. Es difícil pensar que ni la Constitución art. 14, ni el ET art. 17, al prohibir la discriminación por razón de sexo tuvieran en mente

¹ M. Alonso Olea, *Varón discriminado I*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, pp. 109 a 124.

² M. Alonso Olea, *Varón discriminado II*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, p. 235.

una discriminación contra el varón. Más bien lo contrario. Con lo que se quiso acabar fue contra las normas y prácticas que discriminaban abiertamente contra la mujer, y contra las que pretendidamente favorables a esta, al menos según la concepción dominante cuando se dictaron, también producían efectos discriminatorios, al dificultar su empleo. No se quiso extender estas condiciones “favorables” al trabajo del varón”.

Con la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que declaró inconstitucional el entonces vigente art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, se inicia la segunda serie (“viudo discriminado”). Este precepto condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los viudos varones a un requisito que no exigía la legislación a las viudas (el requisito de encontrarse el viudo, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión, incapacitado para el trabajo y a cargo de ella). El Tribunal señala que “no se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el artículo 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del artículo 14 de la Constitución”, violándolo.

Como señala Alonso Olea, “la crítica que el intérprete pudiera hacer de la sentencia en gran parte queda ahorrada por lo que de ella hacen los votos particulares”³. Destaca, para la reflexión a la que se dirige este estudio, el firmado por Rubio Llorente que prefigura un giro copernicano en la comprensión del principio de no discriminación por razón de sexo que influiría profundamente en la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de ese momento. Su argumento principal es que no es irrazonable la diferencia que el art. 160.2 LGSS establecía entre el acceso a la pensión de viudos y viudas (y, en consecuencia, no es contrario a la Constitución ni ha resultado derogado por ella), porque los grupos sociales a los que la norma dispensa distinto tratamiento son grupos cuya condición es realmente muy distinta:

“... es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre la mujer la parte más importante, si no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres. Esta desigualdad “real y efectiva” debe ser eliminada por el legislador (del modo y en el momento que estime más oportuno para dar cumplimiento al art. 9.2 CE), pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla. Pueden existir buenas razones para sostener que esta “compensación legislativa”, lejos de solventar la discriminación social, en realidad la perpetúa. Pero esta supresión de la compensación es una medida de política legislativa que sólo tendrá efectos hacia el futuro, no hacia el pasado, cuando “la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir “a cargo” del marido (por irónico que la expresión pueda resultar) mientras era excepcional la situación contraria, y por tanto, no parece discriminatorio que se le dispense de probar esta situación, en tanto sí es razonable que se le exija al varón”.

Una línea interpretativa que quedaría consolidada en la STC 128/1987, de 16 de julio que consolidaría la “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas

³ M. Alonso Olea, *Viudo discriminado I*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, p. 247.

diferenciaciones históricamente muy arraigadas”, que encuentra su razón de ser “en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina [...]”. De modo que, como precisara la STC 229/1992, de 14 de diciembre, pese al “carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios”.

II. La discriminación por razón de sexo es solo discriminación femenina

El debate sobre la discriminación masculina pareció zanjado durante muchos años. La discriminación por razón de sexo es solo femenina. El sexo, como ha puesto de relieve la excelente STC 67/2022, de 2 de junio, “permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana”. Desde la perspectiva de su sexo o condición biológica como los seres humanos somos femeninos, masculinos y, excepcionalmente, intersexuales.

La discriminación sufrida por el sexo de la mujer ha constituido (y constituye) una antigua y persistente lacra que, aunque haya adoptado las más diversas formas –desde la brutal violencia a las formas más sofisticadas que se apoyan en comportamientos falsamente protectores– y se ha proyectado (y lo sigue haciendo) sobre los más diversos espacios, no ha conseguido separarse del devenir de nuestra sociedad. Simone de Beauvoir escribía en 1949 una de las obras emblemáticas de la teoría feminista, *El segundo sexo*, donde se preguntaba ¿qué significa ser mujer? Indagando en las distintas versiones que de ello han ofrecido la historia, la biología, la antropología o la psicología, respondía a la pregunta desde una construcción cultural: “No se nace mujer: se llega a serlo”. Transformar esa concepción y hacer de la mujer un sujeto en igualdad de condiciones con el hombre exige introducir en la acción social nuevas pautas que, de forma progresiva, modulen las caducas estructuras patriarcales y den lugar a un verdadero cambio axiológico que, del mismo modo que las acciones a favor de la igualdad de raza pretenden, en expresión de Kymlicka, una sociedad “ciega a las diferencias en el color”⁴, consigan una “sociedad ciega por lo que hace al sexo”.

⁴ W. Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 175.

El Tribunal Constitucional ha seguido una doctrina categórica en esta materia:

“La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio” (STC 92/2008, de 21 de julio).

Como ha recordado en diversas ocasiones en su doctrina el Tribunal Constitucional, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca⁵. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres⁶. El Tribunal Constitucional ha afirmado que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”⁷.

Las democracias avanzadas y entre ellas, sin duda alguna, la nuestra, han dado pasos en el camino hacia una sociedad “sexualmente neutral” pero es un sendero largo y está lleno de sombras, como ponen de manifiesto los lamentablemente demasiado habituales episodios de violencia doméstica, los ataques sexuales y una visión anacrónica del papel de la mujer en el trabajo. En nuestro país, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supuso un paso importante en este camino, proclamando desde su frontispicio el deseo de alcanzar la “igualdad entre mujeres y hombres” al proclamarla como el objetivo primordial de la Ley (art. 1.1). Aunque los escenarios desde aquel momento han sido cambiantes, la acción normativa en los últimos años viene avanzando en esta dirección.

⁵ Por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6.

⁶ SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3.

⁷ STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4.

III. La condición biológica que rodea a la maternidad justifica las diferencias de trato entre madres y padres

La condición biológica de madre y el proceso de transformación física y mental que se produce en los periodos de embarazo, parto y puerperio han venido justificando tradicionalmente la existencia de regímenes jurídicos diferenciados a la hora de tutelar estas situaciones⁸. Entre los múltiples ejemplos sobre los que se asienta esta línea interpretativa, el Tribunal Constitucional ha considerado que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección derivada del art. 39.2 CE, de manera que las ventajas o excepciones que se determinen para la mujer no pueden ser consideradas discriminatorias para el hombre. La imposibilidad de ejercicio del derecho al permiso por maternidad y su cesión por la madre al padre, cuando aquella no tenga derecho al mismo por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no daba lugar a la inclusión en el campo de protección de la Seguridad Social, antes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, no resultaba inconstitucional⁹.

En la misma línea, las SSTC 111/2018 de 17 de octubre y 2/2019, de 14 de enero, desestimaron el recurso de amparo de un padre que solicitó la equiparación temporal de su permiso laboral de paternidad con el de maternidad. Básicamente, la sentencia rechaza que los elementos de comparación traídos sean situaciones comparables, por lo que, en ausencia de dicha igualdad o comparación razonable de situaciones, resulta conclusiva la declaración de inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE. El caso de nuevo trae causa de una decisión administrativa –confirmada en vía judicial– que no reconoció al demandante el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, en las mismas condiciones que la establecida para el permiso por maternidad.

La sentencia reitera la significación de la condición biológica de la mujer en relación con el hombre de forma que reconocer a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre en la prestación de Seguridad Social, no es discriminatoria para el varón porque la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres, de modo que las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre, sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación

⁸ Un amplio y detenido análisis de esta línea interpretativa puede encontrarse en C. Molina Navarrete, *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 73-111.

⁹ STC 75/2011, de 19 de mayo, FF. 4 y 8; y 78/2011, de 6 de junio.

con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE).

IV. Construyendo la discriminación masculina, construyendo la corresponsabilidad

En los últimos tiempos ha vuelto a cobrar interés el debate sobre el “varón discriminado” al rotar el eje de gravedad sobre la necesidad de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Padre y madre, varón y mujer, como regla general, se enfrentan a una misma realidad: la corresponsabilidad. Esta idea supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación. No se trata ya únicamente de favorecer que las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, puedan conciliar su vida laboral con las exigencias y necesidades de carácter familiar, objetivo que por sí mismo merece la tutela del ordenamiento. Se trata, más allá de esa finalidad, de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras. Desde esta perspectiva, se amplía la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad.

Cuando se produce una diferencia de tratamiento entre padre y madre ¿puede considerarse la misma discriminatoria por razón de sexo? No está de más recordar que la discriminación se vincula con la existencia de hechos diferenciales inherentes a la condición de persona (sexo, orientación o condición sexual, raza, discapacidad física, psíquica o sensorial), que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y ello porque ésta no se atribuye a la especie humana, sino a cada uno de los seres humanos. Se trata de tratamientos diferenciales basados en rasgos que tienen una base esencialmente biológica y, por tanto, situaciones inseparables de la condición de persona. Por tanto, ser tratado de forma distinta en relación con otro ser humano por un factor ligado, exclusivamente, a su naturaleza es especialmente repugnante. La proyección de este factor sobre el sexo masculino viene arrojando respuestas de muy variado tipo cuyo objetivo es sancionar la diferencia de trato de los hombres a la hora de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos.

1. La discriminación masculina como discriminación basada en “circunstancias personales o familiares”

La STC 26/2011, de 14 de marzo¹⁰, abrió las puertas a un posible tratamiento discriminatorio del varón. En el caso, un Ayudante técnico educativo en una residencia

¹⁰ SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6.

de educación especial, con dos hijos de corta edad, solicitó la adscripción a turno fijo de noche durante un curso escolar, con el fin de conciliar la vida laboral y familiar. Al no recibir contestación expresa de la Junta de Castilla y León, presentó demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social, al no reconocer la normativa aplicable un derecho directo del trabajador a elegir turno de trabajo por motivos familiares. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación al no concurrir discriminación y carecer el trabajador de derecho superior al de sus compañeros de trabajo. Intentada casación unificadora, el Tribunal Supremo inadmite el recurso por falta de contenido casacional.

Comienza el Tribunal Constitucional reconociendo la especial trascendencia constitucional del recurso, por concurrir ejercicio de derechos de conciliación por un varón, debiendo examinarse si concurre discriminación por razón de sexo u otros motivos del art. 14 CE. Se descarta que pueda concurrir discriminación por razón de sexo, pues la negativa de la solicitud del demandante no se basó en su condición de varón pero, sobre esta base, el máximo intérprete de la Constitución, crea una causa discriminatoria inédita hasta ahora, como es la basada en “circunstancias personales o familiares” (que la sitúa dentro de las prohibidas por el art. 14 de la Constitución) “relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)”. La conclusión es que los órganos judiciales en el asunto planteado no han valorado adecuadamente la dimensión constitucional *ex art. 14 CE*, en relación con el art. 39.3 CE, sin que ni siquiera se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado; todo ello conduce a otorgar el amparo solicitado.

Afirma el Tribunal Constitucional que:

“el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” Pero ello no impide valorar que tales actuaciones empresariales, en la medida en que limiten, dificulten u obstaculicen el ejercicio por los varones de sus derechos de conciliación, pueden suponer una discriminación por razones familiares en cuanto que menoscaban la conciliación de la vida familiar y laboral de estos trabajadores. El impacto de estas decisiones sobre la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es también evidente. Esta prohibición impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación puede desincentivar el uso por los trabajadores de los permisos, reducciones de jornada o suspensiones por razones familiares y, por tanto, contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Son actuaciones que, por tanto, discriminan de forma indirecta a las mujeres en cuanto ahondan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas”

No obstante, el voto particular que acompaña a la sentencia, firmado por el tristemente desaparecido Pablo Pérez Tremps, abre un razonable frente de duda frente a la construcción de la diferencia de trato en estos casos sobre la base de la simbólica categoría de “discriminación”:

“Es preciso destacar que ésta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares. La determinación de una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, tal como ha reiterado este Tribunal, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Pues bien, en el presente caso, la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 CE. En realidad, tal como denunció el recurrente y parece reconocerse implícitamente por la propia posición de la mayoría, que cita en su favor la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, éste sería un supuesto, en su caso, de discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer”.

Aunque, seguramente, la línea marcada por el voto particular es la más acertada, lo cierto es que este modo de razonar ha alcanzado cierto éxito y su uso se ha generalizado a la hora de construir el canon interpretativo que se utiliza para fundamentar la diferenciación masculina en el acceso a mecanismos de tutela parentales.

Este canon interpretativo se viene utilizando por algunos pronunciamientos en suplicación en el caso de la extinción sin causa del contrato de trabajo de un trabajador cuando previamente había comunicado a responsables de la empresa que iba a nacer su hijo por lo que procedería a disfrutar del permiso de paternidad. La STSJ Andalucía, Granada de 28 de octubre de 2021 (Rº 1273/2021), considera que dicho despido debe reputarse nulo por discriminatorio por razón de sus circunstancias personales o sociales (con cita de la STC 26/2011, de 14 de marzo),” pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares del actor”. Dice la sentencia que: “Si bien es cierto que en el caso de los padres no tienen la misma protección que la mujer embarazada que se produce desde la fecha de inicio del embarazo y por tanto el despido del padre durante el mismo ni con posterioridad no queda protegido sino cuando se hace uso de determinados permisos que relaciona el art.55 ET, no lo es menos que la protección no debe quedar limitada al estricto periodo del disfrute sino también al periodo inmediato anterior coincidente con el preaviso que realiza el trabajador a la empresa sobre tal extremo y su intención al respecto y ello es así porque de otra forma, para eludir el disfrute del permiso, no tiene más el empresario que proceder al despido inmediato para evitar el disfrute del permiso”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022 (Rº 4913/2021), que califica el despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales, en un caso similar al anterior, fundamentando dicha decisión en que:

“una cosa es que en este caso no quepa hablar de discriminación por razón de sexo, y otra, bien distinta, que el tratamiento discriminatorio invocado no pueda obedecer a otras circunstancias o razones de índole personal o social a las que se remite igualmente el artículo 14 de nuestra Carta Magna. El efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nues-

tro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta Ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares”.

2. La construcción de la discriminación masculina desde la discriminación refleja

Se entiende por discriminación refleja, la situación en la que “una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio”¹¹. El legislador español ha acogido la categoría “discriminación por asociación” en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, definiéndola como la que “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad” [art. 2.e)]. También la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha dado carta de naturaleza a este concepto al considerar que existe discriminación por asociación “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 (Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”.

La discriminación refleja es una figura reconocida por el TEDH¹² y por el TJUE¹³, que han apreciado su concurrencia cuando una persona recibe un trato peyorativo con fundamento en su vinculación con otra que presenta las causas de discriminación prohibidas, aunque no manifieste dicha circunstancia quien sufre el perjuicio. La doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de algunos Tribunales Superiores

¹¹ STC 71/2020, de 29 de junio.

¹² STEDH 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79, mantiene que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman, se refleja la discapacidad; STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), en el caso Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail se refleja la maternidad.

de Justicia ha aplicado también estas discriminaciones reflejas, por asociación o “per relationem por sexo”¹⁴ (de hija en relación con la discriminación de la madre pensionista del SOVI sobre la prestación a favor de familiares; acoso discriminatorio y moral del marido por el acoso sexual de su mujer, denegación del permiso por hospitalización, cuando esta se produce como consecuencia del parto de la hermana de la solicitante) y por actividad sindical (despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja sentimental)¹⁵.

En su concepción teórica, las discriminaciones reflejas “rompen el tratamiento unitario entre la titularidad de la condición o característica personal diferenciadora, protegida al prohibir la Constitución (y la ley) que esa característica sea causante de tratamientos peyorativos, y la titularidad de la esfera jurídica en que se producen los efectos negativos de los tratamientos perjudiciales o peyorativos prohibidos por la técnica funcional de la tutela antidiscriminatoria con causa en esa característica de diferenciación juzgada ilegítima por la propia Constitución o por su interpretación judicial, y de manera especialmente autorizada por el Tribunal Constitucional, al no ser cerradas las causas de discriminación en sociedades en transformación permanente con constituciones vivas (art. 14 CE)”¹⁶.

Un intento de dotar de cobertura situaciones de “discriminación masculina” a través de la técnica de la discriminación por asociación lo podemos encontrar en varios pronunciamientos en los que se recurre a esta categoría¹⁷.

En primer término, en la STSJ Galicia 13 de abril de 2018 (Rº 421/2018), que analiza un supuesto de discriminación del varón por asociación vinculado con el acoso sexual y discriminación sufrido por la esposa. El referido pronunciamiento concluye que “se ha acreditado una vulneración de la dignidad del trabajador demandante que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo (art. 14 CE), y como un acoso moral atendiendo a que, además, se ha acreditado la finalidad de dañar a la víctima (art. 15 CE)”.

En la STSJ Galicia, 4 de marzo de 2021 (Rº 4447/2020), la empresa era conocedora de la situación de embarazo de la compañera sentimental un trabajador. Este fue despedido poco después de que enviase a los responsables de la empresa determinados mensajes de texto poniendo en conocimiento la situación de embarazo de su pareja y

¹⁴ M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, Revista de Jurisprudencia Laboral, 7/2020.

¹⁵ Da cuenta de todas ellas, D. Perez Del Prado, *Algunas reflexiones sobre la discriminación por asociación*, El Foro de Labos, entrada de 24 de octubre de 2019.

¹⁶ M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, cit.

¹⁷ Sobre la discriminación por asociación es de referencia el excelente trabajo de Y. Maneiro Vázquez, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2021. En el mismo se analizan con detalle los referidos pronunciamientos.

su intención de acompañarla a las consultas médicas, y de comunicar asimismo que no podría ir al día siguiente al trabajo por estar ingresada su pareja al haber tenido un aborto. La sentencia considera “irrelevante que el demandante y su compañera sentimental (...) no hubieran contraído matrimonio o que no estuvieran inscritos como pareja de hecho”. Y ello puesto que está probado en todo caso que “el actor era pareja sentimental de la persona embarazada y posteriormente hospitalizada, vínculo que –unido a que el actor manifestó dicha circunstancia a la empresa, así como su intención de acompañarla en determinadas circunstancias médicas o de hospitalización– tiene entidad suficiente como para sustentar una discriminación por razón de sexo por asociación”.

En la citada línea se sitúa también la STSJ Galicia de 16 de abril de 2021 (R^o 754/2021), en el caso de un varón que comunica el embarazo de su mujer y es despedido el mismo día del parto. El despido no tiene que ver con el ejercicio del permiso de paternidad, sino con su condición de progenitor lo que lleva a la Sala a considerar que estamos ante un supuesto de discriminación refleja: “se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya) , el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues –precisamente– su despido se ha producido por el hecho del embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo (permisos, bajas, etc.); por lo que ciertamente nos encontramos ante un despido por discriminación refleja”.

Y es que, ciertamente, “la discriminación refleja o por vinculación es una categoría doctrinal y jurisprudencial que, aun sin resolver todos los problemas, debiera ser tenida en cuenta en la aplicación de la discriminación por sexo a presuntos perjuicios o tratos peyorativos sufridos por hombres al no haber constituido el sector de la población en posición desventajosa y contraria a la dignidad humana por motivo del sexo y existir, en consecuencia, obstáculos teóricos a su acomodo en la categoría constitucional discriminación por sexo”¹⁸.

3. Pero si la discriminación obedece a rasgos o condiciones personales innatas ¿se puede hablar de discriminación del varón?

Creo sinceramente que las respuestas a las anteriores preguntas deben ser contestadas, en este momento, de forma rotundamente negativa. Es más, proyectar la categoría “discriminación por razón de sexo” al varón constituye un error conceptual y jurídico. Estos supuestos, como seguidamente trataré de razonar, no deben ser tratados como duras discriminaciones sino como meras desigualaciones, porque el sentido de la prohibición de discriminaciones, y así lo subraya el Tribunal Constitucional, es el de no ahondar en

¹⁸ M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, cit.

diferenciaciones que han colocado históricamente a ciertos grupos en situación de inferioridad¹⁹: Al hombre se le desiguala, a la mujer se la discrimina.

Siendo esto así, Philippe Van Parijs en un artículo extraordinariamente agudo (*“Four Puzzles on Gender Equality”*)²⁰ al que, por cierto accedí por recomendación de mi admirado Pablo de Lora, ha puesto sobre la mesa argumentos para fundamentar la discriminación masculina. Su conclusión es, sin duda, polémica: “La desigualdad de género existe, pero a favor de las mujeres”. Como el objeto de este artículo es abrir líneas de reflexión en esta materia, creo que puede ser interesante que nos detengamos brevemente en los fundamentos que sostienen dicho razonar.

La premisa de la que parte el citado autor podría enunciarse simplificada así: si la discriminación se fundamenta en hechos diferenciales inherentes a la condición de la persona, el hombre también tiene condiciones que le hacen diferente. Hay dimensiones en las que los hombres parecen estar en desventaja, en promedio, en relación con las mujeres y que generan desigualdades; su esperanza de vida es menor; en un número creciente de países, en promedio, tienen menos educación que las mujeres y, además, los varones forman una minoría electoral. Y, en fin, que la inmensa mayoría de la población penitenciaria es masculina. Estas desventajas, si son reales, derivan todas de una característica no elegida compartida por una categoría de seres humanos: ser varón.

Señala Van Parijs que la esperanza de vida al nacer es actualmente de 82,5 años para las mujeres europeas y de 76 para los hombres. En promedio, “los hombres obtienen ingresos significativamente más altos que las mujeres en cada año que viven, pero viven menos años”. Para nuestro autor, sin embargo, hay algo más fundamental: “en lo que respecta a desigualdades en la vida, hay algo que presumiblemente es aún más valioso que los ingresos: la vida”. Añade a lo anterior que “desde la invención de la escuela, los hombres han disfrutado de una mejor educación que las mujeres, pero esta situación se viene invirtiendo. En la Unión Europea, por ejemplo, el porcentaje de mujeres con un título de educación superior es del 25%, en comparación con 22% para los hombres. Si se combinan las dos primeras desigualdades, cabe predecir un tercer factor diferencial: las mujeres son decisivas en las elecciones políticas. La cuarta desigualdad sobre la que llama la atención Van Parijs es la más delicada: “la desigualdad hormonal”.

¿De ello se sigue que estas desventajas permiten construir una discriminación por razón de sexo masculina? “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido y la más primaria, porque se añade a todas las demás”²¹. La idea de la inferioridad femenina, se encuentra tan sólidamente asentada en el pensamiento filosófico que soporta nuestra civilización (Kant, Rousseau, Hegel) y tan sólidamente arraigada en la realidad

¹⁹ J. A. Lascurain Sánchez, *Igualdad y delitos de género*, en S. Quicios Molina, S. Álvarez Medina (Dir.). *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia: Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 99 y 105.

²⁰ Law, Ethics and Philosophy, 2015, n° 3, pp. 79-89.

²¹ F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995, p. 1.

social que la transformación de nuestra sociedad en una “sexualmente neutra” requerirá probablemente también de siglos. Las desventajas del hombre deben esperar para alcanzar el mismo peso.

IV. La discriminación masculina como desigualación: La condición de progenitor como factor de desigualación irrazonable

¿La diferencia de tratamiento del hombre basada en su condición de progenitor (padre o madre biológico o por adopción) constituye un factor de discriminación o debe ser considerado, más propiamente, una desigualación irrazonable? Como veremos, la cuestión es trascendente.

El art. 14 CE establece que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social“. Un precepto que incorpora “una coma inicial con espíritu de punto y aparte”²² que sirve para distinguir entre genérico derecho a la igualdad y el más exigente derecho a no ser discriminado. La discriminación representaría, de este modo, una manifestación especialmente cualificada de vulneración del principio de igualdad. Esta diferenciación se mantiene en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que también distingue entre igualdad ante la ley (art. 20) y no discriminación (art. 21), si bien la interpretación que viene realizando la jurisprudencia del TJUE no ha construido un razonamiento abstracto referido a la igualdad per se, sino que su aplicación se vertebra a través del encaje en alguna de las causas de discriminación²³. Como veremos, tal singularidad de nuestro modelo constitucional puede tener importantes consecuencias a la hora de responder a la duda que sirve de base a este estudio.

Aunque pudiéramos resolver esta cuestión por el cómodo expediente de considerar que el término “discriminación” en un sentido extensivo incluye cualquier desigualación irrazonable, lo cierto es que nuestro modelo constitucional distingue dos dimensiones básicas del derecho de igualdad, como se ocupa de precisar la STC 67/2022. Por un lado, se identifica “la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación”²⁴. Es importante precisar que los vínculos de la igualdad no solo alcanzan al legislador. De una u otra forma, también se proyectan sobre la autonomía de la voluntad y sobre la autonomía colectiva. Y es que, como

²² Como brillantemente señala J. A. Lascurain Sanchez, *Igualdad y delitos de género*, Blog Almacén del Derecho, entrada de 6 de abril de 2019.

²³ Como precisa M. F. Fernandez Lopez, *Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral*, en Casas Baamonde, M. E., Gil Alburquerque, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 2ª edición, p. 227.

²⁴ STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

dejó sentado el Tribunal Constitucional en su STC 36/2011, “una decisión empresarial de diferenciación (...) adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”. Por otro, se identifica en el inciso segundo del mismo art.14 CE la interdicción de “comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado”²⁵.

La idea de la prohibición de desigualdades irrazonables deriva del hecho de que el art. 14 CE no exige igualdad absoluta de trato, ya que admite diferencias no sólo entre supuestos de hecho diferentes, sino también entre situaciones iguales, siempre que estén fundadas en razones objetivas y justificadas, carezcan de arbitrariedad, y se ajusten en su regulación y aplicación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Se trata, en suma, de evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, con lo que la igualdad se resuelve en la exigencia de no diferenciar, sin razón suficiente, entre situaciones de hecho equiparables²⁶. Este cambio de centro de imputación normativa evita proyectar la categoría de discriminación sobre el sexo masculino y, a la vez, elimina una proyección ontológica de la discriminación sobre cualquier actuar.

Solo concretas y determinadas situaciones en las que sea posible concretar un adecuado término de comparación podrán ser consideradas contrarias al artículo 14 CE. Toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos²⁷. Así pues, los conceptos de igualdad y desigualdad, sin cuya previa aclaración es imposible explicar el contenido del principio de igualdad, se refieren siempre a un tercer elemento que permite una comparación, un *tertium comparationis*. Dos individuos son iguales, esto es, “pertenecen a la misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, un término que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce”²⁸. Y ello, porque la clave del juicio de igualdad se encuentra en el “criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales”²⁹, en suma, en los factores que contribuyen a crear un “círculo de igualdad”³⁰.

²⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

²⁶ J. Jimenez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1983, nº 9, p. 72-73.

²⁷ F. Rubio Llorente, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, nº 31, p. 12.

²⁸ I. De Otto, *El principio general de igualdad en la Constitución Española*, en AA.VV., *Igualdad, desigualdad y equidad en España y Méjico*, Toledo, Instituto de Cooperación Iberoamericana/Colegio de México, 1983, p. 347.

²⁹ J. A. Garcia Amado, *Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1987, p. 116.

³⁰ Como señala U. KLUG, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990, p. 106, “en el caso de los círculos de

Es evidente que “condición de progenitor” no es un factor odioso en los términos apuntados por responder a determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona, pero resulta un adecuado *tertium comparationis* en la medida en que la condición de progenitor sitúa al trabajador y a la trabajadora que tenga también esa condición en una situación comparable en cuanto al cuidado de los hijos.

Así lo subraya la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que en su Considerando 6 establece: “Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios”. Por su parte el artículo 1 dispone: “*La presente Directiva establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.* En consecuencia, el disfrute por las personas trabajadoras de alguno de los derechos parentales anteriormente examinados no puede originarles un perjuicio en sus derechos económicos.

Esta idea se encuentra muy presente en la doctrina del TJUE, que ha subrayado el cuidado de la familia como corresponsabilidad entre, en su caso, ambos progenitores y la igualdad de derechos y de obligaciones entre hombres y mujeres en cuanto a la crianza y al cuidado. El primer ejemplo puede extraerse de la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09, Roca Álvarez. En la misma, un varón que prestaba servicios como trabajador por cuenta ajena para una ETT solicitó a su empresario que le fuera reconocido el derecho al permiso previsto por el art. 37.4 ET. Ese permiso le fue denegado debido a que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia. Pues bien, la actividad laboral por cuenta ajena de la madre era supuestamente un requisito imprescindible para disfrutar del referido permiso. Dice el Tribunal que el hecho de que el permiso controvertido pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por lo que concluye que “el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido (...) a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del

igualdad o clases por abstracción se trata de clases que cumplen las dos siguientes condiciones: Primero, entre un par de elementos cualesquiera “x” e “y” y de una clase de esa índole existe la relación de igualdad “R”, con respecto a la cual se ha formado el círculo de igualdad. Y, segundo, ningún elemento exterior a dicha clase se encuentra en aquella relación de igualdad con “R” con ningún elemento perteneciente a la clase”.

niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”. Aunque, en este caso, la construcción se realiza desde la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, lo cierto es que la misma pone en primer plano la condición de progenitor como factor de diferenciación no justificado.

Más clara desde la perspectiva que aquí defendemos es la STJUE (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020, Asunto Sentencia Syndicat CFTC³¹. En ella se plantea la negativa de una entidad a reconocer al padre de un niño, el permiso para las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas, previsto en el art. 46 del Convenio Colectivo Nacional del Personal de los Organismos de Seguridad Social, de 8 de febrero de 1957. El Sindicato CFTC, que actúa a favor del trabajador, considera que la resolución por la que se deniega el permiso previsto en el Convenio Colectivo constituye una discriminación por razón de sexo prohibida tanto por el Derecho de la UE como por el Derecho francés. Desde su punto de vista, el citado permiso no responde a consideraciones fisiológicas, sino al hecho de ser progenitor. A juicio del TJUE, el citado permiso adicional no está destinado a proteger la condición biológica de la mujer trabajadora, ligada al embarazo o a su maternidad, de conformidad con la Directiva 92/85/CEE, objetivo que ya cumple el más favorable permiso legal de maternidad de dieciséis semanas reconocido por el Code du travail, de las cuales, al menos diez deben disfrutarse tras el alumbramiento. El permiso adicional objeto de controversia contempla a las trabajadoras como progenitoras, por lo que la reserva del citado permiso a las mujeres constituiría una discriminación directa (en términos comunitarios) frente a los hombres.

Incluso la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18 (asunto WA), que estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, articula una parte de sus razonamientos en la condición de progenitor³². Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), “mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento”. El TJUE argumenta que la diferencia de trato en la regulación de una prestación pública no constituye un régimen de empleo susceptible de la aplicación de la igualdad retributiva sentada en el art. 157 TFUE, dada su naturaleza

³¹ B. García Romero, *Permiso de maternidad adicional al legal reservado por el convenio colectivo a las madres trabajadoras: condiciones para su adecuación al Derecho de la UE en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo*, Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2021.

³² Es referencia necesaria para comprender el sentido y efectos de este pronunciamiento la lectura de la monografía de J. Vivero Serrano, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

pública general y obligatoria, pero sí resulta amparada por la directiva 79/7, en cuanto a la diferencia de trato basada en el sexo (art. 4.1.3).

Aplicado dicho principio a la prestación controvertida, el complemento de pensión por aportación demográfica a la Seguridad social, el TJUE considera que “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres”, por lo que no podría justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable a los efectos controvertidos. Ambos son igual de progenitores. El pronunciamiento es impecable porque, como ha señalado Álvarez de la Rosa, “desde la perspectiva de la construcción de su enunciado (reconocimiento de un complemento por maternidad a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social), resulta evidente que el legislador eligió un supuesto normativo imposible de constatar y absurdo, porque “la aportación demográfica”, así dicho, es cuestión de la reproducción humana; o sea, cosa de dos”³³. En suma, la condición de progenitor hace a mujer y hombre iguales por lo que una diferencia de trato basada en ese exclusivo factor resulta irrazonable.

Pero existen supuestos en los que la desigualación puede ser razonable. La promulgación de la Ley Integral de Protección contra la Violencia de Género estableció en el delito de violencia ocasional una pena distinta en atención al género de la víctima. En el caso que resuelve la STC 59/2008, de 14 de mayo, Juan y Marta, pareja sentimental, discutieron vehementemente en la calle porque no se ponían de acuerdo sobre el momento de regresar a casa. Tan intensa fue la desavenencia que se agredieron recíprocamente, “de manera que la encausada le propinó a Juan un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por Marta, sin que conste la producción de lesiones”. Ninguno de los dos denunció al otro, pero sí se querelló el Ministerio Fiscal, solicitando la condena de ella por el delito de maltrato doméstico del artículo 153.2 CP y a él por el más grave delito de maltrato de género del artículo 153.1 CP. Tras dos absoluciones el litigio termina en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en sentencia de Pleno estima el recurso del Fiscal y condena a Juan a la pena de seis meses de prisión y a Marta a la de tres meses de prisión. ¿Discrimina al varón la diferenciación normativa? Como ha señalado la más cualificada doctrina penal, la normativa vigente “desigual” al varón, no lo discrimina³⁴. Un tratamiento diferencial que, pese al gran debate generado, es admitido por el Tribunal Constitucional al considerar que: “*La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, (...), que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*”.

La diferencia conceptual entre desigualación y discriminación no se entiende bien si no se añaden sus consecuencias. En otro caso, podría parecer que estamos ante un

³³ M. Álvarez de la Rosa, *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020, p. 90.

³⁴ J. A. Lascurain Sánchez, *Igualdad y delitos de género*, en S. Quicios Molina, S. Álvarez Medina (Dir.). *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia: cit.*

mero debate semántico. Constitucionalmente se puede desigualar siempre que exista una justificación objetiva y razonable; pero lo que no es posible es discriminar “razonablemente”. La desigualación irrazonable del hombre cuando existe un adecuado término de comparación con la mujer (la condición biológica o jurídica de progenitor) contradice el mandato del art. 14 CE, pero, sin embargo, creemos que ello no lleva consigo extender la discriminación por razón de sexo al varón. Al hombre se le puede desigualar (razonablemente), la mujer no debe ser discriminada nunca.

En cualquier caso, el debate está servido.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales*

Outsourcing and the possible illegal supply of employees in the field of digital platforms

Ángel Jurado Segovia

Profesor Contratado Doctor (acreditado a titular).

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-2612-9967

Recibido: 8/4/2022

Aceptado: 29/4/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7061>

Resumen: En el ámbito de las denominadas plataformas digitales, un nuevo episodio susceptible de generar un cierto debate y conflictividad jurídico-laboral está ya en ciernes y trae causa en que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha entendido que las prácticas de subcontratación de actividades de empresas como Amazon y Cabify conculcan la prohibición de cesión de trabajadores establecida por la normativa laboral. Tomando como ineludible punto de referencia la jurisprudencia en torno a la distinción entre contrataciones lícitas y cesiones ilegales, el presente trabajo analiza críticamente los principales criterios y razonamientos que habría manejado la Inspección de Trabajo para llegar a tal conclusión. El estudio contiene, asimismo, algunas consideraciones que encuadran el tema analizado en un marco más amplio de reflexión relativo a la regulación jurídico-laboral de los fenómenos de externalización de actividades empresariales.

Palabras clave: externalización de actividades empresariales, cesión ilegal de trabajadores, plataformas digitales.

Abstract: In the field of digital platforms, a new episode likely to generate a certain legal-labour debate has arisen because the Labour and Social Security Inspectorate has found that the outsourcing practices of companies such as Amazon and Cabify violate the prohibition on the supply of employees established by labour law. Taking as an unavoidable point of reference the case law on the distinction between lawful outsourcing and unlawful supply, this paper critically analyses the main criteria and reasoning that the Labour Inspectorate

*El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+i: “El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades” (Ref.: PID2019-104287RB-I00).

seems to have used to reach this conclusion. The study also contains some considerations that place the issue analysed within a broader framework of reflection on the labour law regulation of the outsourcing.

Keywords:

outsourcing, illegal supply of employees, digital platforms.

1. Introducción

Creo que huelgan demasiadas consideraciones para destacar la actualidad que, en el plano tanto teórico como práctico, vienen adquiriendo las cuestiones jurídico-laborales relacionadas con la denominada digitalización, entre ellas las referidas al trabajo en el ámbito de las plataformas digitales. En este terreno, un nuevo episodio susceptible de generar un cierto debate y conflictividad jurídica está ya en ciernes y trae causa en que, antes incluso de la respuesta jurisprudencial y legislativa a la dicotomía trabajo autónomo/trabajo por cuenta ajena en el ámbito de ciertas plataformas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha puesto en duda la licitud de ciertas prácticas de subcontratación empresarial por parte de organizaciones que operan, asimismo, bajo la lógica de plataformas digitales –conocidas comercialmente como Amazon y Cabify–, habiéndose levantado diversas actas de infracción administrativa por entenderse que tales prácticas conculcan la prohibición de cesión de trabajadores que rige en nuestro ordenamiento¹.

La cuestión seguramente deberá ser afrontada por los tribunales en diversas ocasiones, bien como consecuencia de la impugnación de las actuaciones administrativas habidas, bien a raíz de acciones interpuestas por parte de trabajadores, detectándose en este sentido ya alguna decisión judicial reciente². Como es sabido, el orden normativo de referencia al respecto viene constituido esencialmente por los arts. 42 y 43 ET; en particular, por lo dispuesto en este último precepto que, tras la prohibición general de ceder trabajadores contenida en su apartado 1 –salvo para el caso de ETTs debidamente autorizadas–, recoge un apartado 2, que reza lo siguiente: *“En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*.

¹ “Inspección de Trabajo sanciona a Amazon y 4 empresas de paquetería por “cesión ilegal” de empleados” (13-6-2020; <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/10603437/06/20/Inspeccion-de-Trabajo-sanciona-a-Amazon-y-4-empresas-de-paqueteria-por-cesion-ilegal-de-empleados.html>); “La Inspección de Trabajo sanciona a Cabify con 431.000 euros por “cesión ilegal” de 120 empleados” (24-3-2021; https://www.eldiario.es/catalunya/inspeccion-trabajo-multa-cabify-431-000-euros-cesion-ilegal-120-empleados_1_7340712.html).

² SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021), desestimando la existencia de cesión ilegal. Y STSJ Comunidad Valenciana 29-12-2021 (Rº 1218/2020), que no entra, sin embargo, a valorar si existió o no cesión ilegal por ser una cuestión nueva no planteada en la demanda inicial ni resuelta en la sentencia recurrida en suplicación.

Este precepto, cuyo origen se remonta a la reforma laboral de 2006, constituye un intento de trazar legalmente la frontera entre las contrataciones de obras o servicios plenamente legítimas (art. 42 ET) y las meras puestas a disposición de trabajadores prohibidas (art. 43 ET). Sin perjuicio del loable esfuerzo en aras de superar la parquedad de anteriores previsiones estatutarias con el objetivo de atender a esa distinción, cuya complejidad ha ido *in crescendo* a raíz de la proliferación y diversificación de los fenómenos de externalización de actividades empresariales, lo cierto es que su plasmación legal no ha resultado muy afortunada. Sobre todo porque se ha querido aquilatar un concepto más o menos categórico de cesión ilegal a partir de algunos de los criterios y conclusiones –y quizás no todas las relevantes– que cabría extraer de la doctrina jurisprudencial en la materia³, la cual no ha venido operando, sin embargo, sobre la base de unos criterios o elementos formulados con valor constitutivo, sino mayormente a modo de criterios orientativos e indicios, lo que restaría bastante operatividad a la definición legal ensayada, cuyo tenor presenta, además, un cierto aire tautológico⁴. De ahí que, desde un primer momento, algunos autores apostasen por la no producción de un cambio relevante de método en la doctrina de los tribunales⁵, como, de hecho, así ha acontecido al menos por lo que se refiere a la doctrina del TS, que sigue siendo de capital importancia a la hora de trazar una distinción cabal entre la contrata lícita y la cesión prohibida⁶. Antes y después de la reforma de 2006, la jurisprudencia ha venido señalando que, a estos efectos, se debe proceder a una aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes entre sí, sino complementarios y que tienen un valor indicativo u orientador⁷.

³ Según Exposición de motivos del RD-Ley 5/2006, lo pretendido es “una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la Ley la jurisprudencia sobre esta materia”.

⁴ En esta línea, la previsión legal ha sido valorada negativamente en tanto que el legislador no habría entendido la jurisprudencia en que decía inspirarse, que maneja indicios apegados al caso concreto, Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La reforma laboral de 2006: un análisis crítico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo”, en (AAVV): *La reforma laboral de 2006. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 54 y 55. Considerando, asimismo, que se habrían establecido unas presunciones de cesión ilegal que no se corresponden con la idea seguida por la jurisprudencia, resultando, además, que varios de los elementos reflejados normativamente no aportan demasiado desde el punto de vista calificador, Molero Manglano, C.: “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral*, nº 21, 2006, pág. 2 y ss. (versión digital). Asimismo, destacando que el legislador no habría sido coherente con la jurisprudencia al dotar de autonomía tipificadora a cada una de las circunstancias plasmadas en la norma, Valdes Dal-Re, F.: “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, *Relaciones Laborales*, nº 12, 2007, pág. 6 y 7 (versión digital). Y haciendo también una valoración negativa del art. 43.2 ET, entre otras cuestiones, por no tener en cuenta que los criterios manejados por la jurisprudencia no son excluyentes, sino complementarios, no haber reflejado otros que también se han venido utilizando, así como por hacer referencias que no serían otra cosa que el resultado prohibido por la norma, Rodríguez Ramos, M. J.: “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 15, 2007, pág. 13 y ss.

⁵ Cfr. Molero Manglano, C., op. cit., pág. 6 y ss.; Valdes Dal-Re, F., op. cit., pág. 7 y 8.

⁶ En esta línea, Ceinos Suarez, A.: “La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 143, 2019, págs. 138-141.

⁷ Cfr., por ejemplo, SSTS 16-6-2003 (Rº 3054/2001); 3-10-2005 (Rº 3911/2004); 25-6-2009 (Rº 57/2008); 2-11-2016 (Rº 2779/2014) y 8-7-2020 (Rº 14/2019).

Partiendo de tal estado general de cosas, el presente trabajo tiene por objeto profundizar y reflexionar críticamente en torno a los principales criterios y razonamientos que, según han sido reseñados por algún análisis doctrinal, habrían llevado a la Inspección de Trabajo a concluir la existencia de cesión ilegal en los supuestos antes apuntados⁸. El estudio recoge, asimismo, unas consideraciones finales que encuadran el tema analizado dentro de un marco más amplio de reflexión relativo a la regulación jurídico-laboral de los fenómenos de externalización de actividades empresariales.

2. Criterios e indicios de cesión ilegal manejados en el ámbito de las plataformas digitales: análisis crítico

2.1. Los medios e infraestructura de la empresa contratista

Una línea relevante de argumentación de las actuaciones inspectoras que han concluido la existencia de una cesión ilegal en la contratación de servicios de transporte por determinadas plataformas con terceras empresas habría discurrido por el terreno de valorar si la empresa contratista aporta o no los medios e infraestructura necesaria para llevar a cabo la actividad contratada. En este sentido, con cierto mimetismo respecto a lo acontecido en la calificación jurídica de los denominados “riders”, se ha considerado significativo que sea la plataforma comitente la que aporte herramientas tecnológicas –aplicaciones que utilizan algoritmos y/o otras herramientas digitales– relevantes para la organización de la actividad objeto de la contrata, entendiéndose, por ello, que la empresa contratada para ejecutar los servicios de transporte carecería de los medios necesarios a tal efecto y resultando ello, a la postre, una manifestación elocuente de cesión ilegal de mano de obra. Un mimetismo que se trasluce en general en los planteamientos esgrimidos en favor de la existencia de cesión ilegal en estos casos. Frente a ello, de entrada y desde una perspectiva general, cabe objetar que los juicios de laboralidad y cesión ilegal, aunque puedan presentar ciertos elementos comunes, tienen su propia sustantividad; lo que, a su vez, se explica o justifica en que responden a lógicas tuitivas no idénticas, pues en un caso se trata de incardinar o no una relación dentro del conjunto de normas laborales y de Seguridad Social protectoras del trabajo por cuenta ajena, mientras que en el segundo se trata de determinar, en buena medida, los confines jurídico-laborales de la externalización de actividades empresariales, pero partiendo de la existencia de una relación laboral, sin perjuicio de que, en determinados casos, puedan quedar implicados ambos juicios de calificación.

Centrándonos ahora en los medios materiales o infraestructura exigida a la contratista, ello remitiría a lo que la jurisprudencia, desde hace bastante tiempo, ha denominado, por contraposición, como empresa “ficticia” o “aparente” a efectos de declarar

⁸ A lo largo de este trabajo se utiliza la reseña que de algunas de esas actuaciones inspectoras han realizado Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A.: “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales”, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021, particularmente, pág. 42 y ss.

la existencia de cesión ilegal mano de obra⁹. Ocurre, con todo, que la delimitación de lo que cabe entender por empresario “*aparente*” no se puede sino afrontar de forma muy apegada a las características de cada caso concreto, pues la valoración no puede seguir las mismas pautas en una contrata de, por ejemplo, servicios de limpieza o seguridad, que en una contrata de producción fabril¹⁰. En este sentido, en la jurisprudencia se identifican algunos supuestos en que se ha descartado la existencia de cesión ilegal considerando, entre otras circunstancias, la simpleza o escasa relevancia de los medios materiales necesarios para ejecutar la actividad contratada¹¹. Y de datos normativos como la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, se infiere que, aunque con los límites y las cautelas establecidas legalmente, puede haber contratas lícitas en que la contratista no aporte significativos medios materiales, sino fundamentalmente mano de obra¹². A lo que cabe añadir que, a la hora de enjuiciar la entidad de una organización empresarial, también puede jugar un papel relevante lo intangible, esto es, todo aquello que puede englobarse bajo la idea de “*know-how*”, cuya aportación a la contrata, junto con otros elementos que denoten el ejercicio de los poderes empresariales por la contratista, puede resultar suficiente para excluir la existencia de cesión ilegal¹³. De hecho, esta es la orientación que, en buena medida, puede identificarse en la doctrina judicial que alude a la idea de “*actividad laboral organizada*” para justificar la licitud de contratas con escasa relevancia material¹⁴, en una línea de tendencia que también cabe apreciar en la jurisprudencia del TS, tal y como se podrá ir observando a largo de estas páginas¹⁵.

Previamente, y atendiendo al tipo de actividades en que ya se ha planteado la cuestión de la cesión ilegal y las denominadas plataformas, cabe traer a colación una doctrina judicial de la que se deduce que, a la hora de ponderar la concurrencia de una lícita contrata en el sector del transporte, los bienes o medios de producción que aparecen como fundamentales son los vehículos –incluidas, en su caso, las correspondientes autorizaciones de transporte–, que son los elementos, además, en torno a los cuales gira la organización y especialización que debe aportar la empresa contratista¹⁶. Como se

⁹ Cfr., por todas, SSTs 7-3-1988 (RJ 1863) y 17-1-1991 (Rº 2858/1989).

¹⁰ Cfr., reflexionando en esta línea, Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J. M.: “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, (AAVV): *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 112 y 117.

¹¹ Cfr. SSTs 17-12-2001 (Rº 244/2001) y 27-9-2011 (Rº 4095/2010).

¹² En este sentido, Monreal Bringsvaerd, E.: “Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 466, 2022, pág. 67.

¹³ Cfr., en esta línea Goerlich Peset, J. M.: “Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas”, en (AAVV): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 29.

¹⁴ Cfr. Llano Sanchez, M.: “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2006, págs. 6 y 10.

¹⁵ Por hacer referencia expresa al “*know-how*”, baste ahora citar las SSTs 10-1-2017 (Rº 1670/2014) y 25-11-2019 (Rº 81/2018).

¹⁶ Cfr., en esta línea, SSTSJ País Vasco 2-5-2007 (Rº 731/2007); Galicia 1-3-2011 (Rº 4900/2010) y 26-

puede leer en alguna sentencia, “*los vehículos constituyen el input o activo principal para la realización de la actividad de transporte, siendo los restantes elementos y herramientas proporcionados por la empresa comitente o principal accesorios o complementarios de aquel medio productivo principal*”¹⁷. En esta misma línea, aunque sin ser un argumento definitivo, sí que parece un dato indicativo que normativamente se hayan considerados excluidas del ámbito de la regulación del trabajo por cuenta ajena a las personas prestadoras de servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y con vehículos cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten (art. 1.3 g ET).

Al margen de las particularidades de la actividad del transporte, de la jurisprudencia reciente se infiere, asimismo, que el hecho de que el comitente ponga a disposición de la contratista ciertas herramientas informáticas u otros equipos no es siempre determinante para declarar la existencia de cesión ilegal, debiéndose valorar si la contratista aporta también otra infraestructura y organización relevante. Así, que, en el marco de una contrata de un servicio de incidencias en redes telefónicas y telemáticas, la principal aportase ordenadores y ciertos equipos informáticos utilizados por los trabajadores de la contratista no se consideró determinante en tanto que ésta última había puesto a disposición otros elementos materiales –inmuebles dotados con mobiliario y líneas telefónicas a su cargo– que eran necesarios para la actividad, además de haber puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata¹⁸. O, con la misma orientación, el que, como consecuencia de la externalización del servicio de atención farmacéutica en un centro de personas mayores, los trabajadores de la contratista se ubicasen en dicho centro y utilizaran ordenadores y programas informáticos de la comitente, no se consideró trascendente, pues, dada la índole del servicio contratado, la atención a los usuarios exigía tal ubicación y acceder a datos recogidos en tales programas informáticos, organizando la contratista el resto de elementos para ejecutar, a través de sus trabajadores, el servicio contratado¹⁹. De este modo, el propio objeto de la contrata, que puede requerir una cierta atención personalizada a un tercero-cliente, hace natural y lógico no dar trascendencia a que se utilicen herramientas y programas tecnológicos de la principal, en tanto que es esa atención la que hace necesaria acceder a información en posesión de la principal y relativa a dicho tercero-cliente, a los servicios contratados por él y a la forma de prestarle el servicio²⁰.

Por consiguiente, a la vista de estas orientaciones jurisprudenciales, hay motivos para dudar de que uno de los principales argumentos esgrimidos por la Inspección de Trabajo en el ámbito de las plataformas sea realmente pertinente y decisivo. Y ello por

4-2013 (R° 326/2013); Castilla-La Mancha 15-3-2012 (R° 180/2012); Cataluña 13-1-2012 (R° 5434/2011) y 10-3-2020, (R° 6034/2019).

¹⁷ STSJ Murcia 23-12-2004 (R° 1227/2004).

¹⁸ STS 10-1-2017 (R° 1670/2014). En la misma línea, en supuestos que guardan cierta similitud, SSTS 8-1-2019 (R° 3784/2016) y 9-1-2019 (R° 108/2018). Considerando, asimismo, que estamos ante una contrata lícita, pues las herramientas que utilizaban los trabajadores eran propiedad de la contratista, no resultando relevante que otros materiales fuesen de la principal, STS 8-7-2020 (R° 14/2019). Y con la misma orientación cabe citar también la STS 10-6-2020 (R° 237/2018).

¹⁹ STS 25-11-2019 (R° 81/2018).

²⁰ Cfr., en esta línea, SSTS 15-4-2010 (R° 2259/2009) y 10-1-2017 (R° 1670/2014).

más que se quieran enfatizar las singularidades que rodean a los servicios ofrecidos y contratados por las plataformas, en los que resulta muy importante la inmediatez en la interacción entre clientes finales, empresas principal y contratista, y sus trabajadores, lo que se conseguiría, en gran medida, merced a los algoritmos y los datos que los alimentan, por lo que se propone utilizar como indicios relevantes de cesión ilegal el hecho de que dicha operativa y los datos que la permitan estén en posesión o bajo el control de la empresa principal²¹. Con todo, no se alcanza, a mi juicio, a ver cuál es la diferencia tan sustancial que concurre entre estos supuestos y otros en que se ha descartado la existencia de cesión ilegal, siendo que para la ejecución de la contrata en esos otros casos también resultaba necesario que la empresa contratista utilizase importante información obtenida por la principal, como serían los datos de clientes de compañías telefónicas o financieras, o datos sanitarios en manos de una Administración²².

Que las nuevas tecnologías faciliten enormemente la integración y coordinación entre las actividades de diferentes empresas y, con ello, los procesos de descentralización productiva, no debe llevar a minusvalorar otros elementos que siguen siendo muy significativos desde el punto de vista de la esencia de la frontera entre contrata lícita y cesión antijurídica. En esta línea interpretativa se situaría alguna de las decisiones judiciales habidas en torno a la posible existencia de cesión ilegal en el ámbito de las plataformas judiciales²³. Habrá, ciertamente, herramientas tecnológicas que optimizan aspectos como, por ejemplo, la organización de rutas de reparto, mas no parece que ello permita afirmar categóricamente que sin esas herramientas no se podría ejecutar la contrata. Desde la perspectiva de la infraestructura exigida a la contratista, supone, a mi juicio, una desnaturalización inapropiada de la distinción entre contrata y cesión ilegal entender que es insuficiente con que la contratista ponga a disposición de sus trabajadores vehículos autorizados para el transporte, más algunos otros posibles equipos y herramientas, como el teléfono móvil, amén de la asunción de otros costes muy característicos del tipo de actividad desarrollada –combustibles, seguros, multas, etc.– y del resto de infraestructura y organización que exige prestar servicios con una flota de vehículos y un equipo de conductores –vgr. departamento de gestión de flotas, servicios de recursos humanos–.

2.2. El ejercicio de los poderes empresariales

Dicho lo anterior, dado que una de las notas que más singulariza al empresario desde la perspectiva laboral es el ejercicio de un poder de dirección, no debe extrañar que en torno a ello, como ya se ha apuntado, giren otros criterios relevantes en materia de cesión ilegal.

²¹ Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A., op. cit., págs. 52 y 58.

²² Véase la jurisprudencia citada en las notas al pie 18, 19 y 20.

²³ SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021), referida a una contrata de transporte concertada por Amazon, que considera que las aplicaciones informáticas aportadas por la misma inciden en la organización del trabajo para hacerlo más rápido y efectivo, pero ello no obsta para considerar más relevantes datos tales como que es la contratista la titular de los vehículos y la que distribuye el trabajo entre los conductores.

En este sentido, según una reiterada consideración jurisprudencial, que supuso en su día un cambio de tendencia bastante significativo²⁴, no basta la existencia de una empresa real para excluir la interposición ilícita, sino que es la actuación empresarial en el marco de la contrata en relación con los poderes de dirección, lo que deviene, aun en el caso de empresas reales y solventes, un elemento esencial²⁵. Por tanto, cabe afirmar que, más allá del concreto alcance que se le atribuya a la idea de empresa “*aparente*”, en un buen número de los casos el aspecto más determinante para distinguir entre la verdadera contrata y la pseudocontrata ilícita es la valoración, también a menudo muy compleja, de quién organiza, dirige y controla la actividad de los trabajadores ocupados en la contrata²⁶.

En este terreno se sitúan también otros razonamientos esgrimidos por la Inspección de Trabajo para declarar la existencia de cesión ilegal en el ámbito de ciertas plataformas digitales. Volviéndose a subrayar la trascendencia de las herramientas tecnológicas aportadas por la principal, se habría considerado manifestación indicativa de que el poder de dirección es ejercido por ésta —y no por la contratista— el hecho de que sean tales herramientas las que organicen los servicios y rutas a ejecutar por los trabajadores de la contratista, enfatizándose, en esta línea, que la gestión algorítmica llevada a cabo por la plataforma se presentaría como un instrumento fundamental para la organización y dirección de la prestación laboral²⁷. Circunstancias como las señaladas resultan, ciertamente, indicativas, aunque no necesariamente determinantes, para hablar de cesión ilegal, pues las mismas pueden verse matizadas a la luz de otras circunstancias o de datos más concretos, que podrían jugar en favor de la conclusión contraria.

Así, de un lado, sería razonable evaluar con cierto detalle el grado de condicionamiento que comporta la utilización de las herramientas tecnológicas de la principal para la organización y ejecución de la prestación de los trabajadores de la contratista. La valoración no puede ser la misma si la principal sólo determina las rutas a seguir, que si también decide qué trabajador concreto va a ejecutar el servicio. Si, como parece que se pudo constatar en algún caso examinado por la Inspección de Trabajo, la contratista es la que adjudica las rutas a llevar a cabo por cada conductor concreto, controlando también su cumplimiento, resultaría difícil afirmar que dicha contratista se ha desentendido por completo del poder de dirección, dejándolo en manos de la principal. Del mismo modo que también habría que valorar en qué medida los propios trabajadores gozan de un cierto margen autonomía, de suerte tal que quizá puedan, con relativa frecuencia, ejecutar la prestación apartándose de las rutas indicadas por la principal, o incluso rechazar servicios asignados por la misma. Y, en todo caso, a la hora de calibrar la trascendencia

²⁴ Cfr., entre otros, Rodríguez Ramos, M. J., op. cit., pág. 18 y ss.; Ceinos Suarez, A., op. cit., pág. 138 y ss.

²⁵ En esta línea, entre las primeras sentencias que fueron asentando esta línea interpretativa, cabe citar las SSTS 16-2-1989 (RJ 874) y 19-1-1994 (R° 3400/1992). Y en la jurisprudencia reciente, aludiendo a esta idea, véase, por ejemplo, SSTS 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 12-1-2022 (R° 1903/2020).

²⁶ Cfr., en esta línea, Llano Sanchez, M., op. cit., págs. 3, 6 y 10; Rodríguez Ramos, M. J., op. cit., págs. 16 y 26.

²⁷ Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A., op. cit., págs. 54 y 55.

de elementos referentes a la sujeción a las indicaciones dadas por la empresa comitente, no resulta descabellado el criterio mantenido por cierta doctrina judicial, que entiende que hay aspectos que resultan consustanciales a la coordinación técnica de la prestación de servicios de transporte concertada entre empresas, siendo lógico que sea la empresa principal la que determine las rutas, atendiendo, entre otros posibles factores, a las características de los bienes transportados y/o a los pactos alcanzados con el destinatario final del servicio²⁸. Algunas previsiones reguladoras del contrato de transporte terrestre de mercancías abonarían en favor de una interpretación en este sentido²⁹.

Y, al hilo de lo anterior, en la determinación de los servicios y rutas a ejecutar por los trabajadores no se agotarían los elementos fundamentales del ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario laboral, de modo que también habrá que valorar quién organiza, dirige y controla otros aspectos que formarían parte de la gestión técnica y laboral de la contrata. A este respecto, tal y como se colige de la jurisprudencia, que la empresa contratista disponga entre su personal de unos coordinadores o supervisores del resto del personal encargado de ejecutar las tareas objeto de la contrata puede ser indicativo de que la contratista ostenta una capacidad organizativa y directiva relevante³⁰. Es cierto, no obstante, que, como también ha destacado en alguna ocasión la jurisprudencia, tales figuras pueden revestir a veces un carácter meramente formal, carentes de suficientes contenidos o con unas funciones no demasiado diferenciadas de las que ejerza la empresa comitente³¹. En esta línea, las actuaciones inspectoras en el ámbito de las plataformas han calificado a los “*gerentes in situ*” —empleados de la contratista ubicados en la empresa principal y encargados de relacionarse con otros trabajadores de la contratista dedicados a las tareas conducción y reparto— como meras “*correas de transmisión*” de la empresa principal. Apreciación ésta que, sin embargo, resultaría cuestionable si, tal y como se apuntaba antes, dicho personal tiene la función de decidir qué conductor concreto ejecuta cada una de las rutas programadas y de controlar el cumplimiento de las mismas³², además de otras posibles funciones relevantes, asimismo, para la ejecución de la contrata, como son el control del estado de los vehículos y del resto de equipos que usan los conductores, así como el apoyo técnico en caso de incidencias o problemas durante las rutas³³.

²⁸ Cfr., en esta línea, no considerando tales circunstancias relevantes a efectos de determinar la existencia de cesión ilegal, SSTSJ Murcia 23-12-2004 (R° 1227/2004); País Vasco 2-5-2007 (R° 731/2007); Galicia 1-3-2011 (R° 4900/2010) y 26-4-2013 (R° 326/2013); Cataluña 13-1-2012 (R° 5434/2011).

²⁹ Véase el contenido de la denominada “*carta de porte*” que resulta exigible entre las partes de estos contratos, así como la previsión legal que obliga al porteador a seguir el itinerario o ruta que haya pactado con el cargador (arts. 10 y 28.2 Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías).

³⁰ Cfr., en la jurisprudencia reciente, entre otras, SSTS 10-1-2017 (R° 1670/2014); 8-1-2019 (R° 3784/2016); 9-1-2019 (R° 108/2018); 14-1-2020 (R° 126/2019); 12-1-2022 (R° 1903/2020).

³¹ Cfr., en esta línea, SSTS 17-7-1993 (R° 1712/1992); 20-10-2014 (R° 3291/2013) y 26-10-2016 (R° 2913/2014).

³² En la jurisprudencia reciente, negando la existencia de cesión ilegal, destacando entre otras circunstancias que eran las subcontratistas las que distribuían el trabajo entre sus operarios, SSTS 8-7-2020 (R° 14/2019) y 8-9-2020 (R° 25/2019).

³³ En esta línea se pronuncia, en relación con una contrata de Amazon, destacando el papel de los coordinadores de la contratista, SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021).

Por otra parte, además del ejercicio de facultades de organización y dirección en aspectos de índole técnica, habrá también que valorar quién se encarga de otras decisiones y actuaciones que son manifestaciones del poder de dirección típicamente laboral. Ciertamente, de la jurisprudencia reciente cabe deducir la relevancia que adquiere que la determinación y supervisión de cuestiones relativas a jornada, horarios –y su registro y control–, permisos, vacaciones, etc., de los trabajadores ocupados de la contrata se lleve a cabo por la contratista³⁴. Es cierto que, en ocasiones, estas funciones pueden ser consideradas insuficientes o meramente accesorias a la simple aportación de mano de obra ante la constatación de que la contratista no aporta medios materiales ni una estructura organizativa relevante para llevar a cabo la actividad contratada³⁵. Mas descartado que se trate de un supuesto que, cuando menos, se aproxime a la idea de empresario “*aparente*”, no parece, como desde hace tiempo ha advertido la doctrina, que el elemento relativo al ejercicio del poder de dirección se deba entender en términos absolutos y como excluyente de un margen de dirección técnico-organizativa de la empresa comitente por razón de la actividad contratada³⁶. Particularmente expresiva en este sentido resulta la doctrina de algún TSJ, a cuyo criterio habría actividades que, cuando se subcontratan, requieren inevitablemente instrucciones y controles por parte de la principal para garantizar que el producto o servicio responde a sus pautas técnicas y/o comerciales; lo que no implica cesión ilegal, siempre y cuando la contratista conserve un cierto margen propio de autonomía para organizar el trabajo en cuestiones tales como las referidas al tiempo de trabajo³⁷.

De varios pronunciamientos del TS se puede colegir que el Tribunal lleva a cabo una suerte de cotejo entre las funciones organizativas y directivas que en el caso concreto son asumidas por la contratista y por la principal, lo que ya de por sí denota un reconocimiento, al menos implícito, de que el criterio relativo al ejercicio del poder de dirección admite gradaciones³⁸. En algunas de tales sentencias recientes, se concluye que las facultades ejercidas por la contratista –concesión de vacaciones, permisos, imposición de sanciones, cierta formación– resultaban muy escasas en comparación con las ejercidas por la comitente, que era la que daba directamente órdenes específicas sobre el trabajo diario a

³⁴ Cfr., entre otras, SSTS 2-11-2016 (R° 2779/2014); 10-1-2017 (R° 1670/2014); 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-9-2020 (R° 25/2019); 10-6-2020 (R° 237/2018); 12-1-2022 (R° 1903/2020).

³⁵ Cfr., por ejemplo, el supuesto resuelto por la STS 26-10-2016 (R° 2913/2014).

³⁶ Cfr. Rodríguez Ramos, M. J., op. cit., pág. 27. Ya en la década de los 80, se advertía por la doctrina que, aunque debe ser el contratista el que ostente la dirección de los trabajos, a veces puede ser el empresario principal quien ejerza ciertas funciones, si así lo exige el trabajo contratado. Cfr. García Murcia, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, nº 130, 1981; pág. 24, nota 39; Martín Valverde, A.: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, (AAVV): *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1988, pág. 238.

³⁷ Cfr., entre otras, SSTSJ Galicia 5-6-2014 (R° 898/2014), 4-2-2016 (R° 5102/2015); 29-3-2021 (R° 2758/2020). En esta misma línea parecen haberse pronunciado otros TSJ que han conocido de la conflictividad habida, también a raíz de actuaciones de la Inspección de Trabajo, en torno a la eventual cesión ilegal en el ámbito de las cooperativas del sector cárnico. Cfr. Monreal Bringsvaerd, E., op. cit., pág. 68.

³⁸ En esta misma línea, se ha observado que el TS valora, en ocasiones, el grado de intensidad con que una y otra empresa ejerce facultades de dirección y control sobre los trabajadores ocupados en la contrata, Llano Sánchez, M., op. cit., pág. 6.

realizar³⁹. No obstante, de algunas otras sentencias, también cercanas en el tiempo, cabe destacar que el Alto Tribunal, para descartar la existencia de cesión ilegal, haya puesto particularmente el acento en aspectos como el papel desarrollado por los coordinadores de la contratista y en las decisiones y funciones de ésta en extremos relativos al tiempo de trabajo y su control, añadiéndose, además, en algún caso, que la conclusión sobre la inexistencia de cesión ilegal no quedaba desvirtuada “*por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que habían de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora*”⁴⁰. Es decir, una orientación interpretativa que se movería en la misma línea que la doctrina judicial antes apuntada; a saber: siempre dentro de ciertos límites, la prohibición de cesión de mano de obra *ex art. 43 ET* no debe obstar a una natural y consustancial coordinación técnica ejercida por las empresas comitentes en las contrataciones de diversa índole. A mayor abundamiento, de la propia normativa reguladora de ciertas actividades, como es el caso del transporte, cabe deducir, en ocasiones, la atribución de ciertas facultades de dirección y control al comitente⁴¹. Y, al fin y al cabo, como se ha apuntado, tal vez sea ésta una cuestión de intensidad y grado variable, conectada, a su vez, con otros criterios relevantes en la diferenciación entre contrata y cesión ilegal, de modo tal que, a menor infraestructura necesaria y aportada por la contratista, más exigente sería la valoración de si la misma tiene un relevante ámbito de decisión en la organización y ejecución de las tareas de los trabajadores ocupados en la contrata⁴².

Volviendo a las actas de infracción administrativa por cesión ilegal habidas en el ámbito de las plataformas digitales, no parece que las mismas hayan hecho especial hincapié en que la empresa principal organizase y controlase aspectos relativos al tiempo de trabajo (horarios, turnos, permisos, vacaciones, etc.) de los trabajadores de la contratista, por lo

³⁹ SSTS 16-5-2019 (R° 3861/2016 y R° 4082/2016), con votos particulares discrepantes.

⁴⁰ STS 12-1-2022 (R° 1903/2020). Resolviendo en el mismo sentido en supuestos muy semejantes, SSTS 12-1-2022 (R° 1307/2020) y 21-1-2022 (R° 553/2020); esta última con voto particular discrepante. En la misma línea, cabe citar otras sentencias anteriores, como, por ejemplo, la STS 10-6-2020 (R° 237/2018) en que, pese a considerarse esencial verificar el ejercicio del poder de dirección empresarial por la contratista, también se afirma que la contratista deberá atenerse a las órdenes e instrucciones que establezca la empresa principal que ha contratado sus servicios y retribuye sus servicios.

⁴¹ Cfr., en esta línea, los votos particulares formulados a las SSTS 16-5-2019 (R° 3861/2016 y R° 4082/2016), que entienden que la organización de las rutas y otras órdenes técnicas impartidas por la principal obedecían a la necesidad de controlar y supervisar la actividad en aquello en que la principal podía resultar responsable por razón del producto que gestiona (mercancías peligrosas). Respecto a la normativa general del contrato de transporte terrestre de mercancías, nótese que, para el caso de incidencias durante el transporte o impedimentos para la entrega de una mercancía, se establece como regla general que será el cargador-comitente el que deberá emitir las instrucciones de cómo debe proceder el porteador-contratista (arts. 31 y 36 Ley 15/2009).

⁴² En esta línea, véase el voto particular formulado a la STS 21-1-2022 (R° 553/2020). En un sentido semejante, a la luz de cierta doctrina judicial, Llano Sanchez, M., op. cit., págs. 6, 7 y 10.

que, como se apuntaba, ello sería un factor con relevancia a efectos de que los tribunales entiendan no concurrente una interposición ilegal de mano de obra, unido, sobre todo, al dato de que la contratista haya aportado elementos materiales y organizativos relevantes para ejecutar la actividad de transporte objeto de la contrata⁴³. Sin embargo, en conexión con los poderes de dirección y disciplinario del empresario, tales actuaciones inspectoras sí que habrían resaltado que los trabajadores de la contratista quedan sujetos a una cierta formación y/o evaluación diseñada y ejecutada por la principal, pudiendo ello llegar a condicionar que el trabajador continúe prestando servicios en el marco de la contrata.

En este punto, el análisis no puede sortear la cierta ambivalencia de criterios y lecturas que, como se viene observando, caracteriza a una jurisprudencia típicamente *ad casum* como es la relativa a la cesión ilegal. Jurisprudencialmente, se ha destacado, en efecto, que difícilmente puede ejercer como verdadero empresario quien tiene fuertemente limitadas sus facultades en la selección del personal ocupado en la contrata⁴⁴, otorgándose cierta relevancia, en esta línea, a que el comitente se reserve facultades de control de idoneidad y de rechazo de los trabajadores de la contratista⁴⁵. Mas, no es menos cierto que en tales casos esas funciones de la empresa principal iban, en buena medida, acompañadas de la ausencia de otros elementos materiales, organizativos y de dirección relevantes aportados por la contratista⁴⁶. Y, por ello, dicha jurisprudencia no sería probablemente incompatible con el criterio que también se desprende de algunas otras sentencias del TS, en el sentido de que, siempre que la empresa contratista aporte cierta infraestructura y organización, no constituye indicio relevante de cesión ilegal el hecho de que la empresa principal se reserve funciones de formación de los trabajadores de la contratista y de control de cómo estos ejecutan sus servicios, en tanto que, nuevamente, se reputan como funciones “*necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata*”⁴⁷. La doctrina judicial relativa a contrata de servicios de transporte registra, asimismo, ejemplos en esta línea, llegándose a considerar lógica una “*homologación*” de los conductores de la contratista por parte de la empresa principal⁴⁸.

⁴³ La aportación de los vehículos necesarios para el transporte por la contratista, más el ejercicio por la misma de manifestaciones de los poderes empresariales relativas al tiempo de trabajo, son los elementos particularmente valorados para negar la existencia de cesión ilegal, por ejemplo, en la STSJ Cataluña 13-1-2012 (R° 5434/2011). Y, en la misma línea, referida a una contrata de Amazon, SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021).

⁴⁴ STS 17-7-1993 (R° 1712/1992).

⁴⁵ Cfr. SSTS 20-10-2014 (R° 3291/2013) y 16-5-2019 (R° 3861/2016 y R° 4082/2016).

⁴⁶ Además de la SSTS citadas en las dos notas al pie precedentes, véase también, por ejemplo, las SSTS 19-1-1994 (R° 3400/1992) y 6-5-2020 (R° 2414/2017) en las que, además de la formación impartida directamente por la principal, se constata que la ejecución de la actividad contratada se llevaba a cabo fundamentalmente a través de los medios materiales y otras directrices organizativas de dicha principal.

⁴⁷ STS 8-1-2019 (R° 3784/2016). Con una orientación semejante, cabe citar, asimismo, las SSTS 2-11-2016 (R° 2779/2014); 10-1-2017 (R° 1670/2014); 9-1-2019 (R° 108/2018) y 8-9-2020 (R° 25/2019).

⁴⁸ Cfr. STSJ País Vasco 2-5-2007 (R° 731/2007). En la misma línea, se pueden citar las SSTSJ Galicia 26-4-2013 (R° 326/2013) y STSJ Cataluña 10-3-2020 (R° 6034/2019). Y en semejante sentido, la sentencia que recientemente ha desestimado la existencia de cesión ilegal en una contrata de transporte concertada por Amazon, SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021).

Adicionalmente, de semejante forma a lo apuntado respecto a otras posibles directrices técnicas procedentes del comitente, resultaría oportuno examinar con detenimiento en cada caso el grado en que la empresa contratista queda vinculada a las pautas sobre selección, formación y evaluación del personal exigidas por la principal. No es lo mismo que la principal tenga la capacidad de decidir unilateralmente que un trabajador queda “desconectado” y no puede seguir prestando servicios en la contrata –aunque ello tampoco debería identificarse *per se* como que la principal ejerce el poder disciplinario, pues habrá que considerar si, por ejemplo, la contratista ha reubicado al trabajador en otras funciones o servicios–, que en la formación y evaluación del personal ocupado en la contrata intervengan tanto la empresa principal como la contratista, reservándose esta última también ciertas facultades para decidir quién presta o no servicios en la contrata. La empresa principal puede atribuirse cierta capacidad para formar y evaluar a los trabajadores, pero no serían irrelevantes circunstancias que denotasen, por ejemplo, que algún trabajador o trabajadores han continuado prestando servicios en el marco de la contrata a pesar del criterio en contra de la principal.

Bien mirado, a modo de reflexión más general, cabe afirmar que, efectivamente, ciertas exigencias de la comitente pueden condicionar o incluso suponer una cierta intromisión en facultades propias de la política de personal de la contratista, pero como en cierto modo ocurre en múltiples otras situaciones en las que el perfil, preferencias, exigencias y reclamaciones de los clientes modulan la política de contratación laboral y el poder dirección, e inclusive disciplinario, de las empresas, hasta el punto de poder llegar a justificar que las mismas apliquen una política que prohíba manifestaciones de la libertad religiosa o política de los trabajadores⁴⁹. Repárese, asimismo, en los requisitos de formación, experiencia y perfil del personal que aparecen con frecuencia como criterios de solvencia o adjudicación y/o como condiciones de ejecución en los contratos del sector público. Por tanto, igualmente en el ámbito privado, para determinar si estamos o no ante un empresario que en el marco de la contrata pone “*en juego*” o “*a contribución*” su organización –expresiones en que la jurisprudencia sintetiza a menudo la esencia de la distinción entre contrata y cesión ilegal⁵⁰–, no resulta particularmente transcendente la circunstancia relativa a que el comitente se haya reservado una suerte de validación de los trabajadores de la contratista.

Y, por ello, tampoco cobraría relevancia en esta sede que la conocida como sentencia de los “*riders*” –STS 20-9-2020– aludiese, entre los indicios de laboralidad, al hecho de que tales sujetos quedasen sujetos a un sistema de valoración en que intervenían, entre

⁴⁹ En este sentido, la jurisprudencia europea –STJUE 15-7-2021 (asuntos C-804/18 y C-341/19)– ha entendido, en relación con las exigencias y sanciones empresariales impuestas a una trabajadora que prestaba sus servicios en una guardería portando el pañuelo islámico, que ello, en determinadas circunstancias, no constituiría una discriminación, ni directa ni indirecta, pudiendo quedar justificado por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad ante sus clientes o usuarios, siempre que este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que éstas se inscriben.

⁵⁰ Cfr., entre otras, SSTS 12-12-1997 (Rº 3153/1996); 14-3-2006 (Rº 66/2005); 26-10-2016 (Rº 2913/2014) y 9-1-2019 (Rº 108/2018).

otros factores, la valoración de los clientes finales⁵¹. Además de lo ya argumentado, repárese en que de la lectura de la citada STS se deduce que lo primero y más relevante para que el TS atribuyese carácter de indicio de laboralidad al sistema de valoración, fue que el mismo se nutriese también de la mayor o menor disponibilidad del repartidor para prestar servicios, condicionando ello la cantidad de servicios a prestar en el futuro y, por tanto, su teórica libertad horaria.

2.3. Otros criterios e indicios manejados

En las actuaciones inspectoras a las que nos venimos refiriendo se habrían manejado, asimismo, otros criterios o indicios adicionales para declarar la existencia de cesión ilegal, pero cuya pertinencia y/o significación resulta, a mi modo de ver, menor, por las razones que a continuación se apuntan.

2.3.1. Sobre la autonomía técnica de la contrata

Produciéndose un cierto solapamiento entre los argumentos manejados, en los casos inspeccionados se habría resaltado que la actividad desarrollada por la contratista carece de autonomía técnica, sustentado ello fundamentalmente, una vez más, en que para la organización y control de aspectos esenciales, tales como las rutas, se utilizan herramientas digitales propiedad de la principal y procedimientos diseñados por ésta, incardinándose plenamente la actividad de la contratista en el proceso productivo de la principal. Aunque no resulta fácil acotar con demasiada precisión a qué se refieren los tribunales cuando aluden a la justificación y autonomía de la contrata⁵², parece que con ello se plantea, en efecto, la necesidad de valorar si la actividad realizada por la empresa contratista es diferenciable o si, por el contrario, no se distingue sustancialmente de las incluidas y ejecutadas en el proceso productivo de la principal, sin perjuicio de que aquella actividad de la contratista pueda quedar conectada con dicho proceso productivo de la principal, siendo lo relevante que comporte una actividad de cierta especificidad y especialización, aportando la contratista su organización a la misma⁵³.

Pues bien, partiendo tanto del enfoque adoptado por las actuaciones inspectoras como de esa aproximación a la idea de autonomía técnica, cabe realizar algunas puntualizaciones sobre su alcance en la calificación de cesión ilegal. Y es que, cuando se apela a

⁵¹ Considerando, en este sentido, que los sistemas de “*reputación digital*” constituyen un claro indicio de cesión ilegal, Esteve Segarra A. Y Todoli Signes, A., op. cit., págs. 59 y 60.

⁵² En esta línea, Beltrán de Heredia, I. (2017): “Cesión ilegal (y carga de la prueba) y autonomía técnica de la contrata” (<https://ignasibeltran.com/2017/01/16/cesion-ilegal-y-carga-de-la-prueba-y-autonomia-tecnica-de-la-contrata/>).

⁵³ Así puede deducirse de la lectura conjunta de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Cfr., entre otras, SSTS 17-01-2002 (R° 3863/2003), 3-10-2005 (R° 3911/2004); 19-6-2012 (R° 2200/2011); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

la necesaria autonomía técnica de la contrata, se hacen referencias que evocan, en buena medida, a la jurisprudencia que ha intentado precisar la noción de contratas de “*propia actividad*” a efectos de las responsabilidades solidarias *ex art. 42.1 ET*; esto es, las contratas que conciernen de forma inherente al ciclo productivo de la empresa principal, afectando sensiblemente a su actividad empresarial, por incorporarse al producto o resultado final del servicio prestado al mercado por dicha empresa, por contraposición a las contratas de actividades complementarias, no indispensables o no nucleares⁵⁴. Pues bien, más allá de las conocidas dificultades de aplicación jurídica al respecto, lo que se quiere subrayar ahora es que concluir que en una contrata concurre la nota de “*propia actividad*” no es en sí mismo determinante para la calificación de cesión ilegal, pues precisamente el art. 42 ET viene a confirmar que tales contratas pueden ser perfectamente lícitas.

Dicho de otro modo, también en contratas de “*propia actividad*” puede resultar posible apreciar una justificación y autonomía de la actividad ejecutada por la contratista en el sentido en que a ello estarían refiriéndose los tribunales⁵⁵. Así, reflexionando en torno a supuestos con características como las que se desprenden de algunos de los que han sido objeto de actuaciones de la Inspección de Trabajo, cuando la empresa principal, cuya actividad se presenta como una plataforma de comercio electrónico, contrata con una tercera empresa el servicio de último transporte/reparto de los productos adquiridos hasta el destinatario final, está contratando un servicio que razonablemente cabe entender que se corresponde con su “*propia actividad*”; mas de igual modo razonable resulta entender que en esa actividad la contratista puede aportar cierta especialización en la prestación de un servicio que, aunque conectado, es muy específico dentro de los procesos productivos que singularizan la actividad de la principal, más propiamente encuadrable en la comercialización y la logística (ofrecimiento de productos y ofertas, gestión de compras y pedidos, almacenaje, empaquetado, etc.). Dicha especialización de la empresa contratista quedaría puesta de manifiesto al centrarse exclusivamente en tales actividades de transporte/reparto final –máxime si es una empresa que acredita una cierta trayectoria y que presta tales servicios para una diversidad de clientes⁵⁶–; actividades que sus propias características las hacen, en buena medida, distinguibles de aquellas otras que preceden o quedan conectadas a dicho transporte⁵⁷. En este sentido apuntaría la normativa ordenadora de los transportes terrestres, cuando distingue claramente dentro de sus ámbitos regulados entre la actividad propiamente de transporte y otras actividades como las

⁵⁴ Cfr., entre otras, SSTS 18-1-1995 (R° 150/994); 24-11-1998 (R° 517/1998); 22-11-2002 (R° 3904/2001); 15-6-2017 (R° 972/2016) y 23-1-2020 (R° 2232/2017).

⁵⁵ En este sentido, en la jurisprudencia reciente, pueden resultar elocuentes, negando la existencia cesión ilegal, las SSTS 9-1-2019 (R° 108/2018) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

⁵⁶ En la jurisprudencia se ha otorgado, en ocasiones, cierta relevancia al hecho de que la contratista viniese operando en el mercado y tuviera otros clientes distintos a la empresa principal respecto de la cual se valoraba la posible cesión ilegal. Cfr. STS 7-3-1988 (RJ 1863/1998). Aunque a la inversa, y precisamente respecto de una contrata de Amazon, se ha considerado que la exclusividad en la prestación de servicios no es en sí misma significativa a efectos de cesión ilegal. Cfr. SJS n° 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021).

⁵⁷ Cfr., en esta línea, negando la existencia de cesión ilegal en contratas de transportes, SSTSJ País Vasco 2-5-2007 (R° 731/2007); Galicia 1-3-2011 (R° 4900/2010) y Cataluña 13-1-2012 (R° 5434/2011).

desarrolladas por las agencias mediadoras de transportes, los operadores logísticos o los almacenistas-distribuidores⁵⁸.

Dicho lo anterior, habría que evitar otra posible confusión de argumentos, pues cuando los tribunales aluden a la necesaria autonomía técnica de la contrata no parece que estén negando por completo la posibilidad de que la principal ejerza ciertas funciones de dirección y coordinación técnica sobre la actividad contratada. Como se apuntaba anteriormente, cabe detectar una orientación interpretativa que descarta que se pueda asimilar con automatismo el ejercicio de esas funciones técnicas por parte de la principal con la cesión ilegal de mano de obra⁵⁹. De hecho, hay doctrina judicial que viene negando la existencia de cesión ilegal, a pesar de llegar a advertir incluso una “*subordinación técnica*” de la contratista a la principal; esto es, una sujeción a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico y un consecuente poder de verificación o control de que se cumplen sus requerimientos, compatible con apreciar, a través del examen de otros elementos, que la contratista goza de cierta autonomía organizativa en el desarrollo de una actividad con perfiles propios, así como en la dirección de los trabajadores empleados en tal actividad⁶⁰. Seguramente carece de fundamento legal considerar que en las contrataciones de obras o servicios se produce un desdoblamiento de los poderes de dirección empresariales en dos sujetos, lo que no obsta para admitir que, en tales casos, las prestaciones y obligaciones laborales pueden quedar moduladas por las órdenes y directrices que el comitente emita en el marco de la relación jurídico civil o mercantil que constituye la contrata⁶¹.

2.3.2. La retribución de la contrata

Las actas de infracción administrativa a las que venimos aludiendo también habrían considerado indicativo que las actividades empresariales contratadas se hubieran facturado considerando factores tales como los tiempos invertidos en los recorridos realizados por los conductores de la contratista o el número de rutas de reparto ejecutadas por éstos, estimándose, por ello, que el precio fijado para la contrata se estaría basando esencialmente en el coste de la mano de obra. En ocasiones, la jurisprudencia ha prestado, en efecto, atención al modo de facturación fijado para la contrata, en tanto que posiblemente revelador de que la misma supone esencialmente un suministro de mano de obra y de que la contratista no asume riesgo alguno propio del carácter de empresario⁶². No obstante, esta

⁵⁸ Cfr. art. 1 y Títulos I y IV de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁵⁹ Véase *supra* 2.2.

⁶⁰ Cfr., en esta línea, entre otras, SSTSJ Madrid 22-3-2010 (R^a 4260/2009) y 21-9-2020 (R^o 56/2020); Galicia 21-5-2014 (R^o 2770/2012) y 4-2-2016 (R^o 5102/2015); Andalucía 1-6-2017 (R^o 270/2017); Cataluña 10-3-2020 (R^o 6034/2019). Una lectura semejante parece que estaba ya presente en la doctrina del antiguo Tribunal Central del Trabajo. Cfr. Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J. M., op. cit., págs. 113 y 114.

⁶¹ Cfr., en esta línea, Montoya Melgar, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n^o 48, 2004, pág. 138.

⁶² Cfr. SSTs 17-7-1993 (R^o 1712/1992); 16-6-2003 (R^o 3054/2001); 3-10-2005 (R^o 3911/2004) y 10-6-2020 (R^o 237/2018).

apreciación quedaría muy conectada y condicionada por la valoración hecha sobre otros elementos indiciarios existentes en cada caso concreto, pues cuando la contrata es poco más que la aportación de mano de obra suele ser difícil encontrar fórmulas de retribución de la misma que expresen algo diferente. Así, el sistema de precios pactado resulta, ciertamente, llamativo, por confirmador, cuando la contratista no aporta prácticamente ningún medio material para la ejecución de la contrata, tiene limitadas sus facultades para decidir cuántos trabajadores son necesarios en cada momento para ejecutarla y, a la postre, dicho sistema de precios pactado descansa expresa y fundamentalmente en los costes salariales y de Seguridad Social⁶³. Sin embargo, no tiene la misma significación el modo de facturación cuando, aunque el número de trabajadores ocupados en la contrata tenga cierto peso en el mismo, emergen otras circunstancias, propias o no del sistema de facturación pactado, que engarzan directa o indirectamente con otros medios, organización y costes asumidos por la contratista diferentes a la mano de obra⁶⁴.

En este sentido, retornando a los razonamientos manejados por la Inspección de Trabajo en el ámbito de las plataformas, habría que valorar con mayor detenimiento si, por ejemplo, cada ruta equivale siempre a un trabajador o a veces en una ruta puede intervenir más de un trabajador y/o a la relevancia que tienen en el precio asignado a las rutas factores como los kilómetros recorridos o el tipo de vehículo utilizado. Tales elementos, partiendo, obviamente, de que los vehículos sean aportados por la contratista, podrían poner en evidencia que en el propio modo de retribución de la contrata se están considerando otros factores relevantes en la estructura de costes de la empresa contratista, como son señaladamente la amortización por depreciación del valor de los vehículos y el coste de los combustibles. Y, en todo caso, repárese en que seguramente la empresa contratista asume costes tales como los derivados del mantenimiento de vehículos, seguros varios, multas, accidentes de tráfico, robos, etc., denotando que la misma asume el correspondiente riesgo empresarial en la ejecución de la contrata⁶⁵.

2.3.3. La identificación de los trabajadores de la contratista con la “imagen” o “marca” de la principal

Por otra parte, respecto a la posible cesión ilegal en el ámbito de las plataformas también se le ha otorgado un cierto valor de indicio a que los conductores de la contratista se identifiquen ante el usuario o cliente final del servicio utilizando la “imagen” o nombre de la

⁶³ A estos perfiles responden, en gran medida, los supuestos resueltos, declarándose la existencia de cesión ilegal, por las SSTs 17-7-1993 (R^o 1712/1992) y 16-6-2003 (R^o 3054/2001).

⁶⁴ En esta línea, STS 9-1-2019 (R^o 108/2018), en un supuesto en que se niega la existencia de cesión ilegal al quedar acreditado que la contratista aportaba una parte de los medios relevantes para la contrata y asumía otros costes en tal sentido, por lo que se entiende que el hecho de que el precio fijado para la contrata operase conforme a un baremo operativo/hora no era revelador de la falta de asunción de riesgo empresarial por parte de la contratista.

⁶⁵ En esta línea, en supuestos de contratas de transportes, SSTSJ Castilla-La Mancha 15-3-2012 (R^o 180/2012) y Galicia 26-4-2013 (R^o 326/2013).

empresa principal. Abundando en esta línea, se alude a la “imagen” o “marca” de la empresa principal como elemento que fundamentalmente se pondría “en juego”, condicionando la prestación de los trabajadores de la contratista y restando autonomía técnica a la misma⁶⁶.

A este respecto, de entrada, creo que cabe afirmar que los aspectos relativos a la apariencia o imagen exterior (vestuarios, rótulos, logotipos, tarjetas de identificación, etc.) han jugado habitualmente un papel, si no irrelevante, sí accesorio o de valoración a mayor abundamiento, en juicios de calificación complejos y ricos de indicios, como son el de la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena⁶⁷ o el propio de la cesión ilegal. Su relevancia, en este último ámbito y en cualquiera de los dos sentidos calificadores, quedaría, de nuevo, condicionada por la ponderación efectuada sobre otros elementos antes apuntados, que se reputan manifestación más elocuente de los criterios significativos: los medios y organización esenciales para ejecutar la actividad y el ejercicio de los poderes empresariales⁶⁸. En este sentido, por poner de nuevo un ejemplo relativo al sector del transporte, no se consideró existente cesión ilegal en la contrata concertada entre una agencia de transportes y una empresa transportista, pues aun siendo “cierto que los vehículos estaban rotulados con la marca de la empresa principal y los demandantes llevaban ropa con el logotipo de la misma, (...) no puede ser considerado como indicio fundado (...), sin que se aporten otros elementos de mayor relevancia (...), sobre todo teniendo en cuenta que era el contratista quien ejercía las funciones inherentes a dicha condición, quien prestaba servicios para varias agencias de transporte, con vehículos y autorizaciones administrativas de la que era titular, y quien determinaba que trabajadores de su plantilla eran los que debían prestar el servicio de transporte para la otra codemandada”⁶⁹.

Y vista la cuestión, como se apuntaba, desde la perspectiva de la falta de autonomía técnica de la contratista, además de remitirnos a las precisiones antes hechas respecto al alcance de este criterio en la calificación de cesión ilegal, a tales efectos no resultaría indicativo el solo hecho de que los trabajadores de la contratista se relacionen con el cliente o usuario final en nombre de la principal. De varios pronunciamientos del TS se deduce que no se otorga mayor relevancia a que, por ejemplo, los trabajadores de la contratista se identificasen como de la principal o al logotipo de la misma presente en el

⁶⁶ Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A., op. cit., págs. 52 y 61.

⁶⁷ Cfr., en esta línea, Sanchez Uran Azaña, Y.: “Las fronteras del contrato de trabajo y el sistema de indicios de laboralidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social*, nº 143, 2019, pág. 38.

⁶⁸ Así, por ejemplo, en la STS 14-9-2001 (Rº 2142/2000) no se le dio relevancia a que el trabajador de la contratista portase ropa distintiva de la misma, ante la evidencia de que el mismo prestaba sus servicios sin que dicha contratista aportase ninguna infraestructura y bajo la dirección de los mandos de la principal. Por su parte, en la STS 20-10-2014 (Rº 3291/2013) se subrayó el hecho de que la empresa principal exigía que los trabajadores de la contratista llevasen ropa identificativa de dicha principal, pero como elemento muy unido a que era esta principal la que prácticamente organizaba todo el sistema de trabajo y aportaba los medios necesarios. En la misma línea, más recientemente, STS 6-5-2020 (Rº 2414/2017). Y, en cambio, también en la jurisprudencia reciente, no dando relevancia a que los trabajadores utilizasen elementos de identificación de la principal al constatarse que las contratistas eran las que fundamentalmente organizaban y dirigían la actividad de sus trabajadores, véase, entre otras, SSTS10-1-2017 (Rº 1670/2014); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 8-7-2020 (Rº 14/2019).

⁶⁹ STSJ Cataluña 13-1-2012 (Rº 5434/2011).

centro de trabajo de la contratista, por cuanto ello sería lo propio ante con un cliente que tiene contratados o quiere contratar servicios con la principal, considerándose presentes otros datos reveladores de que los trabajadores prestaban sus servicios sometidos a un margen propio de organización y dirección de la contratista –vgr. procedimientos técnicos, órdenes directas, facultades disciplinarias⁷⁰–. Y es que, similarmente a lo objetado frente a la tesis de la “*ajenidad en el mercado*” manejada respecto a la noción de trabajador por cuenta ajena, la idea de la “*marca*” o “*imagen*” resultaría muy expresiva para explicar la interposición comercial que se produce en un amplio abanico de supuestos de descentralización productiva, pero no es necesariamente explicativa de la existencia de una mayor o menor dependencia o autonomía organizativa en el desarrollo de la actividad⁷¹. Adviértase, en esta misma línea, que el elemento de la “*marca*”, tan relevante dentro de contratos como el de franquicia, no se estaría considerando por los tribunales como un elemento en sí mismo indicativo de la existencia de una relación de trabajo subordinado, ni de cesión ilegal de trabajadores⁷².

Por consiguiente, en los supuestos que han sido objeto de sanción administrativa en el ámbito de las plataformas, no tiene demasiado sentido atribuirle trascendencia a que el trabajador de la contratista se identifique ante el cliente final como proveniente de la empresa con la que aquél ha hecho la transacción comercial electrónica⁷³. Y, en todo caso, si se considera oportuno prestar atención a la “*apariencia externa*” como indicio de cesión ilegal, no es de recibo entender, al mismo tiempo, que resultaría anecdótico que los trabajadores porten distintivos de la contratista⁷⁴.

2.3.4. El perjuicio sufrido por los trabajadores (en particular, sobre el convenio colectivo aplicado a los mismos)

Finalmente, las actuaciones inspectoras que han concluido la existencia de cesión ilegal en el ámbito de las plataformas digitales también han incidido en sus fundamentaciones en los perjuicios sufridos por los trabajadores que habrían sido cedidos ilegalmente, haciéndose referencia, en este sentido, a las diferentes condiciones laborales que resultarían de la aplicación de los distintos convenios aplicados por la empresa principal y por la

⁷⁰ STS 10-1-2017 (Rº 1670/2014). En la misma línea, STS 9-1-2019 (Rº 108/2018), no otorgando relevancia a que los trabajadores utilicen una dirección electrónica en que aparecía el nombre de la principal. Asimismo, en la STS 2-11-2016 (Rº 2779/2014), no se considera trascendente, a efectos de la pretensión de cesión ilegal, que los usuarios al contactar con los trabajadores de la contratista creyeran estar contactando con la Administración que había externalizado el servicio de atención telefónica.

⁷¹ Una crítica en esta línea a la tesis de la “*ajenidad en el mercado*” en Cruz Villalón, J.: “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, nº 83, 2018, págs. 32 y 33.

⁷² Cfr. Arenas Viruez, M.: “El impacto de la aplicación de la normativa laboral sobre el sistema de franquicias: un balance judicial”, *Trabajo y Derecho*, nº 49, 2019, pág. 8 y ss. (versión digital).

⁷³ En esta misma línea, respecto de una contrata de Amazon, SJS nº 6 Oviedo 19-10-2021 (St. 626/2021).

⁷⁴ En esta contradicción incurren Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A., op. cit., págs. 51, 52, 54, 56, 60 y 61.

contratista. A este respecto, de la actual jurisprudencia cabe colegir, sin embargo, que, aunque el fin tuitivo de la prohibición de cesión de mano de obra se vincula a “*determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes*”, ello no implica que la cesión ilegal se caracterice jurídicamente por perseguir un perjuicio a los trabajadores⁷⁵. Por tanto, la prohibición de cesión constituiría un tipo objetivo que no requiere de la constatación de un particular fraude o daño causado a los trabajadores⁷⁶, quedando así atrás el criterio en sentido diverso mantenido por los tribunales en épocas pretéritas⁷⁷.

El perjuicio causado podrá cobrar importancia en orden a las reclamaciones que puedan interponer los trabajadores cedidos y/o a los criterios de graduación de la sanción administrativa a imponer por la Administración (art. 39.2 LISOS), pero desde el punto de vista calificador y, en particular, de la distinción entre la genuina contrata y la pseudocontrata ilícita, que el orden convencional aplicado a los trabajadores de la contratista sea distinto al aplicado en la empresa principal es intrascendente. Repárese que ello puede ocurrir también en las contratas perfectamente lícitas, como, de hecho, así lo ha venido a confirmar la reciente reforma del art. 42 ET por el Real Decreto-Ley 32/2021. En este sentido, el nuevo art. 42.6 ET estaría particularmente orientado a evitar que ciertas empresas contratistas, por razón de su carácter “*multiactividad*” o “*multiservicios*”, puedan escapar del ámbito funcional de cualquier convenio sectorial y, por ello, se viene a establecer que a las empresas contratistas les resultará de aplicación en cada caso el convenio sectorial en cuyo ámbito funcional quede encuadrada la concreta actividad ejecutada en la contrata; lo que, sin embargo, no equivale necesariamente a imponer una equiparación en cuanto al convenio aplicable en la principal⁷⁸. De este modo, se habría recogido en la ley el criterio mantenido por una jurisprudencia de la que se desprende que, incluso en contratas de “*propia actividad*”, es posible y legítimo que los convenios sectoriales aplicados a los trabajadores de la principal y de la contratista sean distintos⁷⁹. Nótese, asimismo, que del nuevo art. 42.6 ET se infiere también que las empresas con-

⁷⁵ Cfr., entre otras, SSTS 19-6-2012 (R° 2200/2011); 2-11-2016 (R° 2779/2014) y 9-1-2019 (R° 108/2018).

⁷⁶ Así parece deducirse también de la STS 3-2-2005 (R° 3911/2004).

⁷⁷ Ampliamente, analizando críticamente la doctrina judicial que durante bastante tiempo vino exigiendo una intencionalidad fraudulenta o efectos lesivos para los derechos de los trabajadores, RODRIGUEZ-PINERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, pág. 353 y ss.

⁷⁸ En este mismo sentido, Nores Torres, L. E.: “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, vol. 3, 2022, págs. 79 y 80.

⁷⁹ Cfr. SSTS 12-3-2020 (R° 209/2018); 11-6-2020 (R° 9/2019); 12-2-2021 (R° 2839/2019) y 11-11-2021 (R° 3330/2019). Considerando que la reforma estaría recogiendo esta jurisprudencia, Lahera Forteza, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 54. En la misma línea, aunque abriendo la puerta a diversas soluciones interpretativas a la luz del conjunto de elementos presentes en el nuevo art. 42.6 ET, De la Puebla Pinilla, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, en (AAVV): *La reforma laboral de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pág. 133 y ss.

tratistas pueden regirse, al igual que el resto de empresas, por su propio convenio de empresa, aplicándose las mismas reglas que se predicán con carácter general en materia de concurrencia de convenios⁸⁰; a saber: prioridad del convenio de empresa garantizada por la ley en toda una serie de materias (art. 84.2 ET), mientras que en el resto –entre las que se incluye, tras la reciente reforma, la materia salarial– tendría prioridad el convenio más antiguo en el tiempo, ya sea éste sectorial o de empresa (84.1 ET), sin perjuicio de que esta última regla pueda quedar desplazada por otras reglas sobre concurrencia y estructura de la negociación colectiva establecidas en los acuerdos o convenios estatales o autonómicos a los que se refiere el art. 83.2 ET.

2.4. *A modo de recapitulación*

A la luz del art. 43.2 ET y de la experiencia jurisprudencial, atinan las actuaciones inspectoras que se han venido reseñando en haber puesto el foco de atención en la infraestructura material y organizativa aportada por la contratista y en el ejercicio por parte de la misma de los poderes que caracterizan al empresario laboral, pues en torno a ello giran, efectivamente, los criterios fundamentales de calificación de la cesión ilegal de trabajadores. Ocurre, sin embargo, que tales actuaciones han pecado, a mi juicio, por exceso, en la relevancia atribuida, tanto en el plano material como organizativo y directivo, a las herramientas tecnológicas de la plataforma comitente utilizadas en la actividad objeto de la contrata. De entrada, me parece nítido que, por más que tales herramientas faciliten la organización de la actividad, la aportación por parte de la contratista de los vehículos utilizados para realizar la actividad de transporte contratada –amén de otros posibles equipos y la asunción de diversos costes– es elemento de suficiente entidad para afirmar que la misma cuenta “*con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad*” y seguramente también muy indicativo de la existencia de “*una organización propia*”, en los términos a los que se refiere el propio art. 43.2 ET.

Y en cuanto al ejercicio de las funciones organizativas y directivas “*inherentes a su condición de empresario*”, sin perjuicio de que habría que conocer y valorar con mayor detalle las circunstancias particulares de los diferentes supuestos, la trascendencia dada a las citadas herramientas tecnológicas y a la incidencia de la mismas y de otras decisiones de la empresa principal sobre la prestación de los trabajadores de la contratista, supone, en buena medida, negar el margen de coordinación técnica que corresponde a dicha principal, consustancial en el desarrollo de contratas de diversa índole y, como se deduce de la doctrina judicial y jurisprudencia, compatible con poder apreciar, a través de la constatación de otras circunstancias, que la contratista posee y ejerce también facultades de dirección sobre los trabajadores empleados en la contrata.

⁸⁰ Cfr. de la Puebla Pinilla, A., op. cit., pág. 145 y ss.; Lahera Forteza, J., op. cit., pág. 54 y 59; Nores Torres, L. E., op. cit., págs. 80 y 81.

Por lo demás, otros criterios e indicios a los que se apela para entender concurrente la existencia de cesión ilegal en el ámbito de las plataformas –la autonomía técnica de la contrata, el modo de facturación de la misma o la “*apariencia externa*” de los trabajadores de la contratista–, no son, a mi modo de ver, tan pertinentes o tienen una significación claramente menor, en buena parte porque, como se ha visto, su consideración queda bastante conectada y, a su vez, condicionada por la valoración que se haga de otros criterios e indicios que aparecen como más significativos. Por decirlo más gráficamente, es la valoración de que es la principal –y no la contratista– la que ejerce fundamentalmente los poderes organizativos y directivos la que seguramente lleva a considerar que una contrata carece de autonomía técnica y a otorgarle trascendencia a factores accesorios como que el cliente final crea que los trabajadores de la contratista pertenecen a la principal. Y sólo cuando se valora que la contratista no aporta medios e infraestructura relevantes para ejecutar la contrata, cobra sentido resaltar el peso que el coste de la mano de obra puede tener en la retribución de la contrata.

3. Algunas reflexiones finales sobre la regulación laboral de los fenómenos de externalización; en particular, con ocasión de la reforma de 2021

Tras el análisis precedente, resulta obvio que la valoración de la existencia o no de cesión ilegal en el ámbito de las plataformas digitales deberá necesariamente ceñirse, como ocurre en general, a las particularidades del caso concreto⁸¹ y, de hecho, no cabe descartar que los varios supuestos hasta ahora examinados por la Inspección de Trabajo merezcan distinta calificación. Del mismo modo que se ha afirmado que, pese a que el fraude puede estar muy extendido, no es posible equiparar sin más empresas multiservicios y cesión ilegal⁸², también respecto a las plataformas digitales cabe huir de apriorismos y automatismos. La operativa de tales contratas concertadas por plataformas parece rodearse de circunstancias que dificultan particularmente la delimitación entre el margen permitido a las contratas y el terreno prohibido de la cesión de mano de obra, pero como acontece, asimismo, en otros diversos supuestos de externalización de actividades empresariales; esto es, toda una serie habitual de supuestos fronterizos en los que es incluso lógico que se puedan dar ciertas discrepancias judiciales.

En todo caso, a mi modo de ver, el problema no radica en que la jurisprudencia del TS sobre la materia resulte formalista, ni que esté requerida de nuevos indicios conectados con ciertos criterios que se apuntan como de interpretación finalista, pero que, en tanto que no claramente deducibles de la norma, serían más bien, a mi juicio, postulados de política del derecho; a saber: la “*necesidad de evitar la competencia desleal*” derivada de la descentralización productiva y de “*exigir las mismas obligaciones a las empresas*

⁸¹ Tal y como advierte reiteradamente la jurisprudencia sobre la materia. Cfr., por ejemplo, SSTs 19-6-2012 (Rº 2200/2011); STSS 6-10-2016 (Rº 2913/2014) y 12-1-2022 (Rº 1903/2020).

⁸² Cfr. Cavas Martínez, F.: *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Aranzadi, 2019, pág. 64 y 65.

que externalizan y a las que no lo hacen”, así como la llamada de valorar la “*existencia de una fuerte subordinación económica entre la empresa principal y la contratista como un indicio de cesión ilegal*”⁸³. Como se colige del análisis precedente, la jurisprudencia sobre la delimitación entre contrata lícita y cesión ilegal remite a variados criterios e indicios de valoración –por lo demás, muy semejantes a los que se vienen empleando en otros ordenamientos de nuestro entorno⁸⁴–, que, no en balde, son los que han servido para, al compás de la extensión de los fenómenos de externalización, ampliar la noción de cesión ilegal y apreciarla también en ocasiones entre empresas reales⁸⁵. Y no creo que resulte apropiado incorporar a la calificación de la cesión ilegal elementos como los propuestos, que se plantean, en buena medida, en términos tan apodícticos como imprecisos, ni mucho menos que su posible consideración pueda llegar a postergar o a mediatizar la apreciación que se haga de otros elementos –vgr. los medios e infraestructura material aportada por la contratista y el ejercicio por la misma de manifestaciones típicas del poder de dirección laboral– en los que se sigue cristalizando la esencia y lógica institucional de la cesión prohibida de trabajadores.

Además, hay llamadas a interpretaciones finalistas que pueden dar absoluta vía libre a toda suerte de sesgos interpretativos. O es que acaso, trasladando la idea a otro terreno, se podría entender justificado, a luz del derecho vigente, un despido objetivo o un descuelgue salarial por parte de una empresa de escasa entidad económica que pretende adoptar tales medidas sin causa económica o productiva relevante e invocando esencialmente la situación de desventaja que le produce que las condiciones plasmadas en el convenio sectorial aplicable hayan sido negociadas por una organización empresarial integrada por empresas con mayor capacidad económica. En la cuestión ahora analizada, la apelación a tales criterios creo que llevaría a introducir restricciones en las posibilidades de externalización de actividades empresariales que no se desprenden, asimismo, del vigente marco normativo.

A este respecto, hay que recordar que la contratación de obras y servicios entre empresas constituye una manifestación relevante del derecho a la libertad de empresa garantizada por nuestra Constitución (art. 38)⁸⁶ y por el Derecho de la Unión Euro-

⁸³ Achancando al TS un excesivo formalismo y aludiendo a la necesidad de interpretaciones finalistas en el sentido apuntado, Esteve Segarra A. y Todoli Signes, A., op. cit., particularmente págs. 41, 49, 51, 62 y 64.

⁸⁴ Por ejemplo, respecto al ordenamiento italiano, véase Carinci, M.t.: “La somministrazione di lavoro altrui”, en (AAVV): *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, pág. 5 y ss. Para algunas referencias a la experiencia comparada, De Luca Tamajo, R.: “Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2007, págs. 14 y 15.

⁸⁵ Cfr., en esta línea, CEINOS SUAREZ, A., op. cit., pág. 138-141 y 159.

⁸⁶ Cfr., entre otros, MARTIN VALVERDE, op. cit.; pág. 214; Rivero Lamas, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, (AAVV): *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, p. 25 y 26. Ampliamente, Pérez de Los Cobos Orihuel, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en (AAVV): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 181 y ss. En la jurisprudencia, aludiendo a su conexión con la libertad de empresa a la hora de resolver cuestiones conectadas a los arts. 42 y 43 ET, entre otras, SSTS 27-10-1994 (Rº 3724/1993); 17-12-2001 (Rº 244/2001); 14-2-2011 (Rº 130/2010) y 20-11-2015 (Rº 104/2015).

pea⁸⁷, de modo que la preservación de su contenido esencial condiciona, sin duda, la actividad normativa –ley y autonomía colectiva–, así como la interpretación y aplicación de la norma por parte de las Administración y los órganos de justicia⁸⁸. Alguna sentencia reciente del TS resulta muy elocuente en este sentido⁸⁹. Y, dicho lo anterior, a estas alturas se puede dar por absolutamente confirmada la consolidación de la descentralización productiva como forma de organización de las empresas, hasta el punto de hablarse de la “universalidad” de esta tendencia organizativa⁹⁰. No se trata, en efecto, de un fenómeno que singularice al tejido productivo español frente a otros y, como seguramente ocurrirá, en mayor o menor medida, en todos, habrá decisiones de externalización más motivadas en sortear costes laborales y otras que obedezcan a más amplias razones funcionales de optimización de costes en general –y no sólo laborales–, así como a otras motivaciones conectadas a la adaptación de las empresas a nuevos y cambiantes mercados y escenarios económicos⁹¹.

Regresando a la noción de cesión ilegal de trabajadores, lo que, sin duda, la caracteriza, como acontece también con otras instituciones jurídico-laborales –entre ellas, la de singular relevancia referida a la noción de trabajo subordinado–, es que la heterogeneidad de las realidades socio-económicas subyacentes se resiste enormemente a ser aprehendida a través de un concepto normativo⁹², entendido éste como aquel que indica de forma bastante taxativa las notas de un fenómeno con consecuencias jurídicas, facilitando la tarea lógico-formal de la subsunción y proporcionando previsibilidad en la aplicación del derecho⁹³. Que, tras la delimitación normativa de cesión ilegal introducida por la reforma de 2006, los tribunales hayan seguido operando sobre la base de un método indiciario es muestra de las dificultades que rodean a la elaboración de conceptos normativos, existiendo siempre un cierto riesgo de no reparar en todos los elementos que

⁸⁷ Perez de los Cobos Orihuel, F.: “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 229, 2020, pág. 1 y ss. (versión digital).

⁸⁸ Cfr. Perez de los Cobos Orihuel, F. (2005), op. cit., pág. 181 y ss.

⁸⁹ STS 21-2-2020 (Rº 159/2018), que, a la hora de interpretar el alcance de una cláusula convencional limitativa de las posibilidades de externalización, señala, de un lado, que: “La posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”. Y, por otra parte, recuerda que la “STC 225/1993 (en el debate sobre libertad de empresa y limitación de horarios comerciales) expresa que la empresa es libre para establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. La STJUE de 27 de noviembre de 2019 (C-402/18; *Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service*) ha advertido que la protección de las personas implicadas en tareas productivas no debe llevarse a cabo restringiendo las libertades empresariales de organizar la producción”

⁹⁰ De Luca Tamajo, R., op. cit., pág. 3.

⁹¹ Una morfología variable y cambiante de estos fenómenos de la que la doctrina se hizo eco desde hace ya tiempo. Cfr. Blat Gimeno, B.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, (AAVV): *Descentralización...*, op. cit., pág. 19 y ss.

⁹² Cfr. Perez de los Cobos Orihuel, F.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, nº 39, 1993, pág. 37 y ss.

⁹³ Sobre la elaboración de conceptos normativos y sus ventajas y desventajas, Larenz, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, págs. 205 y ss. y 442 y ss.

justifican la elaboración del concepto o, inversamente, de ir más allá de esa *ratio legis*. En esta materia, como en otras, la aplicación del derecho se construye en torno a la idea de un tipo jurídico, cuyas características se extraen, en buena medida, por contraposición a las del concepto normativo. El tipo no permite subsumir, pero ayuda a enjuiciar si una conducta tiene trascendencia jurídica a través de un razonamiento orientado por ciertos elementos muchas veces graduables e intercambiables, con connotaciones jurídicas y fácticas, que aisladamente considerados tan sólo tiene el valor de señales o indicios⁹⁴.

Por ello, el método tipológico aplicado en materia de cesión ilegal tiene semejantes ventajas y hándicaps a los apreciados en torno a otros tipos jurídicos. Su principal virtualidad es la plasticidad en la aplicación al caso concreto y su adaptabilidad a realidades de morfología poliédrica y cambiantes en el tiempo, aunque abonando, a cambio, un cierto precio de inseguridad jurídica. Y, por otra parte, aunque unido a lo anterior, está la cierta desazón que puede provocar al jurista en general que, ante las expectativas que crea la inexistencia de un concepto normativo más o menos cerrado, es más proclive a querer moldear el tipo jurídico desde posiciones y sensibilidades de diverso signo, sin que obviamente ello se vea siempre correspondido por el criterio interpretativo dominante. Es cierto que en este tipo de calificaciones jurídicas también parece jugar un cierto papel una suerte de criterio de aceptación social, lo que ayudaría a explicar por qué prácticamente no se cuestiona la licitud de contrataciones clásicas, como las de limpieza u otros servicios auxiliares⁹⁵, y, en cambio, sí se cuestiona hoy en día la contrata de transporte de una plataforma digital. Mas, al fin y al cabo, lo que resulta exigible al operador jurídico que se enfrenta al método tipológico es rigurosidad, tomando en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes, sin recurrir a una suerte de apreciación selectiva o de espiguelo, así como otorgando a tales circunstancias un valor consistente con la esencia y significación de las notas más distintivas del tipo, pues de otro modo la valoración se vuelve tan discrecional o personal que ya no es que no se cuente con un concepto axiomático, sino ni tan siquiera con un tipo con valor orientativo⁹⁶.

Finalmente, al afrontar el debate sobre los confines entre la contrata ilícita y la cesión ilegal, considerando, además, la cierta “*conciencia difusa*” de precariedad laboral asociada a la descentralización productiva⁹⁷, no resulta vano recordar que la legítima contrata no está exenta de mecanismos y cautelas legales establecidas para tutelar diversos intereses de los trabajadores; singularmente mediante lo previsto en el art. 42 ET, pero también en otras disposiciones como los arts. 168.1 LGSS, 42 LPRL y 23.2 y 43.2 LISOS. Entre tales mecanismos y cautelas, tiene un papel destacado la atribución a la empresa comitente de

⁹⁴ Cfr. Larenz, K., op. cit., pág. 208 y ss. y 451 y ss.

⁹⁵ Cfr., en esta línea, Goerlich Peset, J. M., op. cit., pág. 30. Apuntando, asimismo, la cierta paradoja que se produce en torno al hecho de que no se cuestionen contrataciones clásicas, como las de limpieza o vigilancia, y sí otros supuestos de externalización, Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J. M., op. cit., pág. 117; Llano Sanchez, M., op. cit., pág. 11.

⁹⁶ Reflexionando en esta línea en punto al sistema de indicios de laboralidad, Sanchez-Uran Azaña, Y., op. cit., pág. 37 y ss.

⁹⁷ Cfr. Goerlich Peset, J.m., op. cit., pág. 18.

ciertas responsabilidades, solidarias o subsidiarias, derivadas de obligaciones de la contratista respecto de sus trabajadores. El fundamento general de este mecanismo de tutela laboral es el aprovechamiento indirecto de mano de obra, unido a que, entre los riesgos para los derechos de los trabajadores derivados de las contrataciones, está presente a menudo la menor solvencia económica de las empresas contratistas y, por tanto, una más alta probabilidad de incumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social⁹⁸. Se trata de un mecanismo bastante extendido y arraigado a nivel comparado, si bien su técnica de tutela tradicional no contradice su actual eficacia, pues, dada la proliferación del fenómeno de la descentralización productiva, tiene el potencial de garantizar ciertos derechos de un buen número de trabajadores y, además, puede comportar una cierta racionalización en el terreno económico-productivo, en tanto que capaz de influir en las decisiones empresariales a la hora de elegir con quién externalizar actividades empresariales⁹⁹.

La preferencia por este instrumento sitúa, a mi juicio, al ordenamiento español entre aquellos que han optado por un razonable grado intermedio de tutela laboral para el trabajo en el ámbito de las contrataciones y, por tanto, a su vez de contenida limitación o atemperación del fenómeno descentralizador¹⁰⁰. Un modelo de regulación laboral y de orientación legislativa frente a la descentralización productiva que, en sus líneas maestras, habría confirmado la reciente reforma de finales de 2021. Es cierto, no obstante, que el aludido esquema de responsabilidades empresariales contiene ciertos ingredientes que presentan reseñables cuestiones de incertidumbre jurídica e incluso –diría– de falta de equidad para trabajadores y empresas. Particularmente, señalaría en este sentido la noción de “*propia actividad*” que condiciona la imputación de responsabilidades solidarias a la empresa principal; y, por otro lado, el mecanismo de verificación y, en su caso, de exoneración de esta responsabilidad por lo que se refiere a las obligaciones en materia de Seguridad Social. Dos ámbitos en los que, desde hace tiempo, la doctrina ha advertido la necesidad de ciertos replanteamientos o, cuando menos, retoques a nivel normativo o jurisprudencial¹⁰¹. Respecto a la noción de “*propia actividad*”, además de las ciertas dosis de dificultad aplicativa que sigue comportando a pesar de la dilatada experiencia jurisprudencial¹⁰², destaca que pueda llegar a negar la tutela en contrataciones tales como las de limpieza y otros servicios auxiliares, cuyas características –menos consistencia empresarial y mayor riesgo de insolvencia del contratista– obedecerían claramente al fin tuitivo de la responsabilidad solidaria prevista por la norma. En cuanto a lo segundo, sin

⁹⁸ Cfr. García Murcia, J., op. cit., págs. 10, 14 y 27.

⁹⁹ Cfr. Perulli, A.: “Diritto del lavoro e decentramento produttivo in un prospettiva comparata: problemi e prospettive”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2007, págs. 33 y 34.

¹⁰⁰ Cfr., en esta línea, realizando una aproximación comparada, De Luca Tamajo, R., op. cit., pág. 24 y ss.

¹⁰¹ Cfr., entre otros, Rivero Lamas, J., op. cit., págs. 51 y 52; Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “El concepto de <<propia actividad>> empresarial”, (AAVV): *Descentralización...*, op. cit., págs. 170 y 171; García Murcia, J.: “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, 2004, pág. 27 y ss.; Sala Franco, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2005, págs. 3 y 8 (versión digital); Valdés Dal-Ré, F.: “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2007, pág. 7 (versión digital).

¹⁰² Como reconoce la propia jurisprudencia al respecto. Cfr., por ejemplo, STS 2-2-2018 (Rº 251/2016).

perjuicio de que son varios los déficits normativos y las cuestiones interpretativas, con carácter general cabe resaltar que nos encontramos ante la imposición de unos deberes de diligencia al empresario comitente, cuyo cumplimiento, sin embargo y en contra de la lógica, puede no servir para exonerarle de responsabilidad¹⁰³.

El reciente Real Decreto Ley 32/2021, a pesar de tener entre sus principales objetivos la “modernización” de la regulación de la contratación y subcontratación de actividades empresariales¹⁰⁴, no ha intervenido sobre estos aspectos, sino que en el ámbito del art. 42 ET se ha limitado a introducir un nuevo apartado 6 orientado, como antes se apuntó, a evitar que ciertas empresas contratistas puedan escapar del ámbito funcional de cualquier convenio sectorial, pero quedando lejos de imponer, siempre y para todos los casos, una equiparación en cuanto al convenio aplicable y, por tanto, en las condiciones laborales esenciales de los trabajadores de la principal y de la contratista. Por tanto, se han desechado otras propuestas más maximalistas que también se habían puesto sobre el tapete, en la línea de establecer mecanismos de paridad de tratamiento entre los trabajadores de las empresas principales y los de sus respectivas contratistas, cuya generalización podría tener unas consecuencias, cuando menos, difíciles de predecir para el mercado de trabajo¹⁰⁵. Una orientación normativa –la de paridad de tratamiento en las contrata– detectable en muy pocos ordenamientos¹⁰⁶. Por cierto que en uno de nuestro entorno más próximo, como es el italiano, tal principio de paridad quedó hace ya bastantes años normativamente derogado, probablemente como reacción legislativa ante la constatación de que la extensión del fenómeno de la descentralización productiva es producto, como antes se apuntaba, de variadas y complejas razones fisiológicas ligadas a la organización de las empresas¹⁰⁷.

Por lo demás, seguramente el aspecto de mayor alcance de la reciente reforma en punto a la externalización de actividades empresariales no se ubique en el art. 42 ET, sino en la eliminación del contrato temporal de obra o servicio determinado, así como en la prohibición expresa de identificar como causa del nuevo contrato por circunstancias de la producción la realización de trabajos en el marco de contrata que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa; supuestos a los que, por contraste, se alude

¹⁰³ El carácter paradójico del mecanismo de verificación/exoneración del comitente en materia de Seguridad Social creo que queda bastante patente a la luz de la reciente jurisprudencia dictada al respecto –STS (Cont.-admvo.) 3-2-2021 (Rº 2584/2019)–, según la cual los certificados negativos de deudas emitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social tienen una eficacia meramente informativa y no liberatoria de la responsabilidad, en tanto que no afirman que la empresa contratista esté libre de deudas en el momento de emisión del certificado, sino que en ese momento no hay ninguna reclamación por deudas vencidas.

¹⁰⁴ Cfr. preámbulo del RD-ley 32/2021.

¹⁰⁵ Como apunta Goerlich Peset, J.m., op. cit., pág. 27, quizá una sobreprotección en determinados sectores de actividad que ya aplican convenios colectivos con condiciones razonables; lo que, ciertamente, tendría efectos colaterales difíciles de predecir.

¹⁰⁶ Cfr. De Luca Tamajo, R., op. cit., pág. 19.

¹⁰⁷ Leyendo en este sentido la eliminación del principio de paridad de tratamiento en las contrata operada por el Decreto Legislativo 276/2003 y confirmada por posteriores intervenciones normativas, CARINCI, M. T.: *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2008, pág. 116.

en la nueva configuración del contrato fijo-discontinuo (arts. 15.2,5º y 16.1.2º ET). El legislador ha confirmado así el reciente giro jurisprudencial –STS 29-12-2020 (Rº 240/2018)– acerca de la desvinculación entre causalidad en la contratación temporal y necesidades de las empresas dedicadas habitualmente a prestar servicios en el marco de contrataciones, por lo que se habría dado un paso decidido en un extremo que se había venido identificando, incluso por delante de la cuestión de los contornos de la cesión ilegal, como prioritario en orden a procurar una mayor calidad del empleo en el contexto de la externalización de actividades empresariales¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cfr., en esta línea, Llano Sanchez, M., op. cit., págs. 13 y 14; Goerlich Peset, J. M., op. cit., pág. 26, 33 y 34.

Las “prohibiciones” de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural

The “bans” on dismissal due to the invasion of Ukraine: purposes, functions, similarities with Covid measures and coordination with structural legislation

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular. Universidad de Oviedo

ORCID ID: 0000-0003-0721-467X

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Profesor Titular. Universidad de Oviedo

Experto Nacional en la European Labour Law Network

ORCID ID: 0000-0001-6311-7773

Recibido: 16/5/2022

Aceptado: 28/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7062>

Resumen: La imprevista invasión rusa del territorio ucraniano ha generado, amén de un inmenso drama humanitario, un impacto económico a escala mundial que repercute en las empresas y, por extensión, en los trabajadores. Para afrontar la situación, el Gobierno ha adoptado medidas de apoyo financiero urgente, principalmente a través del RD-L 6/2022, de 29 de marzo, que prevé ayudas económicas directas e indirectas para minimizar las consecuencias negativas que ese conflicto provoca en algunos sectores. Seguramente por influjo de la experiencia Covid, esas ayudas se han acompañado de dos “prohibiciones de despido”: la que afecta a las empresas que han recibido ayudas directas para hacer frente al “aumento de costes energéticos” y la vinculada a los ERTes por causas relacionadas con la invasión de Ucrania. La naturaleza y alcance de ambas restricciones extintivas, formuladas en el art. 44 de ese RD-L 6/2022, es el objeto de estudio en este trabajo, en el que se analizan también sus similitudes y diferencias con las restricciones Covid, y se ofrece un primer balance sobre las complicaciones que pueden producirse en la convivencia de estas reglas con el Derecho de Trabajo estructural.

Palabras clave: Despido, ERTE, prohibición de despedir, guerra de Ucrania, crisis energética.

Abstract: In addition to an immense humanitarian drama, the unforeseen invasion of Ukraine by Russia has generated a worldwide economic impact that has repercussions for undertakings and, by extension, for workers. To deal with the situation, the Spanish Government has adopted urgent financial support

measures, mainly through Royal Decree-Law 6/2022 of 29 March, which provides for direct and indirect economic aid to minimise the negative consequences of this conflict on certain sectors. Probably due to the influence of the Covid experience, this economic aid has been accompanied by two “dismissal bans”: the one that affects undertakings that have received direct aid to face the increase in energy costs and the one linked to the temporary lay-offs for reasons related to the invasion of Ukraine. The nature and scope of these dismissal restrictions, formulated in art. 44 of Royal Decree-Law 6/2022, is the subject of study in this paper, which also analyses their similarities and differences with the precedent Covid restrictions, and offers a first assessment of the complications that may arise from the coexistence of these temporary rules with the structural/permanent Labour Law.

Keywords: Dismissal, temporary lay-offs, dismissal ban, Ukrainian war, energy crisis.

1. La restricción de las facultades empresariales de extinción del contrato durante situaciones de emergencia: una nueva estrategia de protección del empleo

El Derecho del Trabajo ha debido transitar por varias etapas en las últimas décadas, como es consustancial a su objeto y finalidad. Si el Derecho ha de dar respuesta a las demandas de la sociedad, el ordenamiento laboral debe atender a los avatares del mercado de trabajo en cada momento. Las transformaciones que han experimentado la sociedad, los medios de producción y las formas de prestación de servicios y ejecución del trabajo exigen a la norma laboral una constante atención y adaptación. En tiempos de bonanza, no tan lejanos, las reformas laborales aspiraban a impulsar y consolidar un “empleo estable y de calidad”. Sin embargo, en los últimos quince años el Derecho del Trabajo se ha centrado sobre todo en proporcionar al empresario herramientas para superar coyunturas poco propicias, procurando el menor impacto posible en el empleo.

En los albores de este siglo, la –frustrada– flexiseguridad convertía la extinción de contratos –flexibilidad externa– en una consecuencia de las dinámicas de un mercado cambiante, y esa pérdida del trabajo no se consideraba un estigma, sino una circunstancia más en una carrera profesional en la que el paso por distintas ocupaciones, sectores o formas de trabajar (con impulso decidido del emprendimiento o autoempleo) debían concebirse con plena naturalidad en un marco de constante evolución y aprendizaje personal y profesional. Sin embargo, durante los últimos tres lustros se han encadenado adversidades de diferente origen y naturaleza, que han agrietado notablemente los cimientos sobre los que se construyó el ciclo precedente de bonanza. La crisis económica y financiera que comenzó en 2008 fue más profunda y duradera de lo que en un principio cabía esperar (y se vio agudizada por la inestabilidad política), y cuando parecía que sus efectos remitían y conducían a una nueva etapa de prosperidad, la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19 ha generado otro período de zozobra mundial, que, aparentemente ya en sus momentos de estertor, se ha concatenado con las consecuencias de la invasión de Ucrania por parte de Rusia.

En ese escenario, el Derecho del Trabajo ha asumido una función diferente a la tradicional, y distinta a la de los años inmediatos precedentes, porque ya no se trata –o

no sólo— de facilitar el tránsito del trabajador entre diferentes empresas y sectores, sino de garantizar la viabilidad misma de las propias empresas, y de contener en lo posible la destrucción de empleo, pues la pérdida del trabajo puede abocar a períodos de desempleo de larga duración y a un sobrecoste para las arcas públicas en forma de prestaciones sociales (y menores cotizaciones). El Derecho del Trabajo, así pues, asume hoy un papel más activo, involucrándose en la propia pervivencia de las empresas, pero exigiendo a cambio ciertos sacrificios y compromisos en orden a mantener el empleo.

Aunque este proceso de cambio de paradigma se inauguró de forma tibia con ocasión de la crisis de 2008, mediante la atribución de mayores —y seguramente mejores— facultades al empleador para adaptarse a las circunstancias, configurando la “flexibilidad interna” como una alternativa frente al despido, ha adquirido carta de naturaleza a raíz de la pandemia. En efecto, inicialmente esa flexibilidad interna pretendía relajar la “rigidez” que los empleadores apreciaban en la norma laboral, concibiendo las dificultades económicas como una justificación para proporcionar al empresario instrumentos útiles de respuesta a las amenazas que pusiesen en jaque la buena marcha del negocio. Sin embargo, el potencial éxito de esta vía quedó en buena medida oscurecido porque los empresarios, que podían elegir entre flexibilidad interna o externa, continuaron prefiriendo el despido a esas otras medidas menos traumáticas, bien por inercias derivadas de la cultura empresarial tradicional, bien por razones estrictamente económicas (escaso atractivo de los incentivos).

La pandemia Covid alteró profundamente ese escenario. El legislador optó por no correr riesgos y directamente limitó las facultades extintivas del empresario cuando la dificultad venía motivada por la propia pandemia, advirtiendo que las causas temporales no justificaban medidas definitivas. En efecto, a partir de marzo de 2020 se restringieron las causas lícitas de extinción de contratos de trabajo, remitiendo al empresario a instrumentos de flexibilidad interna, ya conocidos pero remodelados y mucho más atractivos (mayor agilidad en el procedimiento y generosas bonificaciones en la cotización), como las reducciones de jornada y suspensiones de contratos de carácter temporal a través de los ya populares ERTE¹, que en esa versión particular vinculada a la Covid han perdurado hasta 31 de marzo de 2022².

Los ERTE Covid no se configuraban estrictamente como una alternativa a la extinción de contratos, sino como la única opción viable por una limitación expresa el despido por causa Covid hasta 28 de febrero de 2022 (art. 2 del RD-L 9/2020, primero, y art. 2 de la Ley 3/2021, después)³. Además, las empresas que solicitaron un ERTE Covid quedaban afectadas por la “cláusula de salvaguarda del empleo” (DA 6ª del RD-L

¹ Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, La Covid-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo, *RTSS (CEF)*, nº 446, 2020, pp. 5-30; Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, Covid-19 y expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, pp. 435-449; Menéndez Sebastián, Paz, *Las facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 28 y ss.

² DA 1ª Real Decreto-ley 2/2022.

³ Art. 5.6 Real Decreto-ley 18/2021.

8/2020), que impedía al empresario extinguir los contratos de los trabajadores afectados por el ERTE durante seis meses ⁴.

El alcance y la eficacia de esa “prohibición de despedir” y de la “cláusula de salvaguarda” son cuestiones jurídicas controvertidas, todavía sin respuesta del TS, pero cuando la primera ya había decaído y la segunda, la “cláusula de salvaguarda” Covid, se encontraba en sus últimos momentos de vida (aunque sus efectos podrían extenderse hasta septiembre de 2022, o incluso más allá si se concatenan varios compromisos de esa índole en los términos del art. 5 del RD-L 30/2020), la guerra en Ucrania ha vuelto a generar un riesgo evidente de destrucción de empleo, llevando al legislador a introducir una medida con claros paralelismos con esas restricciones pandémicas, que además convivirá con las cláusulas de salvaguarda que acompañan a los nuevos ERTE estructurales de los arts. 47 y 47 bis ET.

En este sentido, el art. 44 del RD-L 6/2022, de 29 de marzo, y que entró en vigor el 31 de marzo, recoge dos diferentes –y temporales– limitaciones al despido por causas objetivas para las empresas afectadas por las consecuencias de ese conflicto (una para las que reciban ayudas públicas y otras para las que se acojan a un ERTE) que recuerdan a la prohibición de despedir Covid y a la cláusula de salvaguarda. Sin embargo, una aproximación más detenida demuestra que no se trata de medidas estrictamente equivalentes, sino que cuentan con singularidades propias y generan una problemática específica. Aun así, esta nueva operación normativa parece consolidar un punto de inflexión. En apariencia, ante crisis sistémicas, y no estrictamente laborales, el Estado ha decidido intervenir muy activamente para amortiguar las consecuencias sobre el empleo, aportando capital público con el fin de contribuir a la viabilidad de las empresas a cambio de una restricción temporal de las facultades empresariales del despido. De algún modo, el legislador crea un derecho paralelo o una “burbuja” regulatoria donde las normas estructurales no actúan y son sustituidas temporalmente por reglas *ad hoc* dirigidas a combatir la adversidad. Esta línea de actuación es probable que se reproduzca en el futuro ante crisis temporales, que, por lo que parece, cada vez serán más frecuentes.

2. La primera limitación a la extinción de contratos por las consecuencias de la guerra en Ucrania: rasgos y consecuencias de la “prohibición de despedir por el aumento de costes energéticos”

Tras la modificación operada por el RD-L 11/2022, de 25 de junio, el art. 44 RD-L 6/2022, en su primer inciso, dispone que “en aquellas empresas beneficiarias de las ayu-

⁴ Vid. Cabeza Pereiro, Jaime, ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas, *Revista de Derecho del Trabajo (CEF)*, nº 456, 2021, pp. 11 y ss.; Molina Navarrete, Cristóbal, La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de Covid-19: “vicios” de una “legalidad (administrativa) sin derecho”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, octubre, 2020, pp. 84 y ss.; Cavas Martínez, Faustino, Los expedientes de regulación temporal de empleo por Covid-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, 2020, pág. 109.

das directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022” (inicialmente se estableció como límite temporal el 30 de junio), y añade que “el incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida”. Pese a su aparente claridad, este precepto requiere interpretación en cuatro aspectos concretos para delimitar correctamente su ámbito de aplicación y sus consecuencias. En primer lugar, el concepto de “ayudas directas”. En segundo lugar, el significado de “aumento de costes energéticos”. En tercer lugar, el alcance de la limitación a las facultades empresariales, pues ese aumento de costes no puede “constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022”. Y en cuarto lugar, las consecuencias y responsabilidades jurídicas y económicas del incumplimiento. No obstante, conviene empezar con precisiones sobre su naturaleza y efectos, para distinguir esta medida de las precedentes restricciones a la extinción de contratos por causa Covid.

a) Diferencias con las limitaciones pandémicas

Esta novedosa y temporalmente acotada restricción a los poderes empresariales no resulta equiparable a la prohibición de despedir Covid, ni tampoco a la cláusula de salvaguarda, pues, aun cuando se inspire en ellas, cuenta con idiosincrasia propia. Como se sabe, la (mal llamada) “prohibición de despedir” por causa Covid desplegabá efectos generales, pues hasta 28 de febrero de 2022 ninguna empresa podía extinguir lícitamente un contrato de trabajo aduciendo fuerza mayor o causas ETOP “relacionadas con el Covid-19”. Por su parte, la cláusula de salvaguarda (DA 6ª RD-L 8/2020) únicamente alcanzaba a las empresas que habían solicitado un ERTE disfrutando de exoneraciones de cotización, y exigía el “mantenimiento del empleo” de los trabajadores afectados por el ERTE durante seis meses, protegiendo no sólo frente al despido, sino también frente a otras causas de extinción.

En cambio, y a diferencia de la prohibición de despedir Covid, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 no establece una prohibición general para cualquier empresa, porque no impide sin más despidos objetivos o colectivos, sino que circunscribe su aplicación a las empresas que hayan obtenido “ayudas directas” reguladas en esa norma, de modo que la restricción a las facultades empresariales se configura como una contrapartida por el disfrute de esos fondos públicos. La prohibición de despedir por causa Covid, además, pretendía incentivar el uso de los ERTE, que se convertían en la mejor –y en ocasiones única– posibilidad para continuar con la actividad empresarial. Esa es una consecuencia que no parece perseguir esta primera restricción del art. 44 del RD-L 6/2022, pues las empresas podrían renunciar a la ayuda directa y decantarse por otras opciones (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, desplazamientos de trabajadores, etc.), así como por la extinción contractual a través de cualesquiera vías lícitas, inclusive la extinción por causas objetivas conectadas con el incremento de costes energéticos. El art. 44 no conduce *per se* a un ERTE, y es probable que la concesión de ayudas directas pudiera incluso facilitar que la empresa en dificultades pueda eludir esa medida.

Evidentemente, esta primera limitación tampoco puede equipararse a la cláusula de salvaguarda, que sólo nace cuando el empleador solicita un ERTE, aunque desde luego sí cabe encontrar paralelismos con las medidas de fomento del empleo. En este sentido, la contratación de trabajadores no requiere de colaboración económica pública, pero si el empleador decide acudir a esas ayudas debe asumir las contrapartidas correspondientes, particularmente la obligación de mantener vivo el contrato durante un determinado plazo, so pena de afrontar las responsabilidades pertinentes, como la devolución de las cantidades indebidamente percibidas o ahorradas. Desde esa perspectiva, tanto la cláusula de salvaguarda como esta limitación a los despidos por la invasión de Ucrania son medidas particulares, o asistemáticas, de fomento del empleo, que no ponen el acento en la contratación de trabajadores desempleados, sino en la conservación de puestos de trabajo.

b) La percepción de “ayudas directas” como presupuesto de activación

La restricción al despido contemplada en el primer inciso del art. 44 RD-L 6/2022 únicamente resulta de aplicación a las empresas beneficiarias de “ayudas directas”, expresión que no encierra grandes incertidumbres. La propia norma concreta los sectores a los que se dirigen esas “ayudas directas”: la industria intensiva en consumo de gas (art. 3), algunos servicios de transporte (art. 25), empresas ferroviarias privadas (art. 27), productores de leche (art. 31), empresas armadoras de buques pesqueros (art. 32), productores de los sectores agrarios (art. 33), producción en pesca (art. 34) y producción en acuicultura (art. 35).

No es descartable que si los efectos del conflicto se incrementan y/o perduran en el tiempo pueda ampliarse ese elenco, lo que obligará a atender a la norma que proceda a esa extensión. El art. 44 RD-L 6/2022, y es importante destacarlo, se refiere a las ayudas directas “previstas en el presente real decreto-ley”, de modo que si una futura norma modifica el RD-L 6/2022 y amplía el ámbito de las ayudas directas, también ampliará el radio de acción de la restricción al despido. En cambio, si esa eventual norma es independiente y cuenta con vida propia, se requeriría una previsión expresa para extender esa limitación a los nuevos sectores. El RD-L 11/2022, de 25 de junio, alargó las ayudas directas hasta el 31 de diciembre, pero, aun cuando ha modificado la configuración de alguna de ellas, no ha creado otras nuevas o distintas.

Además de las “ayudas directas”, el RD-L 6-2022 contempla otras medidas para combatir los efectos del incremento de los costes energéticos, como reducciones en la factura eléctrica (art. 1) o bonificaciones a carburantes y combustibles (art. 15). En estos casos no se alude a “ayudas directas”, sino que se consideran medidas de “apoyo”, lo que supone que las empresas beneficiarias no quedan afectadas por la restricción al despido. Más dudas podrían generar los créditos ICO, toda vez que la DF 38ª RD-L 6/2022 los califica como “línea de ayuda [...] en régimen de concesión directa”, pero dichos créditos no están previstos para las consecuencias de la invasión de Ucrania, sino para paliar los efectos de la sequía en el sector agrario. El RD-L 6/2022 ni establece limitaciones a

la extinción contractual por razones de la sequía, ni contempla la intervención del ICO para mitigar las consecuencias de la invasión de Ucrania.

Por consiguiente, el concepto de ayudas directas queda perfilado con claridad, si bien cabría plantear cuál es el momento preciso *–dies a quo–* en el que se activa esta restricción, porque a resultas de la tramitación ordinaria de un procedimiento administrativo transcurrirá un tiempo entre la solicitud de la ayuda y su concesión y efectivo disfrute. Dicho de otro modo, el RD-L 6/2022 no activa la prohibición de despido desde su entrada en vigor, sino que esa “activación” depende de la ayuda pública, pero no es claro si la mera solicitud impide automáticamente los despidos por causa objetiva o si esa limitación nace tras el reconocimiento y/o disfrute efectivo.

El art. 44 se refiere a las “empresas beneficiarias de las ayudas directas”, y “beneficiario”, en atención al Diccionario RAE, es quien “recibe una prestación”, de modo que la mera solicitud no activaría automáticamente la limitación al despido. Es imprescindible el reconocimiento en vía administrativa, momento en el que el solicitante se convierte en beneficiario. Por tanto, hasta el reconocimiento (la solicitud podría ser denegada si no se cumplen los requisitos correspondientes) las facultades de la empresa en orden a decidir un despido por causas objetivas permanecen intactas, sin perjuicio de que una actuación de esa índole pudiera afectar al reconocimiento mismo de la ayuda directa, pues la extinción de contratos durante ese período vulnera el espíritu y la finalidad de una medida dirigida, precisamente, a evitar la destrucción de empleo. Sea como fuere, el día de efectos del reconocimiento de la ayuda directa nace esa “prohibición de despedir”, aunque materialmente el pago se demore, pues la empresa ya se ha convertido técnicamente en “beneficiaria”. Cuestión distinta es que el retraso de la Administración en el pago resulte excesivo, un incumplimiento grave de sus obligaciones, situación que, amén de la pertinente responsabilidad patrimonial, quizá pudiera justificar una renuncia formal a la ayuda y la recuperación íntegra de las facultades empresariales.

c) El incremento de los costes de la energía como causa de despido objetivo temporalmente deshabilitada

El “aumento de costes energéticos” no podrá ser invocado como causa de despido objetivo o colectivo hasta 31 de diciembre de 2022, si bien la redacción legal no concreta cuál es la causa de ese incremento de costes, ni tampoco a qué fuentes de energía se refiere. Es imprescindible una interpretación contextual, y a tal fin el título de la norma resulta suficientemente explicativo, al contemplar una batería de “medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania”. El incremento de los costes energéticos, así pues, debe conectarse inescindiblemente con las consecuencias económicas de la invasión de Ucrania. La Exposición de Motivos explica que ese aumento de precios comenzó en 2021, pero que “se ha agravado con la invasión de Ucrania por Rusia”, que ha provocado un “contexto de emergencia energética, económica, climática y social”.

Por consiguiente, el art. 44 RD-L 6/2022 no alcanza al incremento de los costes energéticos que no esté provocado por la invasión de Ucrania (*v.gr.*, eventual aumento del precio de la energía eólica), aunque probablemente es una cuestión más dogmática que práctica, pues esa referencia a “costes energéticos” queda subsumida en la de “ayudas directas”. Esta limitación es completamente dependiente de la concesión de la “ayuda directa”, por lo que no es en el marco del art. 44, sino en el de la ayuda directa, en el que deben identificarse qué energías o qué sectores se han visto afectados. Y esa identificación ya se encuentra contemplada, de forma exhaustiva sin posibilidades de analogía, por el propio RD-L 6/2022.

Nótese que este primer inciso del art. 44 se refiere al “aumento de los costes energéticos”, a diferencia del segundo, que se decanta por una fórmula mucho más amplia (“causas relacionadas con la invasión de Ucrania”). De ahí que esta primera “prohibición de despedir” no alcance a cualesquiera adversidades que una empresa deba afrontar a consecuencia de la guerra de Ucrania, sino exclusivamente a las que deriven del “aumento de los costes energéticos”, lo que podría reducir su efectividad⁵. Sin embargo, conviene tener presente que el propósito de esta concreta restricción no es impedir toda clase de extinciones contractuales, sino únicamente aquellas que sean incompatibles con las ayudas públicas concedidas en este concreto escenario de emergencia. Por tanto, es lógico suponer que, recibida la ayuda correspondiente, se presumirá *iuris tantum* que hasta 31 de diciembre de 2022 las dificultades que afronta la empresa se deben, precisamente, a esas circunstancias, y se requerirá un esfuerzo probatorio adicional, superior al ordinario, para desligar la causa de despido invocada de esos sobrecostes en el precio de la energía.

Por supuesto, cabría plantearse si el incremento de los costes energéticos ha de ser la única o principal causa que aduce el empleador, o bien puede ser una más que agudice las dificultades que ya se venían sufriendo con anterioridad. Esa es una cuestión que a buen seguro resultará controvertida, y que exigirá un análisis casuístico. No parece razonable que la percepción de una “ayuda directa” derive automáticamente en la ilicitud de despidos por causa objetiva si se acredita un perjuicio estructural. Sin lugar a dudas, debe extrapolarse a estas situaciones la doctrina reciente del TS, a la que luego se aludirá, que en relación con el Covid admite el despido colectivo durante la pandemia precisamente porque las dificultades empresariales, aunque más acuciantes durante la crisis sanitaria, habían comenzado con anterioridad y no podían solventarse razonablemente con medidas de flexibilidad interna.

Cuestión distinta es que esas dificultades sean consecuencia exclusiva de la invasión de Ucrania, en cuyo caso la limitación parece operar con toda su intensidad, al menos mientras su duración en el tiempo se encuentre acotada en unos términos razonables, pues difícilmente podría entenderse que en un período corto el problema se ha “cronificado” y justifica medidas definitivas, como sí ha sucedido durante la pandemia al haberse

⁵ Vid. Valdeolivas García, Yolanda, El alcance de la prohibición de despedir como consecuencia de la guerra en Ucrania: el artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2022, *Briefs de la AEDTSS*, disponible en <https://www.aedtss.com/el-alcance-de-la-prohibicion-de-despedir-como-consecuencia-de-la-guerra-en-ucrania-el-art-44-del-real-decreto-ley-6-2022/> [consulta: 13-4-2022].

prolongado mucho más de lo inicialmente previsto, o como podría ocurrir si el legislador decidiera extender la aplicación del art. 44 del RD-L 6/2022 mucho más allá de lo que se contemplaba originalmente. En este sentido, el RD-L 11/2022, de 25 de junio, ha ampliado la duración de estas limitaciones, que inicialmente se previeron para tres meses (hasta 30 de junio), pero que se han alargado seis meses más, hasta final de 2022. A mayor duración, mayor probabilidad de “cronificación” de los problemas empresariales, y, por consiguiente, de que la causa inicialmente temporal se torne en definitiva y se reactive la posibilidad de invocar lícitamente motivos objetivos para proceder a un despido.

d) El contenido de la restricción: extensión temporal y significado de “causa objetiva de despido”

En su redacción inicial, el art. 44 del RD-L 6/2022 establecía que el incremento de costes energéticos no puede “constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022”, formulación que de algún modo justifica esa denominación de “prohibición de despedir”. La expresa acotación temporal hasta el 30 de junio de 2022 no ha excluido eventuales extensiones, como sucedió con los precedentes durante la pandemia; de hecho, como ya se ha señalado anteriormente, el RD-L 11/2022, de 25 de junio, amplió la duración de esta restricción hasta 31 de diciembre de 2022.

Conviene dejar constancia de que esta prórroga no ha venido acompañada de disposiciones transitorias, o de precisiones sobre su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, es posible interpretar que la restricción al despido que afecta a las empresas que solicitaron una ayuda directa antes del 27 de junio de 2022, fecha de entrada en vigor del RD-L 11/2022, no decae el 30 de junio, como se contemplaba en el momento de la solicitud/concesión, sino el 31 de diciembre de 2022. Debe tenerse en cuenta que el RD-L 11/2022 modificó el art. 44 del RD-L 6/2022, y que ese art. 44 se decanta por una formulación autorreferencial, pues alude a las ayudas públicas “previstas en el presente real decreto-ley”, el RD-L 6/2022, sin efectuar ninguna acotación temporal que distinga entre las ayudas concedidas antes o después de su modificación.

Sin embargo, una interpretación contextual y sistemática debería conducir a otro resultado, de forma tal que esa ampliación temporal quede supeditada a la obtención de otra ayuda bajo la vigencia del nuevo marco normativo, pues una prórroga impuesta unilateralmente por el poder público (una especie de *factum principis*) suscita dudas de proporcionalidad, y quizá pudiera invocarse la cláusula *rebus sic stantibus*, porque, si bien no media un contrato entre la Administración que concede la ayuda y la empresa que la recibe, esta restricción nace como un compromiso de mantenimiento del empleo vinculado a la percepción de una ayuda. Y tampoco debería subestimarse el alcance de la libertad de empresa (art. 38 CE), ni de las libertades fundamentales de establecimiento y prestación de servicios reconocidas por el Derecho de la UE.

Por su parte, el contenido concreto de la restricción (el incremento de costes no podrá “constituir causa objetiva de despido”) genera mayores dificultades interpretativas, algunas coincidentes con las que ya apuntamos en otro lugar para la prohibición de des-

pido Covid⁶, aunque es probable que no todas las consideraciones que hacíamos en aquel momento resulten extrapolables. Recuérdese que esa limitación pandémica no admitía que la fuerza mayor o las causas ETOP vinculadas con la Covid se utilizaran como causas “justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Sin embargo, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 contiene una formulación no estrictamente equivalente (el aumento de los costes energéticos “no podrá constituir causa objetiva de despido”), que únicamente restringe el despido por circunstancias objetivas, ya sea el individual del art. 52.c) ET, ya sea el colectivo, lo que obligará a los tribunales a un esfuerzo exegético notable cuando el empresario acuda a otras causas de extinción, con previsible protagonismo de la doctrina sobre el fraude de ley.

En cualquier caso, entre el 31 de marzo y el 31 de diciembre de 2022 se reduce el catálogo de justas causas de extinción, pues las empresas que reciban ayudas directas para compensar el incremento de costes energéticos no podrán invocar esta razón para justificar un despido por fuerza mayor o por causas ETOP. Ello no equivale, por cierto, al mantenimiento del empleo en los mismos niveles, ni impide que los contratos se extingan lícitamente, siempre que se acredite otra causa distinta, como la dimisión, el despido disciplinario, la jubilación o la incapacidad permanente –del empresario o del trabajador–, y ni siquiera están vedados los despidos por causas objetivas cuando se pruebe una causa diferente a la del incremento de los costes energéticos, como puede ser la ineptitud o la falta de adaptación a las modificaciones introducidas por la empresa⁷.

De este modo, la restricción para empresas que obtengan ayudas directas por el incremento de costes energéticos se circunscribe a los despidos por causas objetivas, y no se opone a la decisión extintiva del trabajador ante un traslado o modificación sustancial, ni a la extinción de contratos temporales por expiración del tiempo convenido (o a la decisión de no prorrogar allí donde se admita), aunque pudieran conectar con los sobrecostes energéticos. Esas extinciones podían cuestionarse en el contexto de la prohibición de despedir Covid, por su mayor amplitud, pero difícilmente serán ilícitas en este nuevo escenario.

Ahora bien, muchas causas extintivas generan dudas por el alto potencial fraudulento, como el mutuo acuerdo y las causas consignadas válidamente en el contrato, el desistimiento empresarial durante el período de prueba (no en la relación laboral especial de empleados de hogar, porque ese particular empleador no disfruta de “ayudas directas”), o el despido disciplinario que se califique como improcedente. A la postre, la modalidad de despido, o de extinción del contrato, es elegida por el empleador en atención a la causa que invoca, de modo que, por ejemplo, cabría eludir esta restricción tramitando un despido disciplinario por incumplimientos del trabajador. El art. 44 RD-L 6/2022 no se activa automáticamente en esas situaciones, que exigirán pronunciamiento judicial, pero en un procedimiento donde la prueba puede resultar compleja para el tra-

⁶ Vid. Menéndez Sebastián, Paz, y Rodríguez Cardo, Iván, Límites al despido por Covid: alcance y significado de la “prohibición de despedir” y la cláusula de salvaguarda, *RTSS (CEF)*, nº 454, 2021, pp. 17-55.

⁷ Respecto de la prohibición de despedir Covid, con argumentos extrapolables a esta nueva situación, vid. SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), de 21 de mayo 2021 (Rº.676/2021), del País Vasco, de 23 de febrero de 2021 (Rº. 161/2021) y de Asturias, de 26 de enero de 2021 (Rº. 1945/2020).

bajador, y en el que no es claro si han de modificarse –invertirse– las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Ese es un camino que debe transitarse, como ya ha advertido el TS en relación con la normativa Covid⁸, tanto por el hecho de que el empresario está en mejor posición para proporcionar las evidencias correspondientes, como que en este contexto excepcional las causas de extinción del contrato deben interpretarse a la luz de las disposiciones coyunturales y de emergencia. La regla general ha de ser la continuidad de los contratos, mientras que la excepción es la extinción, pero habría sido razonable que el art. 44 RD-L 6/2022 hubiera incorporado una referencia a la extinción del contrato, en general, y no sólo al despido por causas objetivas, de forma análoga a la prohibición de despedir Covid. El tenor literal de la norma es ahora más restrictivo, y ello podría perjudicar su efectividad, aunque es imposible predecir la respuesta judicial.

Quizá incluso habría resultado más operativo incorporar una regla similar a la prevista para la cláusula de salvaguarda Covid en la DA 6ª RD-L 8/2020, y que, con carácter más estructural, ha pasado a la DA 44ª.10 LGSS. En concreto, “no se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo”. De esa forma se clarificaría qué extinciones contractuales son lícitas y cuáles no durante este contexto de emergencia, pero en defecto de regla expresa en el art. 44 RD-L 6/2022, no parece pertinente acudir a la analogía y tomar como referencia la DA 44ª LGSS para analizar la licitud de las extinciones contractuales motivadas por el incremento de costes energéticos en empresas que perciban ayudas públicas directas, pues la formulación de la cláusula de salvaguarda es de mayor amplitud y no sólo restringe el despido.

En cualquier caso, y al igual que sucedió con la pandemia, muchos de los problemas empresariales se iniciarán por los sobrecostes provocados por la guerra en Ucrania, así que la propia causa requerirá un minucioso examen, porque la relación de causalidad entre el aumento de costes energéticos y las dificultades empresariales podría no ser patente, sino más bien indirecta. De la mayor o menor extensión de esa relación de causalidad dependerá la efectividad de esta limitación a las facultades empresariales. Por supuesto, la falta de mecanismos de determinación apriorística de la causa puede habilitar vías de huida del art. 44 RD-L 6/2022. A la postre, salvo en el caso del despido por fuerza mayor, por el papel de la Autoridad Laboral, los despidos por causas objetivas se articulan y desenvuelven a nivel de empresa. Aun cuando las causas del despido colectivo pueden revisarse en un proceso de impugnación individual incluso mediando acuerdo durante el período de consultas (STC 140/2021, de 12 de julio), esas actuaciones *a posteriori* generan excesiva incertidumbre, y la respuesta final se demorará durante años ante un problema aparentemente coyuntural y de duración acotada en el tiempo.

⁸ Vid. SSTS de 22 de febrero y 20 de abril de 2022 (Rº. 232/2021 y 241/2021).

e) Consecuencias del incumplimiento

Atendiendo a la literalidad, el incumplimiento de esta limitación conlleva el “reintegro de la ayuda recibida”, consecuencia que recuerda a lo previsto en la DA 6ª RD-L 8/2020 en relación con el compromiso de mantenimiento del empleo vinculado al ERTE Covid, aunque en tal caso el objeto de la devolución/reintegro eran las cotizaciones que la empresa no había abonado gracias a la reducción disfrutada. Nótese que el primer inciso del art. 44 RD-L 6/2022 alude únicamente a la ayuda recibida, sin incremento alguno, mientras que en el contexto de la pandemia la devolución debía contener intereses y recargo, lo que sin duda motivará pronunciamientos judiciales por la eventual aplicación de la normativa recaudatoria.

Como se aprecia, el legislador se ha decantado por una configuración similar a la de la cláusula de salvaguarda Covid, y no por la responsabilidad más limitada de los nuevos ERTE estructurales (DA 44ª LGSS). En el contexto de la pandemia el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda obligaba a “reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas”, mientras que el incumplimiento del compromiso vinculado a los nuevos ERTE de los arts. 47 y 47 bis ET únicamente obliga a devolver las cantidades correspondientes “en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito”. El art. 44 RD-L 6/2022 exige, en caso de incumplimiento de esta limitación del despido hasta 31 de diciembre de 2022, “el reintegro de la ayuda recibida”, de la totalidad por tanto, con independencia del número de trabajadores despedidos y del tiempo que reste para que esa restricción decaiga, consecuencia, habida cuenta del importe de las ayudas (hasta 400.000 euros por empresa, a tenor de los arts. 25.5 y 27.4), que cabe calificar como poco proporcional, pues sufre la misma penalización el empresario que despidiera numerosos trabajadores en abril de 2022, que aquel que despidiera a un solo trabajador en la fecha de término, mientras que no sufre penalización alguna el que simplemente espere hasta el día siguiente del vencimiento del plazo (y en apariencia es económicamente más rentable aguardar hasta ese momento, inclusive aunque el despido se califique como improcedente, pues difícilmente la indemnización por despido superará a la ayuda percibida).

Por cierto, en este ámbito de las responsabilidades públicas parece que el incumplimiento de esta “prohibición” no generará sanciones administrativas, pues este supuesto no encaja entre las infracciones de la LISOS referidas a la obtención de ayudas o subvenciones públicas, que se vinculan a otra clase de incumplimientos, en particular los que afecten a obligaciones impuestas por la normativa de formación profesional o de fomento del empleo (arts. 14.4, 15.6, 16.1 y 17.3). Esta responsabilidad administrativa habría requerido una previsión expresa en el RD-L 6/2022.

Al margen de estas consecuencias en el ámbito público, cabe también plantearse cuál habría de ser la calificación de la extinción del contrato ante el incumplimiento de la limitación legal. Con carácter general, las medidas de fomento del empleo, y el mantenimiento de puestos de trabajo es una faceta o variante de dichas medidas, han exigido tradicionalmente que el empleador que se beneficiaba de ellas no extinguiera contratos durante

un determinado período, contrapartida razonable, pues es el empleador el que solicita voluntariamente el soporte público y, lógicamente, la sociedad debe recibir algún tipo de beneficio o ventaja de esas operaciones de sustento a la iniciativa privada. El incumplimiento de esos compromisos ha dado lugar a responsabilidades en el ámbito público, pero no ha mediatizado la calificación jurídica de la extinción del contrato, que se ha movido bajo los parámetros ordinarios de la legislación laboral. Por decirlo de otra manera, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el empleador con la Administración que subvencionaba o colaboraba en la contratación se sustanciaba íntegramente en el terreno de lo público, y el trabajador afectado no se veía beneficiado por una mayor indemnización ni disfrutaba de la readmisión obligatoria, pues en ese contexto estrictamente privado la decisión extintiva no llevaba aparejada un reproche jurídico mayor para el empleador. La extinción del contrato de trabajo en tales circunstancias, por tanto, merecía la calificación de procedencia, improcedencia o nulidad conforme a las reglas ordinarias.

La situación resultó parcialmente diferente durante la pandemia Covid, aunque es menester distinguir entre las dos limitaciones que entonces se adoptaron. Por un lado, el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda no parecía afectar a la calificación de la extinción del contrato, que podía producirse por múltiples causas. La Administración llegó a considerar como incumplido el compromiso, por ejemplo, por la extinción contractual derivada de la jubilación del empresario individual, lo que suponía el reintegro de las cotizaciones correspondientes, pero difícilmente cabe defender ni la improcedencia ni la nulidad de las extinciones de contratos.

En cambio, la prohibición de despido Covid sí contemplaba una consecuencia específicamente laboral, pues la pandemia no podía actuar como causa justificativa "de la extinción del contrato de trabajo ni del despido" (art. 2 RD-L 9/2020). En un sistema de despido causal la ausencia de una razón válida para la extinción aboca al despido ilícito, con dos posibles calificaciones: improcedencia y nulidad. Esa disyuntiva aún no está resuelta en los despidos por causa Covid, porque la doctrina de suplicación es contradictoria y el TS, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse, ha declarado la nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad, sin entrar a valorar las consecuencias del incumplimiento de la prohibición⁹. En principio, la respuesta que en su momento se ofrezca para las extinciones por causa Covid debería extrapolarse a los despidos derivados del incremento de los costes energéticos producto de la invasión de Ucrania, porque jurídicamente la cuestión de fondo es la misma.

Conforme a las pautas generales, esa decisión extintiva no admitida por la norma habría de calificarse como improcedente, que es la consecuencia natural de un despido sin causa lícita. Obviamente, cabría incorporar una precisión legal específica calificando como nulos los despidos que vulneren esta limitación, pues la nulidad no siempre deriva en nuestro ordenamiento de la transgresión de un derecho fundamental. En los despidos por causa objetiva, como se sabe, los defectos de forma o la escasa diligencia empresarial durante el período de consultas han conducido a la nulidad. En cambio, el legislador no

⁹ Vid. STS de 22 de febrero de 2022 (Rº. 232/2021).

ha considerado oportuno extender explícitamente esas consecuencias ni a los despidos por causa Covid, ni a los derivados de la invasión de Ucrania. Además, la jurisprudencia ha clarificado que las causas de nulidad del despido son aquellas previstas legalmente, y no el fraude de ley o el abuso de derecho¹⁰. No obstante, se aprecia un creciente interés académico y judicial en revivir la institución del despido radicalmente nulo por fraude de ley, que de algún modo hace depender la calificación de una valoración ética o moral de la decisión empresarial, de cómo de reprobable se considere el incumplimiento, y por ello se defenderá, sin duda, la nulidad del despido por causas objetivas que incumpla la limitación del art. 44 RD-L 6/2022¹¹, aunque desde una perspectiva estrictamente técnica la calificación más pertinente es la improcedencia.

Lógicamente, menores dudas deberían plantearse cuando la extinción sea producto del cierre definitivo de la empresa, supuesto en el que deben seguirse los trámites del despido colectivo si el número de afectados excede de cinco (art. 51 ET), pero en el que no existe identidad de razón con un despido colectivo, sino que se trata de una causa de extinción diferente [art. 49.1.g) ET] con reglas de procedimiento más complejas que las ordinarias del art. 49. La extinción de la personalidad jurídica de la empresa con cesación de actividad ha de suponer naturalmente la extinción de los contratos de trabajo. Las limitaciones al despido objetivo durante la pandemia o en este contexto de la invasión de Ucrania presuponen que la empresa continuará operando hacia el futuro, y no pueden impedir ni el cierre de la empresa, que es decisión del empleador, ni la consecuente extinción de contratos de trabajo. La decisión, si bien se mira, no es la de despedir a los trabajadores, sino la de finalizar la actividad¹².

En suma, esta primera restricción del art. 44 RD-L 6/2022 supone que antes y después del 31 de diciembre de 2022 (o de otra fecha futura si vuelve a extenderse esa limitación) el empleador podrá invocar causas objetivas para la extinción de contratos si no ha disfrutado de las ayudas directas previstas en esa norma, y sólo verá limitadas sus opciones hasta 31 de diciembre de 2022 si, habiendo recibido la ayuda, extingue contratos por causa del aumento de costes energéticos. Más allá de esa fecha el precepto no es operativo, sin perjuicio de que pudiera apreciarse en algún supuesto concreto fraude de ley o abuso de derecho, aunque más bien parece que las consecuencias en tal situación deberían reconducirse a la devolución del dinero público percibido y a la imputación de las responsabilidades administrativas y/o penales que procedan, sin impacto en la calificación de la extinción contractual producida una vez expirada la vigencia de esa limitación.

¹⁰ Vid. STS de 5 de mayo de 2015 (Rº. 2659/2013).

¹¹ Vid. Baylos Grau, Antonio, Las “medidas laborales” del RDL 6/2022. Continuidad de las reglas sobre el veto a los despidos de la legislación de excepción, *Briefs de la AEDTSS*, disponible en <https://www.aedtss.com/las-medidas-laborales-del-rdl-6-2022-continuidad-de-las-reglas-sobre-el-veto-a-los-despidos-de-la-legislacion-de-excepcion/>[consulta: 13-4-2022].

¹² En el contexto de la pandemia Covid, vid. SSTSJ de Madrid, de 28 de octubre 2020 (Rº. 450/2020), de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre de 2021 (Rº. 24/2020) y del País Vasco, de 5 de julio de 2021 (Rº. 1128/2021).

3. Alcance, contenido y efectos de la “prohibición de despedir” tras un ERTE por causas relacionadas con la invasión de Ucrania

El segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 dispone que “las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos”. Pese a la ausencia de nítida separación formal –no se numeran en apartados distintos–, este segundo inciso del art. 44 establece una restricción a las facultades empresariales con un contenido y alcance propios, cuya correcta configuración requiere despejar varias incógnitas. En primer lugar, la modalidad de ERTE que activa la limitación. En segundo lugar, qué debe entenderse por “causas relacionadas con la invasión de Ucrania”. En tercer lugar, el concepto y alcance de “apoyo público”. En cuarto lugar, la duración. En quinto lugar, el ámbito subjetivo de aplicación. En sexto lugar, las modalidades de extinción que resultan temporalmente deshabilitadas. Y en séptimo lugar, las consecuencias del incumplimiento.

a) Rasgos particulares y diferenciación de la prohibición de despedir por la obtención de ayudas directas

Como se vio, el primer inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 se dirige exclusivamente a las empresas que disfruten de “ayudas directas”. En cambio, el segundo limita su ámbito de aplicación a aquellas empresas que hayan solicitado previamente un ERTE por razones vinculadas con la situación en Ucrania. A primera vista, podría parecer que en este contexto derivado del conflicto en Ucrania se han trasplantado las medidas adoptadas con éxito durante la pandemia Covid, de modo que el primer inciso se inspiraría en la prohibición de despedir por causa Covid y el segundo en la cláusula de salvaguarda. Sin embargo, no cabe efectuar ese paralelismo. Ni la primera limitación de ese art. 44 recoge una restricción equiparable a la prohibición de despedir Covid, ni el segundo inciso incorpora una cláusula de salvaguarda.

Bien mirado, el art. 44 del RD-L 6/2022 no reduce *per se* el abanico de opciones legales a disposición del empresario en dificultades. La empresa que acredite fuerza mayor o causas ETOP podrá adoptar las medidas que la legislación laboral contempla, inclusive el despido, en el bien entendido de que se cumplen las condiciones pertinentes, y en particular la conexión de funcionalidad. Las medidas de flexibilidad interna no son ya la única opción, porque no se ha creado un ordenamiento paralelo, o una burbuja normativa, equiparable a la pandémica.

El empleador sólo verá reducidas sus opciones, en primer lugar, si decide solicitar, y le es concedida, una ayuda directa, escenario ya analizado. Por su parte, el segundo inciso entrará en juego cuando el empleador se haya acogido a un ERTE, con independencia de que resulte o no beneficiario de una ayuda directa. Dicho de otro modo,

mientras las medidas de flexibilidad interna durante la Covid se convertían prácticamente en una imposición legal, y con ello la prohibición de despedir, los ERTE y la cláusula de salvaguarda eran tres eslabones de un mismo engranaje (la prohibición conducía a los ERTE y estos a la obligación de mantenimiento del empleo), la opción legal durante este conflicto bélico es mucho menos intrusiva, pues sólo se limitan las facultades empresariales cuando es el propio empleador el que recurre voluntariamente a la Administración solicitando apoyo económico, por una u otra vía.

Ahora bien, es factible no solicitar ese apoyo y adoptar otras medidas, a diferencia de la situación durante la pandemia, donde no acudir al ERTE podía desembocar en la cesación de actividad temporal –sin un resorte legal para evitar el pago de salarios–, con clara amenaza para la supervivencia de la propia empresa. Por consiguiente, esta segunda limitación introducida en el art. 44 RD-L 6/2022 cuenta con perfiles propios, y es novedosa, aunque, por las consecuencias y responsabilidades que de ella derivan, recuerda más a la “prohibición de despedir” que a la cláusula de salvaguarda.

b) El ERTE ordinario como presupuesto de activación

Significativamente, el legislador ha preferido no regular un ERTE diseñado para esta situación –“bélico”, “ucraniano” o “energético”–, a diferencia de lo ocurrido durante la pandemia, porque entiende que la reciente reforma laboral proporciona un marco adecuado. Como se sabe, el ET contempla ahora dos clases de ERTE, el ordinario o estructural del art. 47 y los extraordinarios o coyunturales para atender crisis sistémicas o sectoriales del art. 47 bis, que requieren activación específica. Mientras esa activación no se produzca, o en los ámbitos en los que no esté activado, ese Mecanismo RED –y el ERTE RED– permanece durmiente o en *stand-by*. Hasta el momento, esa activación únicamente ha tenido lugar para el sector de las agencias de viaje y operadores turísticos –modalidad sectorial, por tanto–, con una duración de 1 de abril a 31 de diciembre de 2022 (Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo). El legislador ha renunciado a activar el Mecanismo RED para atender las consecuencias provocadas por la invasión rusa de Ucrania, quizá porque ese Mecanismo se sustenta en un Fondo específico, de muy reciente creación (DA 5ª RD-L 4/2022, de 15 de marzo), y que todavía no cuenta con los recursos económicos suficientes para afrontar una situación que demandará un notable esfuerzo público.

En ese contexto, el art. 44 RD-L 6/2022 remite al art. 47 ET, y no al art. 47 bis, lo que supone que el impacto en las empresas de las consecuencias de la invasión de Ucrania debe articularse a través de la fuerza mayor o, de forma más apropiada, de una causa ETOP. La concreta causa, por cierto, es determinante, pues de ella dependerá la mayor o menor generosidad de las reducciones en la cotización, pero la causa no es un elemento con trascendencia para la operatividad de esta restricción al despido, que se condiciona, exclusivamente, a que la empresa haya acudido a un ERTE del art. 47 ET (con apoyo público) por motivos relacionados con la invasión de Ucrania. Ello entronca con el se-

gundo de los interrogantes antes planteados, pues no cualquier ERTE lleva aparejada la restricción de los despidos por causa objetiva, sino únicamente los motivados por la crisis económica y de suministros que ha provocado esa disputa.

c) Las consecuencias de la invasión de Ucrania como fundamento de la limitación

La expresión por la que se ha decantado el legislador –“causas relacionadas con la invasión de Ucrania”– adolece de una elevada dosis de generalidad y encierra dificultades interpretativas a las que en este momento no cabe responder con certeza. En verdad, presenta claras reminiscencias con el contexto Covid, pues el art. 23 del RD-L 8/2020 utilizaba una expresión similar, causas “relacionadas con el Covid-19”, para delimitar el alcance de los ERTE Covid, y si bien en aquel período inicial (marzo de 2020) era evidente que las dificultades empresariales derivaban de la pandemia, y en particular del confinamiento, con el tiempo las interpretaciones resultaron más complejas, pues la pandemia influía decisivamente en la situación económica, pero no siempre las dificultades empresariales eran consecuencia directa del Covid. Es probable que el escenario se repita, y ello obligará a precisar cómo se determina la relación de causalidad entre el problema empresarial y el conflicto bélico, pues a medida que transcurra el tiempo esa causalidad será menos directa y evidente.

Como se indicaba en el epígrafe anterior, no existen mecanismos que permitan efectuar esa delimitación *a priori*, y ante causas ETOP será el empleador, principalmente, el que dé forma a la causa, por lo que, sin perjuicio de su revisión judicial posterior, si la causa se presenta de tal manera que no se vincule con la invasión de Ucrania y ese ERTE no se impugna, podrían encontrarse obstáculos procesales para que el juez aplicase la limitación contenida en este segundo inciso del art. 44 RD-L 6/2022 en un posterior despido por causas objetivas, pues ello obligaría a valorar la causa en la que se fundó un ERTE que formalmente no se conectó con la invasión de Ucrania. En cualquier caso, parece pertinente acudir a la doctrina jurisprudencial elaborada en relación con la prohibición de despedir Covid, que ha declarado inaplicable esa limitación cuando las dificultades empresariales comenzaron con anterioridad a la pandemia y devienen estructurales¹³; ese criterio es operativo también en esta nueva situación si la invasión de Ucrania agudiza el problema empresarial, pero no es propiamente la causa, ni tampoco provoca una dificultad de carácter coyuntural.

Por otro lado, cabe plantearse si esa causalidad puede ser apreciada en todos los sectores de actividad, y respecto de cualquier empresa, o solamente en aquellos sectores mencionados en el RD-L 6/2022, o en los que en el futuro se identifiquen como principales damnificados. Es decir, cabría adoptar una interpretación más restrictiva, en la que esas causas relacionadas con la invasión de Ucrania conecten directamente con el incremento de costes energéticos, o una interpretación más amplia, que ofrezca mayor

¹³ Vid. SSTs de 18 de febrero y 16 de marzo de 2022 (Rº. 229/2021 y 265/2021).

margen de maniobra. Es probable que haya de apostarse por una interpretación amplia, porque el segundo inciso del art. 44, precisamente, evita vincular los ERTE a los costes energéticos al preferir otra formulación, y porque no todas las dificultades empresariales derivarán del incremento de los precios de la energía. A modo de ejemplo, las medidas, de corte más bien punitivo, contra intereses económicos y financieros del Estado ruso o de personas muy significadas de esa nacionalidad, provocarán la ruptura de contratos o la paralización de inversiones, con consecuencias para el empleo, y difícilmente podrá argüirse que esa no es una causa “relacionada con la invasión de Ucrania”. Y un argumento similar podría utilizarse para las extinciones contractuales que, derivadas de la finalización o resolución por parte de una empresa principal de acuerdos de subcontratación o colaboración debido a esas circunstancias, tengan lugar en las empresas subcontratistas/ colaboradoras ante la falta sobrevinida de actividad, pues aunque el origen pueda deberse a la invasión de Ucrania, la causa inmediata es la pérdida de actividad por la finalización o no renovación de los pertinentes acuerdos mercantiles.

Cierto es que la extensión de la relación de causalidad que derive en una suerte de equivalencia de las condiciones, o causalidad infinita, permitiría encajar en esa expresión prácticamente cualquier problema empresarial, pues el incremento de costes energéticos y de materias primas y los problemas de distribución y reparto de mercancías dan lugar a una subida general de precios, y de la inflación, sin un aumento equivalente de los salarios, lo que repercutirá en el consumo. En último término, ese escenario generará dificultades empresariales en todos los ámbitos productivos, pero no todas ellas deberían encajar en este art. 44 RD-L 6/2022 por más que su origen se encuentre en el conflicto bélico.

La litigiosidad resultará inevitable, porque la mayor parte de los ERTE derivarán de causas ETOP, y por tanto no requerirán una intervención decisiva de la Administración como sucede en los supuestos de fuerza mayor, en los que la Autoridad Laboral podría delimitar la causa y su relación con la situación de Ucrania. Quizá el informe de la Inspección de Trabajo pudiera jugar un papel relevante, así como la documentación que el empleador ha de proporcionar a los representantes durante el período de consultas. No obstante, en el despido objetivo los controles públicos y las exigencias procedimentales resultan sustancialmente menores.

d) El “apoyo público” durante el ERTE como segundo presupuesto de activación

La restricción de las facultades empresariales no sólo se vincula a que el ERTE esté basado en causas relacionadas con la invasión de Ucrania, sino también a que el empresario se haya beneficiado de “apoyo público”, expresión de contornos equívocos y con un significado más complejo de precisar que el de “ayudas directas”. En verdad, dentro del contexto del RD-L 6/2022 esa expresión de “apoyo público” parece muy ligada a la de “ayudas directas”, pues tales “ayudas directas” se financian a través de créditos que se enmarcan en programas de “apoyo público”, como se deduce de los arts. 4, 19 o 20. La diferente formulación se justifica porque esos programas de “apoyo público” no sólo sufragan

ayudas directas, sino otras medidas económicas y financieras, como bonificaciones en carburantes o combustibles, anticipos a cuenta o reducciones en la factura eléctrica.

A partir de esa interpretación, cabría incluso defender que las medidas contempladas en el RD-L 6/2022 cuentan con una regulación completa y acabada que permite dar respuesta a la mayor parte de interrogantes, pues, en suma, los ERTE vinculados con la invasión de Ucrania y que activarían la prohibición de despedir por causas objetivas serían únicamente aquellos que afectasen a empresas que se hayan beneficiado de las medidas de apoyo –en forma de ayudas directas o de cualquier otro tipo– contempladas en esa norma. El ámbito de aplicación quedaría, así pues, perfectamente delimitado y circunscrito a esa norma.

Sin embargo, ese segundo inciso del art. 44 alude únicamente a “apoyo público”, y no, por ejemplo, a las medidas de apoyo público “previstas en el presente real decreto-ley”, que es, precisamente, la fórmula contenida en la primera fase de ese mismo precepto. Esa diferencia da pie a defender que esa expresión “apoyo público” debe también comprender otras medidas de asistencia económica que, en el marco de los ERTE, claramente remiten a las reducciones en las cuotas (DA 44ª LGSS). Más allá de que el empleador que se acoja al ERTE pueda renunciar a ellas, parece difícil defender que estas bonificaciones no encajan en el concepto de apoyo público del art. 44 del RD-L 6/2022, y, con ello, el ámbito de aplicación de esta limitación al despido ya no podría circunscribirse a las empresas que hayan recibido las ayudas o ventajas económicas previstas en esa norma, sino a cualesquiera empresas que se acojan a un ERTE y o bien hayan disfrutado de tales ventajas económicas, o bien de beneficios de cotización (o de cualesquiera otros incentivos, incluso los vinculados a los procesos formativos de trabajadores durante el expediente temporal). La primera de las interpretaciones, que constriñe la aplicación del art. 44 del RD-L 6/2022 a los estrictos contornos de esa norma, proporciona mayor seguridad jurídica, pero limita la efectividad en la protección de los trabajadores, mientras que la segunda extiende notablemente las restricciones al despido a costa de generar mayor incertidumbre.

e) Dimensión temporal

A diferencia de lo previsto en el primer inciso del art. 44 –que impide a la empresa acudir al despido por causas objetivas desde el reconocimiento de la ayuda directa hasta el 31 de diciembre de 2022–, el segundo no ofrece ninguna precisión sobre su vigencia y operatividad, ni inicial, ni final. Por consiguiente, es posible defender que los ERTE anteriores a la entrada en vigor del RD-L 6/2022 que puedan estar relacionados con la invasión de Ucrania se ven afectados sobrevenidamente por esta limitación (en el bien entendido de que seguían vigentes a 31 de marzo de 2022), aunque seguramente esa sea una interpretación excesiva, porque el precepto se refiere a las empresas “que se acojan”, expresión en la que no parecen encajar las empresas que “ya se habían acogido” a un ERTE con anterioridad.

En esa clave de futuro, la norma tampoco establece un límite temporal para la operatividad de esas causas relacionadas con la invasión de Ucrania. Es probable que en un principio el art. 44 del RD-L 6/2022 alcance a numerosas empresas, pues, en el marco de los sectores identificados por esa norma, muchas habrán solicitado las ayudas directas, o habrán iniciado un ERTE bonificado (medidas compatibles, por cierto). En el caso del ERTE por causas relacionadas con la guerra de Ucrania, la limitación al despido no se activa exclusivamente durante la vigencia del ERTE, sino que está concebida para irradiar efectos más allá de su expiración, pero sin una fecha final, de modo que la empresa que haya disfrutado de un ERTE con apoyo público no podría, en apariencia, acudir al despido por causas objetivas derivadas de la invasión de Ucrania, al menos mientras el RD-L 6/2022 siga en vigor.

Por supuesto, el empresario cuenta con todas sus facultades intactas si acredita motivos diferentes, pero de lo contrario el ERTE por causas relacionadas con la invasión de Ucrania impediría un despido objetivo *sine die* por esas circunstancias, toda vez que, en este momento (junio de 2022) no es posible conocer ni predecir cuánto durarán los efectos de esta situación, por lo que esta restricción podría continuar operativa durante mucho tiempo. Esa es una consecuencia particularmente gravosa si no se introducen las necesarias cautelas y reglas de proporcionalidad, pues abocaría a un escenario confuso, jurídicamente cuestionable por el sacrificio indefinido de la libertad de empresa, y de consecuencias económicas impredecibles, con grave riesgo para la viabilidad de muchas empresas y, a la postre, del empleo, como ya se ha puesto de manifiesto tras la pandemia¹⁴.

Una restricción al despido de esta índole únicamente se justifica en tanto que la causa que acredita la empresa siga contando con carácter temporal, y no cuando objetivamente se ha convertido en estructural. Esa es la interpretación que ha prevalecido en relación con las crisis empresariales durante la pandemia, y la que también debe imponerse en este nuevo escenario, de forma tal que si la empresa pasa por dificultades, aun relacionadas en su inicio con la invasión de Ucrania, recuperaría íntegramente sus facultades organizativas y directivas si tales problemas se consolidan o cronifican, deviniendo en estructurales. En líneas generales, la jurisprudencia más reciente valora si las dificultades inicialmente temporales se han convertido en estructurales, por su excesiva duración y por la agravación que hace inviable la continuidad del proyecto empresarial, lo que desactivaría la prohibición coyuntural de despedir y reactivaría las facultades extintivas¹⁵, en una doctrina plenamente aplicable a este nuevo escenario, sin perjuicio de que sean necesarias las pertinentes adaptaciones en relación con la delimitación concreta de las causas o con sus efectos sobre el procedimiento del despido colectivo (cómputo del umbral numérico, afectación a uno o varios centros de trabajo o al conjunto de la

¹⁴ Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, Del (dulce) sueño de los ERTEs al (abrupto) despertar del concurso, *RTSS (CEF)*, nº 455, 2021, pp. 167 y ss.

¹⁵ Vid. SSTs de 16 de diciembre de 2021 (Rº. 210/2021), de 15 de diciembre de 2021 (Rº. 196/2021), 16 de diciembre de 2021 (Rº. 210/2021) y de 18 de febrero de 2022 (Rº. 229/2021).

empresa, etc.). Sobre ello abundamos en otro lugar en relación con el contexto Covid, consideraciones que *mutatis mutandis* resultan plenamente extrapolables aquí¹⁶.

Ahora bien, cabría poner en cuestión que este segundo inciso del art. 44 introduzca una novedad cualitativamente relevante, pues, en último término, esta jurisprudencia que se acaba de mencionar se construía sobre el presupuesto de que adoptado un ERTE la misma causa no justifica un despido colectivo. Es decir, es un criterio jurisprudencial que crea una excepción cuando la causa que motivó el ERTE ha devenido estructural. Desde esa perspectiva, el segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022 podría incluso considerarse superfluo, pues si la causa que derivó en el ERTE sigue manteniendo carácter coyuntural, no se admitiría el despido colectivo, convirtiendo en redundante ese segundo inciso del art. 44.

Quizá cabría dotarlo de un significado distinto conectando las dos limitaciones de ese art. 44, de forma tal que la primera prohibición de despedir pretende dirigir a la empresa afectada a un ERTE, y por ello estas causas relacionadas con la invasión de Ucrania contarían con operatividad para justificar el ERTE hasta 31 de diciembre de 2022. El RD-L 6/2022 daría lugar a una burbuja normativa que tendría sentido en sí misma y no requeriría articulación con normas estructurales. Incluso cabría pensar que esa es la *voluntas legis* (aunque habría que dilucidar si esa fecha se refiere a la solicitud/adopción del ERTE o a la finalización de sus efectos), pero desde luego no es esa la conclusión que se extrae del tenor literal del art. 44, que formalmente contempla dos reglas distintas y no interconectadas, cada una con su particular fisonomía y problemas interpretativos. En función de la duración del conflicto, del impacto –desconocido– de sus consecuencias y de la interpretación de la expresión “causas relacionadas con la invasión de Ucrania” no sería descartable que la posibilidad de acogerse a un ERTE de esta índole pudiera estar abierta durante muchos meses (o años), aunque en ese escenario la probabilidad de nuevas intervenciones normativas que alteren el marco legal es muy alta.

f) Ámbito subjetivo: espectro de trabajadores amparados por la restricción

Como se dijo, la limitación contemplada en el segundo inciso del art. 44 RD-L 6/2022, pese a vincularse a un ERTE, no puede ser equiparada con la cláusula de salvaguarda que nació para los ERTE Covid y ahora, con carácter general, se recoge en el art. 47.7.e) ET. Recuérdese que la cláusula de salvaguarda es nominal, protege por tanto a los trabajadores “afectados” al ERTE durante los seis meses siguientes a su finalización, cuyo contrato no se puede extinguir salvo por causas tasadas (DA 44.10 LGSS), mientras que el art. 44 RD-L 6/2022, en este segundo inciso, no ampara exclusivamente a los trabajadores afectados por el ERTE, sino a cualesquiera trabajadores de la empresa (incluso contratados posteriormente). Se trata, por consiguiente, de una limitación más cercana a

¹⁶ Vid. Menéndez Sebastián, Paz, Las facultades extintivas del empresario en la era Covid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193 y ss.

una prohibición de despedir, pues el empleador no sólo tendría vedada la extinción por causas objetivas de los trabajadores incorporados al previo ERTE, sino de cualquier otro trabajador de su plantilla.

g) Modalidades de extinción prohibidas y consecuencias del incumplimiento

Respecto de las últimas dos dudas interpretativas antes enunciadas, relativas a las modalidades de extinción que se encuentran temporalmente vedadas y a las consecuencias del eventual incumplimiento, es oportuna la remisión, en términos generales, a lo ya indicado para la primera de las prohibiciones [2.d) y 2.e)]. Es cierto que el segundo inciso no se refiere explícitamente al despido objetivo o colectivo, pero alude a las causas del ERTE, causas ETOP o de fuerza mayor, por lo que cabe reproducir las consideraciones precedentes.

Con todo, se aprecia una significativa diferencia en cuanto a las responsabilidades, porque el segundo inciso no contempla la devolución del “apoyo público” percibido. Podría argüirse que si la empresa es beneficiaria de una ayuda directa y procede a un despido objetivo la primera restricción del art. 44 exige su devolución, pero eso únicamente ocurrirá hasta el 31 de diciembre de 2022. O que los ERTE con bonificaciones de cuotas llevan aparejada la cláusula de salvaguarda, cuyo incumplimiento exige la devolución de las cuotas correspondientes (DA 44ª LGSS); pero esa es una garantía nominal que sólo beneficia a los trabajadores afectados por el ERTE y que expira a los seis meses de la conclusión del ERTE (plazo que quizá pudiera considerarse razonable para desligar la causa del ERTE de la de un despido posterior, pero no hay sustento legal claro para apoyar esa interpretación). Por consiguiente, la devolución de las ayudas públicas –directas o indirectas– no sería consecuencia de lo dispuesto en este segundo inciso del art. 44 del RD-L 6/2022, sino de otras normas o preceptos diferentes que contemplen explícitamente esa consecuencia.

4. Una duda legítima a modo de conclusión: ¿la reforma laboral de 2021 ha priorizado jurídicamente las medidas de flexibilidad interna?

Conforme a la normativa precedente y a la jurisprudencia que la interpretaba, el empleador disfrutaba de un margen de apreciación muy amplio para afrontar las dificultades. El TS llegó a afirmar que, “mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a

traducirse en un juicio de “oportunidad” que exclusivamente corresponde dirección de la empresa”¹⁷.

La pandemia Covid alteró esa configuración, al restringirse temporalmente las facultades empresariales de extinción del contrato en una coyuntura negativa con ciertos ingredientes de excepcionalidad. Esa fue una medida muy razonable, y acertada, durante la pandemia, pero de algún modo resulta sorprendente que, una vez expirada la vigencia de la prohibición de despedir Covid, el legislador se haya decantado nuevamente por una limitación con ciertas similitudes, pues, aparentemente, la reforma laboral operada por el RD-L 32/2021 había modificado el marco normativo precedente.

En efecto, la Exposición de Motivos de esa norma advertía que los ERTE se convertían en una “fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”. En esa línea, el art. 47 ET ya no se refiere simplemente a fuerza mayor o a causas ETOP, como hacía antaño, sino que alude a la fuerza mayor “temporal” y a las causas ETOP “de carácter temporal”, referencias que refuerzan esa aparente prioridad de los mecanismos de flexibilidad interna y de las que cabría deducir que se ha modificado la configuración tradicional y que el empleador ya no puede decidir libremente entre unas medidas u otras, sino que sólo cabrá acudir a la extinción de contratos ante causas definitivas, mientras que en coyunturas temporales debe necesariamente decantarse por otras medidas. Dicho de otro modo, la reforma laboral habría dado lugar a un cambio de paradigma al introducir indirectamente una prohibición de despedir por causas temporales.

Esa es una interpretación muy atractiva, y que quizá pueda asimismo sustentarse en la ya aludida doctrina jurisprudencial que últimamente, sobre todo en el contexto de la pandemia Covid¹⁸, aunque también al margen de ella¹⁹, distingue explícitamente entre causas temporales y causas estructurales. Es probable, no obstante, que el TS no haya alterado la doctrina tradicional que reconoce al empleador la facultad de decidir entre distintas medidas cuando acredita la causa. Esta doctrina reciente está concebida, más bien, para evitar que el empleador deba insistir en la adopción reiterada de medidas temporales que se han demostrado ineficientes, pues en todas las sentencias el empleador había tomado previamente medidas de flexibilidad interna con resultados infructuosos. En esas condiciones, el empleador debe poder recuperar el abanico de opciones que le reconoce la legislación laboral para poder afrontar con mayores garantías las adversidades. Si ese es el propósito de esa doctrina jurisprudencial, y así lo parece, no cabe deducir de ella que se ha alterado el criterio tradicional que reconoce al empleador la facultad de elección cuando concurre la causa y no se ha introducido una limitación expresa, como sucedió en la pandemia Covid y ha ocurrido después ante las consecuencias de la invasión de Ucrania.

Ahora bien, estas dudas sobre el eventual cambio de doctrina jurisprudencial no serían relevantes si se acepta que el legislador ha procedido a una modificación sustantiva y cualitativa, pues la reforma laboral tenía como objetivo declarado, precisamente, alterar

¹⁷ Cfr. STS de 17 de marzo de 2014 (Rº. 32/2014).

¹⁸ Vid. SSTS de 18 y 22 de febrero, 16 de marzo y 20 de abril de 2022 (Rº. 229/2021, 232/2021, 265/2021 y 241/2021).

¹⁹ Vid. STS de 9 de septiembre de 2020 (Rº. 13/2018).

el paradigma tradicional. Si ello es así, y se da por tanto crédito a la Exposición de Motivos del RD-L 32/2021, resulta sorprendente que el art. 47 ET no ofrezca ninguna pauta para dilucidar cuándo la causa es temporal y cuándo es definitiva, y que la definición de las causas no haya sufrido adaptación o modulación alguna, pues son las mismas que justifican un despido colectivo (art. 51), con una pequeña diferencia en relación con el número de trimestres que se toman como referencia para determinar si existe causa económica.

El legislador se ha limitado a introducir una referencia a la temporalidad, pero sin concretar los parámetros que determinan ese carácter temporal, ni ofrecer instrumentos para efectuar tal valoración *a priori*, ni para identificar al sujeto competente o capacitado para ello, con la incertidumbre que genera para el sistema, especialmente si se llega a la conclusión de que un ERE fundado en una causa temporal habrá de considerarse nulo, lo que obliga a recurrir siempre a la vía judicial. Teniendo en cuenta que, por lo general, toda circunstancia tiene carácter temporal, la inseguridad jurídica es inaceptable, porque ni siquiera la concurrencia de la causa económica por disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos en comparación con los del año anterior justificaría un despido colectivo, pese a la literalidad del art. 51 ET, cuando la causa fuera temporal.

En ese contexto de incertidumbre, las dos nuevas “prohibiciones de despedir” derivadas de las consecuencias de la invasión de Ucrania provocan cierta perplejidad, porque apenas tres meses después de la aprobación de la reforma laboral parecen contradecir ese alcance “alternativo y prioritario” de las medidas de flexibilidad interna. Por supuesto, el art. 44 del RD-L 6/2022 contaría con pleno sentido si meramente exigiera la devolución del dinero público recibido en caso de extinciones contractuales, para evitar el enriquecimiento injusto del empresario. Pero la restricción al despido por causas objetivas es una consecuencia jurídica de mucha mayor envergadura y que parece contradecir una de las finalidades declaradas de la reforma laboral de 2021.

En efecto, y partiendo de la premisa de que las consecuencias de la invasión de Ucrania tienen carácter temporal, las dificultades empresariales provendrían o bien de fuerza mayor temporal o bien de causas ETOP de carácter temporal. Ese escenario se adapta perfectamente a lo dispuesto por la nueva redacción del art. 47 ET, de modo que el empresario no podría acudir al despido objetivo o colectivo, porque la causa no es estructural o definitiva, sino que se vería abocado a una medida de flexibilidad interna, como el ERTE, por su novedoso carácter “prioritario” sobre la extinción del contrato.

Sin embargo, el legislador demuestra que esa “prioridad” legal no es real, o al menos que el propio legislador no está convencido de ella. Es significativo que tanto la norma que procedió a la reforma laboral como la que ha introducido estas “prohibiciones de despedir” por la invasión de Ucrania sean reales decretos-ley provenientes del Gobierno. La filosofía y finalidad deberían coincidir. Si la reforma laboral hubiera dado lugar a un cambio de paradigma, las consecuencias de la invasión de Ucrania no permitirían, al menos por el momento, que las empresas extinguieran contratos por una causa relacionada con esa particular coyuntura, siendo irrelevante que se beneficien de fondos públicos. La causa es temporal, y por ello no cabrían medidas definitivas.

Sin embargo, el art. 44 del RD-L 6/2022 únicamente restringe el despido por causas objetivas para las empresas que reciban ayudas directas o para las que hayan apostado por un ERTE con apoyo público, lo que hace muy difícil sostener que la reforma laboral ha operado un cambio en los parámetros tradicionales y constreñido las opciones del empleador que decida no solicitar esas ayudas o no acudir a un ERTE. Por supuesto, habrá que esperar a que el asunto se plantee ante los tribunales, pero este art. 44 del RD-L 6/2022 puede ser invocado como una suerte de “interpretación auténtica” que rebajará el impacto de la modificación del art. 47 ET.

En verdad, se aprecia una evidente contradicción entre el propósito declarado de la reforma laboral de 2021/2022 y el art. 44 del RD-L 6/2022, por lo que cabe concluir que el legislador de la reforma o bien fue excesivamente grandilocuente y optimista en relación con la prioridad de las medidas de flexibilidad interna, o bien no confía en que dicha prioridad –que formalmente sólo se recoge en la Exposición de Motivos– se consolide mientras no cuente con el sustento de los tribunales, y ha preferido adoptar medidas explícitas y más contundentes. Sea como fuere, de la valoración conjunta del art. 47 ET y del art. 44 del RD-L 6/2022 únicamente cabe deducir que en defecto de limitaciones específicas a la extinción de contratos, la reforma laboral no ha alterado el contenido y alcance del poder de dirección en lo relativo a la adopción de medidas a disposición del empleador una vez que acredita la causa pertinente.

La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido*

Illicit evidence in the labor process. Its effects on dismissal

Juan Antonio Altés Tárrega

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València. Estudi General

ORCID ID: 0000-0003-1530-8545

Fernando Fita Ortega

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València. Estudi General

ORCID ID: 0000-0001-5462-6859

Recibido: 18/4/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7063>

Resumen:

El presente trabajo se adentra en la espinosa cuestión de los efectos de la prueba ilícita en el procedimiento laboral, especialmente en los procedimientos de despidos. Se trata de una cuestión controvertida que ha llevado a tomar posturas contrarias en la doctrina judicial, tomando como base para sus argumentaciones las mismas fuentes jurídicas, lo que nos ponía a la espera de que un tribunal superior tomara una decisión al respecto que unificara esta doctrina. El Tribunal Constitucional ha podido hacerlo en la STC 61/2021 y, sin embargo, ha optado por un juicio salomónico que deja la decisión final en manos del Tribunal Supremo. A lo largo de este estudio se analiza tanto el régimen jurídico de la prueba ilícita como las soluciones judiciales que califican sus efectos con el fin de avanzar la posible solución del Tribunal Supremo.

Palabras clave:

prueba ilícita; despido; nulidad; improcedencia.

Abstract:

This paper delves into the thorny issue of the effects of unlawful evidence in labour proceedings, especially in dismissal proceedings. This is a controversial issue that has led to opposing positions in judicial doctrine, using the same legal sources as a basis for their arguments, which has made us wait for a higher court to decide on the matter that would unify this doctrine. The Constitutional Court could have done so in STC61/2021 and, nevertheless, opted for a Solomonian judgement that leaves the final decision in the hands

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

of the Supreme Court. Throughout this study, both the legal regime of unlawful evidence and the judicial solutions that qualify its effects are analysed in order to advance the Supreme Court's possible solution.

Keywords:

unlawful evidence; dismissal; invalidity; unfairness.

Introducción

La Constitución Española incluye, dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho de los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Este derecho se desarrolla en la normativa procesal reconociendo el derecho de las partes en el proceso a servirse de cuantos medios de prueba, de entre los legalmente admisibles, que necesiten, con objeto de acreditar los hechos controvertidos o que requieran prueba (art. 90.1 LRJS). No obstante, esta facultad se encuentra limitada. De una parte, no cabe admitir aquellas pruebas que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, o por tratarse de actividades prohibidas por ley, hayan de considerarse impertinentes, ni aquellas inútiles que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283 LEC). De otra, tampoco son admisibles las pruebas ilícitas, objeto de estudio, por tratarse de pruebas en cuya obtención se hubiesen vulnerado derechos fundamentales (art. 287 LEC y 90.2 LRJS).

Los efectos derivados de la falta de observancia de las anteriores reglas en materia probatoria son bien diferentes, pues, mientras que en el caso de las pruebas impertinentes no se prevé ninguna consecuencia en relación con su indebida admisión, en relación con la prueba ilícita procederá la declaración de nulidad de la prueba, lo que suscita el debate de la posible extensión de la contaminación de la nulidad al resto del procedimiento.

La prueba ilícita aparece en varios preceptos de nuestra legislación procesal. Así, el artículo 287 LEC, intitulado "*ilicitud de la prueba*", se refiere a las pruebas admitidas que se hubieran obtenido vulnerando derechos fundamentales. De otro lado, el artículo 283.3, bajo la rúbrica "*impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria*", se refiere a la inadmisión de cualquier actividad prohibida por la ley. Por su parte, el artículo 90.2 de la LRJS vincula la ilicitud de la prueba a que la misma tenga su origen o que se hubiera obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Y, finalmente, el artículo 11.1 de la LOPJ niega toda eficacia probatoria a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

En cualquier caso, debemos distinguir entre aquellas pruebas que resultan contrarias a la ley ordinaria y las que poseen una relevancia constitucional, al suponer una lesión de derechos y libertades fundamentales, pues solamente respecto de estas últimas se establece que no podrán surtir efecto alguno (art. 11.1 LOPJ)¹. Esta medida persigue di-

¹ Es el caso de la SAN 6 febrero 2019 (Proc. núm. 318/2018, Sala de lo Social) sobre la nulidad de la implantación del sistema de geolocalización previsto por la empresa, por considerar la Sala que no supera el juicio de proporcionalidad al no resultar la medida, en el caso debatido, el juicio de necesidad, existiendo

suadir, a las partes de un proceso, de la infracción de los derechos fundamentales, ya que no les interesará de ningún modo hacerlo debido a la imposibilidad de obtener ventajas de esa actuación de cara a lograr posteriormente el convencimiento del tribunal². Por el contrario, la falta de cumplimiento, en la obtención de la prueba, de aquellas normas que no impliquen una vulneración de los derechos fundamentales solamente podrá alcanzar relevancia constitucional desde la perspectiva de la prohibición de la indefensión³.

Así pues, pese a la literalidad del artículo 283.3 LEC, que da a entender que prueba ilícita es toda aquella que se obtiene o practica con infracción de cualquier precepto legal, incluso de la legalidad ordinaria, debemos concluir con la SAP de Madrid de 13 de mayo 2008 (R^o 236/2008, Sala de lo Civil)⁴ que este precepto no establece un concepto amplio de prueba ilícita, puesto que *el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad*, lo que comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales, tal y como sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos⁵. En definitiva, como tempranamente avanzase el Tribunal Constitucional, siendo la prueba un derecho fundamental (art. 24.2 CE), su ejercicio solo puede ser limitado por el deber de respeto que merecen otros derechos de la misma categoría, sin que exista un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita⁶.

El concepto de *medios de prueba pertinentes* al que se refiere el art. 24.2 de la Constitución pasa de esta forma a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales⁷. De este modo, tal y como destacamos en la conclusión de este trabajo, debe exigirse al juez de instancia, que es quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, que inadmita la proposición de pruebas que se hubieran obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

medias alternativas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados. Igualmente, entre muchas otras, STSJ de Madrid de 13 mayo 2016 (R^o 282/2016, Sala de lo Social) sobre examen de disco duro de ordenador que dio lugar a acceder a una cuenta privada del trabajador.

² González-Cuéllar Serrano, Nicolás., *La prueba en el proceso administrativo*, Madrid, Colex, 1992, pp. 75 y 76.

³ STC 64/1986, de 21 de mayo.

⁴ Recogida por la STS de 6 febrero de 2013 (R^o 61/2010, Sala de lo Civil).

⁵ Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Barcelona, Marcial Pons, 2009, p. 84.

⁶ STC 114/1984, de 21 de diciembre, en la que se indica que *la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos*. En todo caso, la más reciente STC 97/2019, de 16 de julio, ha suscitado numerosas críticas y dudas acerca del mantenimiento de la doctrina sustentada en la STC 114/1984, tal y como posteriormente se analiza.

⁷ Fernández Acebo, María Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. A Coruña, 2013, p. 237. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/11704>

2. Las consecuencias de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales en el proceso del despido

Debemos preguntarnos ahora qué consecuencias tiene la prueba declarada ilícita por vulnerar derechos fundamentales en el proceso por despido. En concreto nos referimos a un supuesto bastante común que puede describirse de la siguiente manera: la empresa lleva a cabo un despido disciplinario basándose en hechos sobre los que ha tenido conocimiento mediante el uso de nuevas tecnologías, especialmente mediante imágenes obtenidas por cámaras de videovigilancia o mediante el acceso al ordenador del trabajador u a otros dispositivos y en el proceso subsiguiente se declara dicha prueba ilícita por vulnerar derechos fundamentales del trabajador (derecho a la intimidad y/o a la protección de datos personales). ¿Cómo afecta la declaración de prueba ilícita por violación de derechos fundamentales a la calificación del despido?

Básicamente, el debate enfrenta la tesis de la “irradiación de la ilicitud de la prueba a la calificación del despido”, en base a la cual el despido debería de declararse nulo, con la tesis de “independencia de la ilicitud de la prueba en la calificación del despido”, que limita la nulidad a la prueba, que no se tendrá en cuenta en la calificación del despido, por lo que éste en atención, a las circunstancias concurrentes podrá considerarse nulo, procedente o improcedente⁸.

Estas tesis y la discusión doctrinal y judicial que la rodean tienen su origen en la jurisprudencia constitucional sobre la prueba prohibida en el orden penal y su afectación al derecho de presunción de inocencia y al derecho a un proceso con todas las garantías contenidos en el art. 24.2 CE; y en la indefinición legal en la materia.

El origen de esta construcción jurisprudencial y de la normativa antes mencionada se sitúa en la STC 114/1984, de 29 de noviembre que, paradójicamente, no tiene como trasfondo un delito penal, sino un conflicto laboral por el despido de un trabajador en base a unas declaraciones grabadas sin su consentimiento. El Tribunal vino a establecer, ante la ausencia de criterios constitucionales y legales sobre la materia, que, la ineficacia de la prueba ilícita no derivaba de la violación originaria del derecho fundamental. Este tipo de pruebas deben ser excluidas en tanto que conculcan el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, y atentan contra el principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 14 CE), “*desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales del otro*”. Por tanto, la ineficacia de la prueba ilícita constituye una garantía autónoma, aunque implícita en el sistema del art. 24 CE. Pese a su carácter eminentemente procesal, el Tribunal reconoce que la admisión de la prueba ilícita no resulta indiferente al ámbito de los derechos fundamentales. Existe así un vínculo entre el ámbito procesal y el material, que impide negar “toda relación entre el efecto procesal y la vulneración del derecho de la que deriva⁹”.

⁸ Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita en el proceso laboral [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 11, 2006, p. 4/11 y 5/11.

⁹ Asencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita [en línea]. *Diario La Ley*, 9499, 2019, p. 10/19.

Como puede observarse, no se establecen los efectos que conlleva tal declaración de nulidad de la prueba, lo que abre, como hemos advertido, el debate y la defensa y justificación de ambas posturas.

2.1. *Despido nulo*

La tesis que defiende la nulidad del despido puede explicarse en base a la conceptualización del mismo en el ET y en la propia LRJS y su encaje en el art. 11.1 LOPJ¹⁰.

En este sentido el art. 55.5. ET determina que “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”; y, de forma prácticamente idéntica, el art. 108.2 LRJS establece que “*será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”.

Pues bien, esta tesis defiende que cuando la actuación empresarial para probar un incumplimiento contractual vulnera un derecho fundamental, la nulidad no puede limitarse a la prueba en el proceso, ya que esta conducta empresarial se enmarca de lleno en el art. 55.5 ET¹¹. De esta manera, la literalidad de estos preceptos determina que el fallo sea necesariamente el de la nulidad del despido, reparando y reestableciendo el derecho del trabajador. En este sentido se han criticado las resoluciones que se apartan de estas tesis, por desapego a la literalidad del primer párrafo del apartado 5 del artículo 55 del ET y del artículo 108.2 de la LRJS¹².

Un sector de la doctrina ha venido manteniendo este posicionamiento, sobre la base de la íntima conexión entre ambas instituciones. En tanto que la prueba sirve como instrumento para demostrar la existencia de una causa para despedir, si en su obtención se produce una violación de derechos fundamentales, la institución jurídica a la que se vincula se vicia igualmente de nulidad, pues esta es la manera de reponer el derecho lesionado. Nos encontraríamos ante una decisión disciplinaria viciada de inconstitucionalidad que no puede validarse en el proceso mediante la declaración de improcedencia y la correspondiente indemnización¹³. Ya con anterioridad a la Ley 11/1994, de 19 de

¹⁰ Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad [en línea], *XXIX Jornades catalanes de Dret Social - “Noves tecnologies i relacions laborals”*. Barcelona, España, 2018, pp. 16 y ss.

¹¹ Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 7/8

¹² Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 25/2018, de 12 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 2018, pp. 131.

¹³ Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia

mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se había defendido esta postura¹⁴, si bien en ese momento existía una construcción judicial que declaraba la nulidad del despido acausal que permitía defender esta postura¹⁵.

Sobre esta base, la STSJ Galicia, de 30 de noviembre de 2001 (Rº. 5319/2001, Sala de lo Social) declaró la nulidad del despido al apreciar vulnerado el derecho a la intimidad en la obtención de la prueba y, más recientemente, en esta misma línea, la STSJ Cataluña de 4 de junio de 2019 (Rº. 969/2019, Sala de lo Social), partiendo de la prevalencia de los derechos fundamentales, ha afirmado que *“el fundamento de la calificación de nulidad del despido radica en la circunstancia de que el método utilizado por la empresa para conseguir la acreditación de que el trabajador ha incurrido en incumplimientos laborales sancionables con despido ha supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales, y la reparación de dicha vulneración no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión, tal como se deriva de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna”*¹⁶.

Esta y otras sentencias, como la STSJ País Vasco de 10 mayo de 2011 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) toman como referente la STC 196/2004, de 15 de noviembre, que con-

comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 5; Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita..., ob. cit., p. 14 y ss.

¹⁴ Pedrajas Moreno, Abdón. Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia. Madrid, Trotta, 1992, p. 149.

¹⁵ Gil Plana, Juan. *La Prueba en el Proceso Laboral*. Madrid, Aranzadi, 2005, p. 219.

¹⁶ Esta misma doctrina se puede encontrar a lo largo del tiempo en otras resoluciones judiciales: STSJ Cantabria, de 19 de julio de 2003 (Rº. 909/2003, Sala de lo Social) que resuelve sobre un despido basado en controles médicos aleatorios a un trabajador en situación de IT; STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (Rº. 1343/2005, Sala de lo Social) en relación con la instalación de un programa espía en un ordenador; STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (Rº. 1270/2006, Sala de lo Social) sobre registro de ordenadores; STSJ País Vasco, de 10 de mayo de 2011 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) sobre la colocación de un dispositivo GPS; STSJ País Vasco, de 9 de abril de 2015; STSJ Asturias, de 22 de enero de 2016 (Rº. 2404/2015, Sala de lo Social); STSJ Cataluña, de 9 de marzo de 2017 (Rº. 39/2017, Sala de lo Social); STSJ AndalucíaMálaga, de 5 de abril de 2017 (Rº. 277/2017, Sala de lo Social) en relación con el uso del contenido de correos electrónicos privados como causa de despido, que suponen un atentado a la intimidad y al secreto de comunicaciones del trabajador, por lo que se declara nulo el despido; STSJ Cataluña, de 22 de marzo de 2018 (Rº. 255/2018). Existen otras resoluciones judiciales que, sin abordar la cuestión, fallan a favor del trabajador y declaran la nulidad del despido, por lo que implícitamente se alinean con esta tesis: STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2001 (Rº. 5319/2001, Sala de lo Social); STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (Rº. 1343/2005, Sala de lo Social) sobre la instalación de un programa espía para acceder al correo electrónico; STSJ País Vasco de 9 de abril de 2015 (Rº. 445/2013, Sala de lo Social); y STS de 13 de mayo de 2014 (Rº. 1685/2013. Sala de lo Social).

sideró que la realización de unos análisis médicos no informados debidamente, con el fin de detectar un consumo de drogas, y que supuso el despido de trabajador, constituye una intromisión en su esfera privada y, en consecuencia, estableció que “*la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada y declaración de la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social que con acierto aplicó el art. 18.1 CE*”. Con esta declaración parece que, implícitamente, defiende la tesis de la nulidad del despido. Así, la doctrina ha entendido que esta sentencia sentó las bases para superar la inercia a declarar el despido como improcedente¹⁷. Sin embargo, en realidad, se refiere a la doctrina sobre el despido nulo por violación de derechos fundamentales y no a la de la ilicitud de la prueba que sí aplicó la sentencia de instancia.

A nuestro juicio, resulta mucho más consistente en el apoyo a esta tesis la STC 29/2013, de 11 de febrero, que, si bien no resuelve sobre un caso de despido, sí considera nulas las sanciones impuestas en relación a un control de videovigilancia declarado atentatorio del derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE.

Otro grupo de sentencias, como la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) o la STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2017 (Rº. 39/2017, Sala de lo Social) también traen a colación en defensa de sus argumentos la doctrina del fruto del árbol envenenado para considerar nulas todas las consecuencias de la prueba ilícita y, por tanto, también la del despido basado en ella. Con esta teoría de origen norteamericano (*Fruit of the poisonous tree doctrine*)¹⁸, que toma el nombre de un pasaje bíblico (Mateo 7: 17-20), se da cuenta de la eficacia refleja de la prueba prohibida en el proceso, de manera que esta contamina dicho procedimiento y provoca su nulidad.

Esta doctrina fue recogida en España, aun sin mencionarla expresamente, por la STC 85/1994, de 14 de marzo, que anuló dos sentencias condenatorias por estimar que en la obtención de la prueba se había vulnerado el derecho al secreto de comunicaciones. Existe, en este sentido, consenso en que el art. 11 LOPJ hace esta referencia a esta doctrina al usar la expresión “*directa o indirectamente*”. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló, en su Auto 282/1993, de 20 de septiembre, que, “*en determinadas circunstancias, la ineficacia probatoria se puede hacer extensible también a las pruebas logradas a partir de las pruebas ilícitas (lo que la doctrina norteamericana a la que hace referencia la STC 114/1984 conoce como the fruit of the poisonous tree doctrine). En este mismo sentido el art. 11.1 de nuestra L.O.P.J. recogiendo, sin duda, la doctrina constitucional antecitada, ha establecido que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales”, debiendo entenderse la expresión “indirectamente” como refe-*

¹⁷ Segalés Fidalgo, Jaime. La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidación informática mediante autorización judicial. Comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 [en línea]. *Aranzadi Social*, 3, 2006, p. 3/3

¹⁸ Tribunal Supremo US, Caso *Silverthorne Lumber Company vs.* Estados Unidos, de 26 de enero de 1920, aunque la primera sentencia que la mencionó expresamente sería la Sentencia del Tribunal Supremo, caso *Nardone vs.* Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939.

rida a todas aquellas ocasiones en las que existe una primigenia conculcación de un derecho que, sin embargo, de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba". En estos casos, se produce una conexión de antijuridicidad, que "*supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tomada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado*" (STS de 22 de abril de 2011 (Rº. 1437/2011, Sal de lo Penal¹⁹).

Con base en estos argumentos, en el proceso laboral se defiende que el despido será nulo, aunque existan otras pruebas, pues todas ellas quedarían afectadas, al igual que el proceso en el que se ha hecho valer.

2.2. Despido improcedente

La tesis de la independencia entre la prueba y la calificación del despido toma como referencia, tanto el propio artículo 11.1 LOPJ, como la normativa laboral específica. De esta manera, se entiende que cuando el art. 11.1 LOPJ establece que las pruebas ilícitas no *surtirán efecto*, sus efectos no van más allá, por lo que no contaminan el proceso en el que se presentan. Por tanto, deberá aplicarse el art. 55.4 ET que prescribe que "*el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1*"; y el art. 108.1, párr. 2º, que señala que el despido "*será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente*". De esta manera, si se trata de la única prueba su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, por lo que se trataría de un despido sin causa y deber ser calificado como improcedente. Así lo ha venido defendiendo la doctrina, introduciendo una neta separación entre la conducta atentatoria del derecho fundamental al obtener la prueba y la decisión del despido en la que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental²⁰.

En consecuencia, no hay que confundir la nulidad del despido, en la que la extinción del contrato tiene como causa un móvil discriminatorio o se produce con violación de derechos fundamentales, con la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. La doctrina judicial también ha apoyado las más de las veces esta tesis. En este sentido, debemos remontarnos a la STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 2000 (Rº. 2890/2000, Sala de lo Social) en la que ya se afirmaba esta independencia

¹⁹ STS de 30 de octubre de 2012 (Rº. 258/2012, Sala de lo Penal); STS de 31 de enero de 2013 (Rº. 10674/2012, Sala de lo Penal).

²⁰ Gil Plana, Juan. *La Prueba en...*, ob. cit., p. 219; Sempere Navarro, Antonio Vicente; San Martín Mazzucconi, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 9/13.

entre la calificación de prueba y el despido en la que se intenta hacer valer. La calificación de éste “*debe vincularse al móvil que lo determina o a la violación de los derechos o libertades a que se refiere el artículo 55.5 del ET, y no a la ilegalidad de alguna de las pruebas incorporadas al proceso: circunstancia que si bien puede trascender a la decisión que finalmente se adopte (en la medida que la misma incida en la prueba de los hechos y su consecuente implicación en el principio de inversión de carga de la prueba), no afecta –de forma indirecta– a la calificación que, en derecho, merezca la decisión disciplinaria de la empresa*”. Se trata entonces de dos conductas distintas que han de desplegar efectos de forma separada. Esta dicotomía se ejemplifica muy bien en la STSJ Castilla-La Mancha, de 10 junio de 2014 (Rº. 1162/2013, Sala de lo Social) cuando razona que “*lo que no se ha admitido es el medio de prueba contaminado (...) pero no se ha concluido que la decisión extintiva, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (art. 55.5 ET)*”.

Evidentemente, en este escenario el resto de pruebas presentadas por el empresario no se ven afectadas por la nulidad de la prueba ilícita, salvo que se deriven de la misma. En este sentido, la STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2008 (Rº. 4747/2008, Sala de lo Social) razona que cuando se centra la solicitud de declaración de nulidad en la actividad probatoria previa al despido y no en la intención vulneradora en el despido, se está ante un “*supuesto bien distinto que afectaría, no al despido, sino a la actividad probatoria previa al mismo, de manera que la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquéllas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Esta doctrina judicial se ha mantenido en el tiempo en sucesivas resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia²¹. Además, en muchas ocasiones, los tribunales declaran la improcedencia del despido por no resultar acreditada la causa, sin entrar a valorar su posible nulidad²². Entre las últimas sentencias que se han sumado a esta doctrina habría que destacar la STSJ de Madrid, de 13 septiembre de 2018 (Rº. 351/2018, Sala de lo Social), pues su fallo ha dado lugar a una importante sentencia, aunque poco relevante para solucionar el conflicto, del Tribunal Constitucional. En dicha sentencia el tribunal considera que, pese a declararse la prueba ilícita, “*no procede la calificación de despido nulo, puesto que no se ha probado que la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la*

²¹ STSJ Galicia, de 30 de noviembre de 2001 (Rº. 5319/2001, Sala de lo Social); STSJ AndalucíaSevilla, de 9 de marzo de 2001 (S. 1050/2001, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 31 de enero de 2002 (Rº. 3568/2001, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 17 de julio de 2009 (Rº. 2831/2009, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2011 (Rº. 5990/2010, Sala de lo Social) en relación con el registro de un ordenador; STSJ CastillaLa Mancha, de 12 de enero de 2018 (Rº. 1416/2017, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 13 de septiembre de 2018 (Rº. 417/2018, Sala de lo Social).

²² STSJ Islas CanariasSanta Cruz de Tenerife, de 27 de marzo de 2017 (Rº. 934/2016, Sala de lo Social); STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de marzo de 2017 (Rº. 3904/2016, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 29 de septiembre de 2014 (Rº. 1993/2013, Sala de lo Social); STSJ País Vasco, de 24 de abril de 2007 (Rº. 514/2007, Sala de lo Social).

trabajadora, ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales lo que legalmente llevaría aparejada la nulidad del despido, cuestión distinta de la sucedida en este supuesto en que el empresario, al intentar comprobar el comportamiento de su empleada y obtener pruebas de algunos de sus incumplimientos para tratar de justificar un despido, ha obtenido de forma ilícita tal prueba con vulneración de derechos fundamentales, no pudiendo de esta manera confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción”²³.

En la jurisprudencia constitucional no se habían dado pronunciamientos expresos que avalen esta doctrina. Sin embargo, indirectamente el Tribunal se ha mostrado proclive a la misma en alguna ocasión. Así, en la STC 186/2000, de 10 de julio, que debía resolver sobre un conflicto en el que se ponía en entredicho la videovigilancia encubierta que provocó el despido, aunque consideró lícita la prueba obtenida mediante por estos medios y descartó la lesión del art. 18.1 CE, también se precisaba que “*las Sentencias recurridas tuvieron en cuenta para llegar a su convicción no sólo la prueba documental consistente en las grabaciones videográficas, sino también otras pruebas practicadas con plenas garantías en el juicio oral (entre otras, las declaraciones testificales de los investigadores privados que llevaron a cabo las filmaciones por encargo de la empresa)...*”, lo que induce a pensar que estas otras pruebas habrían llevado a la aplicación de la sanción, pese a que se hubiera declarado ilícita la videográfica. Asimismo, en la STC 29/2013, de 11 de febrero, aunque no se resuelve sobre un amparo consecuencia de un despido, sino de una suspensión de empleo y sueldo, tras determinar la nulidad de la prueba en la que se basa la sanción, se establece que, “*en definitiva, por todo lo dicho, las sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas*”. No hay pronunciamiento expreso sobre los efectos de la prueba ilícita, pero la referencia a que es la única prueba disponible implícitamente reconoce que en otro caso podría haberse mantenido la sanción.

Asimismo, la doctrina del fruto del árbol envenenado que se ha manejado para defender la nulidad del despido, sirve igualmente para amparar la calificación de improcedencia, pues su concepción extensiva en el Derecho Penal ha ido decayendo y, en la actualidad, se mantienen una serie de excepciones a la afectación refleja de la prueba ilícita, cuando se rompe lo que se conoce como “conexión de antijuricidad”, es decir, cuando, junto con los datos obtenidos como consecuencia de la violación fundamental, existen otros que se han conocido por vías lícitas e independientes (STS, de 3 de abril de 2017 [Rº. 10612/2016, Sala de lo Penal]).

²³ En el mismo sentido La STSJ Castilla La Mancha, de 12 de enero de 2018 (Rº. 1416/2017, Sala de lo Social) que entiende “*la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55.5 ET, pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”.

Así ocurre cuando existen pruebas jurídicamente independientes, sin relación causal con la prueba declarada ilícita, que permiten destruir la presunción de inocencia, al destruir el nexo de antijuricidad (STC 86/1995, de 6 de junio; STC 81/1998, de 2 de abril). Como señala el Tribunal Supremo, *“la razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo o indirecto, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas”* (STS de 22 de abril de 2011 [Rº. 147/2010, Sala de lo Penal]).

También se produce la ruptura de la conexión de antijuricidad y, por tanto, la excepción de la eficacia refleja cuando nos encontramos ante un descubrimiento inevitable, *“es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera dado, no es el resultado de esa condición* (STS de 3 de abril de 2017 [Rº. 10612/2016, Sala de lo Penal²⁴]); o ante un hallazgo casual de indicios de un delito (STS de 21 de julio de 2000 [Rº. 128/1999, Sala de lo Penal²⁵]). Igualmente se produce la ruptura de la conexión de antijuricidad por la existencia de un nexo o vínculo causal atenuado entre la prueba ilícita y la refleja (STS de 30 de octubre de 2012 [Rº. 258/2012, Sala de lo Penal]); por la confesión voluntaria del inculpado (STC 161/1999, de 27 de septiembre; y STS de 22 de abril de 2011 [Rº. 1437/2011, Sala de lo Penal]²⁶); y por la excepción de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero).

Por último, la conexión de antijuricidad se puede quebrar como consecuencia de la ponderación de intereses, en la que ha de tenerse en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción probatoria (STS de 30 de octubre de 2012 [Rº. 258/2012, Sala de lo Penal]). En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, determina que para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una vulneración de un derecho constitucional se ha de valorar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y el interés, constitucionalmente legítimo en la ave-

²⁴ Otras sentencias que recogen esta doctrina son la STS, sala penal, de 4 de julio de 1997 (Rº. 1367/1996; STS, sala penal, de 31 de enero de 2013 (Rº. 10674/2012; STS, sala penal, de 4 de diciembre de 2013, 582/2013; STS, sala penal, de 18 de diciembre de 2013 (Rº. 915/2013).

²⁵ En este mismo sentido STS, sala penal, de 30 de octubre de 2012 (Rº. 258/2012; STS, sala penal, de 18 de diciembre (Rº. 915/2013; STS, sala penal, de 12 de febrero de 2014 (Rº. 635/2013).

²⁶ También en STS, sala penal, de 4 de diciembre (Rº. 582/2013).

riguación y castigo de delitos graves, cuya defensa se encomienda al Ministerio Público (art. 124.1 CE), de manera que, solo a partir de esta doble consideración podrá determinarse si el proceso, en el que se ha valorado una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un “proceso justo”.

Muchos de estos planteamientos son trasladables al orden laboral, especialmente la existencia de otras pruebas que permitan soslayar la prueba ilícita y lograr la declaración de procedencia del despido, o la teoría del hallazgo casual.

Otro importante fundamento a esta teoría jurídica viene dado por la STEDH de 9 de enero de 2018 (Caso Lopez Ribalda I). Recordemos que esta sentencia, aunque anula la prueba obtenida mediante videovigilancia (decisión que fue corregida por la sentencia de la Gran Sala de 7 de octubre de 2019) y condena al Estado español a indemnizar a las demandantes, reputa procedentes los despidos al existir otras pruebas que confirmaban el incumplimiento laboral.

3. La STC 61/2021, de 15 de marzo de 2021

La dispar doctrina judicial existente requería una intervención unificadora del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, dada la evidente relevancia constitucional del conflicto. Pues bien, este último ha eludido intervenir en la discrepancia al entender, en la STC 61/2021, que el mimo se sitúa al margen de su competencia, con la oposición de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón expresada en un voto particular discrepante con el fallo.

El conflicto que origina la intervención del Tribunal Constitucional tiene su origen en un despido de una trabajadora, por, entre otros motivos, disminución del rendimiento debido, lo cual se constató mediante una monitorización de su ordenador durante tres días.

Debe señalarse que en la empresa regía una política de uso aceptable de los sistemas de información, de internet y del correo electrónico, indicando que los trabajadores no debían tener expectativa de intimidad alguna en relación con la información almacenada en el ordenador o que fuese emitida y comunicada a través de los sistemas de información de la empresa, si bien, en todo caso, el uso de las herramientas informáticas para fines ajenos a la actividad del trabajador se admitía, excepcionalmente, limitándose cualquier uso comercial, lúdico o personal a “un uso necesario, mínimo y razonable”; y que dicha política era conocida por la trabajadora y sabía que la empresa podría realizar las auditorías y accesos que estimase necesarios para verificar y determinar el correcto uso de los dispositivos tecnológicos.

Pues bien, como resultado de este control para comprobar cuál era la dedicación de la trabajadora al trabajo, la empresa accedió a correos electrónicos de la trabajadora, ajenos a sus cometidos laborales, enviados a familiares y a su asesora legal, llegando a conocer no solamente a sus destinatarios, sino también su contenido; y por ello este control se consideró desproporcionado en instancia y también en el recurso de suplicación, declarando

ilícita la prueba. Sin embargo, mientras que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid de 17 de noviembre de 2017 (Procedimiento núm. 453/2017) consideró nulo el despido como consecuencia de la declaración de nulidad de la prueba, la STSJ de Madrid, de 13 septiembre de 2018 (R^o. 351/2018, Sala de lo Social) que, como hemos mencionado anteriormente, sigue la doctrina de la diferenciación entre el despido con violación de derechos fundamentales, del despido con infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba, determinó que “*una vez eliminados del enjuiciamiento todos los hechos acreditados mediante la monitorización del ordenador (vinculados básicamente a la posible existencia de una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza e incluso indisciplina / desobediencia), sí existe prueba hábil e idónea de la realidad de otros hechos que, calificados como incumplimientos contractuales laborales fueron imputados a la trabajadora, pero que como correctamente se razona en la sentencia –fundamento de derecho cuarto– los mismos no alcanzan las notas de gravedad y culpabilidad que el Estatuto de los Trabajadores exige en su art. 54...*”, por lo que declara la improcedencia del despido.

Sobre esta base la trabajadora plantea el recurso de amparo al entender que esta sentencia y el auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso en unificación de doctrina que se planteó vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 3 CE), solicitando que se acuerde la nulidad de ambas resoluciones judiciales y se declare la vulneración de los derechos invocados, así como la nulidad del despido, dado que, como indicó el juzgado de lo social, la nulidad de la prueba debe extenderse a cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el despido ha de calificarse como nulo

Así la cuestión fundamental a valorar por el Tribunal Constitucional es la de determinar las consecuencias de un despido en el caso de que se haya obtenido una prueba vulnerando de derechos fundamentales, tanto respecto de su calificación como de la eventual indemnización que pudiera corresponder.

Conviene precisar que el Ministerio Fiscal en sus argumentaciones abre una tercera vía para solucionar esta discusión, pues, en primer lugar, entiende que no estamos ante un despido efectuado con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales, situación para nada asimilable al tema que se aborda, que no es otro que el determinar las consecuencias de una decisión extintiva basada en incumplimientos contractuales conocidos o probados con vulneración de derechos fundamentales. Dicha precisión la efectúa como consecuencia de que la demandante en amparo invoca las sentencias SSTC 92/2008, de 21 de julio (no discriminación por razón de maternidad), y 125/2018, de 26 de noviembre (derecho a la participación política), sentencias del TC en las que el asunto se refiere al despido de trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales que se ven directamente afectados por la decisión extintiva.

En otra argumentación de mayor calado afirma que, cuando la causa única del despido surge de la violación del derecho fundamental, procede la declaración de nulidad del despido, *aunque no sea el hecho de despedir lo que viola un derecho fundamental, sino que la violación es anterior al despido, y este no existiría sin esa violación previa, de tal modo que no resulta lógico desligar esta del despido*. Es lo que justificaría la declaración de

nulidad del despido en el caso de la STC 196/2004, en la que se confirma la sentencia de instancia que declaraba la nulidad del despido de una azafata de líneas aéreas cuyo contrato rescindió el empresario tras comprobar, con los resultados obtenidos al someterse voluntariamente la trabajadora a una revisión médica, que había consumido sustancias estupefacientes, todo ello sin que se hubiese informado a la trabajadora de que se iba a controlar esta circunstancia.

Por último, sostiene que *un documento u otro medio de prueba obtenido con vulneración de derechos fundamentales no podrá ser tenido en cuenta, no podrá utilizarse para probar los hechos en los que el empresario justifique el despido, de tal modo que si es la única prueba de dichos hechos o si las otras se derivan de ella con la conexión antes mencionada, esos hechos se tendrán por no probados; pero si hubiera otros medios de prueba, estos podrían ser analizados con total separación de los anteriores, para ver si son suficientes para probar por sí mismos los hechos que se aleguen*. Ahora bien, según el Ministerio Fiscal, en el caso de que esos otros hechos probados sin vulnerar derechos fundamentales no permitan calificar el despido como procedente, no cabría declarar la improcedencia, sino la nulidad del despido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 ET cuando señala que el despido de las personas objeto de una protección especial en caso de despido a las que se refiere el art. 55.5 ET solamente podrá ser declarado nulo o procedente.

De este modo, el Ministerio Fiscal distingue dos situaciones: *a) Cuando del resto de las pruebas obtenidas lícitamente, se justifique la existencia de una infracción laboral, no resulta acertado considerar que la causa del despido sea la vulneración de los derechos fundamentales. Así resulta del propio art. 55.5 en su último párrafo; b) cuando, como ha sucedido en este caso, el empresario en su carta de despido alegue varios motivos para despedir al trabajador, es decir varias infracciones laborales de este, pero la única infracción que tiene gravedad suficiente para ser sancionada con el despido, es precisamente la que resulta de los hechos acreditados con la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en tal caso, la interpretación que resulta congruente con el art. 55.5 LET es declarar la nulidad del despido.*

Pues bien, la STC 61/2021 rehúye el debate afirmando, como punto de partida, que no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, de tal manera que *cabe afirmar que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica*. Es por este motivo por el que la demanda de amparo se analiza a la luz del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva) y no en virtud del artículo 18.3 del mismo texto (secreto de las comunicaciones), pues no cabe concluir que la irregularidad de un acto procesal resulte atentatoria, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...], pues, de acogerse tal tesis, debería concluirse que *“el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos”*.

Como consecuencia de ello, la sentencia solamente valora si la sentencia de suplicación incurre en una interpretación que resulte arbitraria, manifiestamente irrazonada o

irrazonable, de modo que no pueda considerarse fundada en Derecho, lesionándose así, el derecho a la tutela judicial y, en este sentido, resuelve que la interpretación que hace el TSJ sobre la ilicitud de la prueba y sus efectos sobre el despido no se mueve en dichos parámetros. Estima el TC que la opción entre esta opción interpretativa, o aquella otra según la cual la ilicitud de la prueba debe proyectarse sobre la calificación del despido, de tal manera que éste debe ser declarado nulo, es una cuestión que debe ser resuelta por el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria.

También debe apuntarse que el Tribunal Constitucional sí entra a valorar la necesidad de fijar una indemnización como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, que en el caso de autos fue reconocida en la sentencia de instancia, que calificó nulo el despido, pero que en el recurso de suplicación fue desestimada, entendiéndose que el despido fue improcedente, al considerar que la indemnización se había vinculado *tanto en la demanda como en la sentencia, a la existencia de una vulneración por la empresa de derechos fundamentales de la trabajadora y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna*. En relación con esta circunstancia el TC en función del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de derecho a obtener una respuesta motivada y razonada, concluye que, dado que en la demanda laboral que dio inicio al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la recurrente de amparo solicitó una indemnización de 51.439,4 € por los daños materiales y morales producidos por la intromisión ilegítima producida, considera vulnerado el artículo 24CE, pues el argumento utilizado en la STSJ para denegar la indemnización (afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora), debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al analizar la ilicitud de la prueba, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora en su obtención.

4. Conclusiones

4.1. Entonces ¿son nulos o improcedentes?

Ante la ausencia de una solución de alcance constitucional el debate sigue abierto creando ciertamente una no deseable incertidumbre que contraría el principio de seguridad jurídica que debe inspirar el ordenamiento jurídico.

Aun a costa de resultar reiterativos y por centrar el debate las posibilidades son las siguientes:

En primer lugar, que la nulidad de la prueba contamina también el propio despido, es decir, cuando la actuación empresarial para probar un incumplimiento contractual vulnera un derecho fundamental, la nulidad no puede limitarse a la prueba en el proceso, ya que esta conducta empresarial se enmarca de lleno en el art. 55.5 ET. Nos encontraríamos ante una decisión disciplinaria viciada de inconstitucionalidad, que no

puede solventarse en el proceso mediante la declaración de improcedencia y la correspondiente indemnización.

En segundo lugar, que la calificación de la prueba y la del despido son independientes. Se entiende, por tanto, que los efectos de la prueba ilícita no contaminan el proceso en el que se presentan. Por tanto, deberá aplicarse el art. 55.4 ET en relación con la declaración de despido procedente e improcedente. No hay que confundir la nulidad del despido, en la que la extinción del contrato tiene como causa un móvil discriminatorio o se produce con violación de derechos fundamentales, con la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. De esta manera, si se trata de la única prueba, su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, por lo que se trataría de un despido sin causa y deber ser calificado como improcedente.

Y, en tercer lugar, que la nulidad de la prueba determinara la del despido, cuando esta sea la única prueba o el resto de pruebas aportadas no resulten acreditadas o no revistan la gravedad necesaria para avalar el despido. Por ello, en caso de existir dichas otras pruebas, el despido sería declarado procedente. Este es el argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal en la STC 61/2021 sobre la base del art. 55.5 ET, en una fundamentación jurídica que, a nuestro juicio resulta discutible, pues el precepto se refiere a los supuestos de protección objetiva recogidos en las letras a), b) y c) de este artículo, otorgando una especial tutela a los despidos de personas trabajadoras que se encuentran en alguna de las situaciones descritas relacionadas con la maternidad, paternidad o con los derechos de ella derivados, así como de los reconocidos a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Reputadas voces de la doctrina laboral, por su condición de ex magistrados del Tribunal Constitucional, han criticado la opción seguida por la STC 61/2021. Es el caso de María Emilia Casas Baamonde²⁷ y de Miguel Rodríguez-Piñero²⁸, criticando la reducción del análisis de la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución, cuya interpretación por parte del TC habría quedado limitada a un “derecho de prestación” (perspectiva desde la que “*la idea de un proceso justo y de un proceso con todas las garantías se desvanece*”) sosteniendo la “consecutividad lógica y jurídica” entre la lesión extrajudicial de un derecho fundamental y la declaración de nulidad del despido en la jurisprudencia constitucional.

Mas allá de estas críticas y adhesiones a la doctrina constitucional, hemos visto hasta ahora cómo las distintas tesis son susceptibles de argumentación en contra y cómo la misma normativa sirve para justificar las posturas defendidas y cómo, a tenor de la intervención del Tribunal Constitucional, todas las posibilidades están constitucionalmente admitidas, por lo que adherirse a una u otra doctrina es casi una cuestión de fe.

Tampoco la teoría del fruto del árbol podrido ayuda a resolver el debate. Para empezar, como señaló alguna sentencia en suplicación, la traslación de la construcción de

²⁷ Casas Baamonde, M^a. E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 4/2021.

²⁸ Rodríguez-Piñero, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado*, 3/2021.

la doctrina del árbol envenenado resulta inadecuada, pues no se juzga la ineficacia en un proceso penal (STSJ Andalucía Sevilla, de 9 de marzo de 2001 [S. 1050/2001, Sala de lo Social]). Además, en el propio ámbito penal existen otros argumentos que, como hemos visto, la desvirtúan cuando se rompe “la conexión de antijuricidad”. De hecho, parte de la doctrina que defiende la nulidad del despido, rehúsa basar su defensa en este argumento, ya que, en su opinión, si se siguiera tal teoría en combinación con el principio de presunción de inocencia, lo lógico será calificar en todo caso el despido como improcedente²⁹.

En este momento más que nunca es deseable y necesaria una intervención del legislador que aclare esta cuestión, determinando claramente el alcance de la prueba ilícita y las posibles excepciones a su eficacia refleja, tanto en el proceso laboral, como obviamente, en el penal, donde estos conflictos poseen mayor trascendencia. De esta manera, además de cumplir con el principio de seguridad jurídica se evitaría que sean los Tribunales los que hayan de integrar esta garantía de protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la tendencia imperante en cada momento: extensiva y garantista en un principio y ciertamente restrictiva de un tiempo a esta parte. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 2002 (R.º. 3269/2000, Sala de lo Penal) ya advertía que la expansión de las situaciones que rompen el nexo de antijuricidad podía llegar a dejar vacío de contenido el art. 11.1 LOP e, incluso, como presagiaba la doctrina, tras desvirtuar completamente la eficacia indirecta de la prueba ilícita, acabar por menoscabar la eficacia directa de la misma³⁰. Pues bien, para parte de la doctrina dicho podría haberse confirmado en otra importante y anterior intervención del Tribunal Constitucional.

Nos referimos a la STC 97/2019, de 16 de julio, que resolvió el Recurso de Amparo interpuesto frente a la STS de 23 de febrero de 2017 (R.º. 1281/2016, Sala de lo Penal), conocida como *Caso Falciani*, en la que se toma en consideración la posible ilicitud de la prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales. *Hervé Falciani* sustrajo ilícitamente datos financieros de particulares del banco suizo HSBC (lista *Falciani*), en el cual trabajaba. El Estado suizo inició un proceso penal por la comisión de un delito contra el secreto bancario. Los archivos informáticos con dichos datos fueron entregados a la Agencia Tributaria española por las autoridades francesas, que los había incautado en un registro domiciliario fruto de la cooperación con las autoridades suizas, y se iniciaron actuaciones penales contra los presuntos defraudadores. En el proceso se cuestiona si puede condenarse en base a una prueba obtenida mediante la comisión de un delito por un particular y que termina afectando al derecho fundamental a la intimidad del acusado. La sentencia da validez a la Lista y condenó al acusado. Para ello se establece una distinción en función de que la prueba se obtenga por un particular sin ningún tipo de conexión de las autoridades que investigan el delito o que se obtenga por éstas o por particulares que actúan en su nombre. El condenado presentó demanda de amparo al entender que la admisión de la prueba vulneraba su derecho a un juicio justo con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

²⁹ Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita..., ob. cit., pp. 13/20 y 14/20)

³⁰ Díaz Cabiale, José Antonio; Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, Civitas, 2001, pp. 81 y 82.

El Tribunal Constitucional por unanimidad ha denegado el amparo al recurrente y ha validado la utilización en el proceso de la prueba ilícitamente obtenida. Para ello toma como referencia la doctrina anterior del propio Tribunal, en especial la sentada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre. En la doctrina se ha defendido que, en realidad, la conclusión alcanzada es contraria a la que sentó entonces el Tribunal, en un ejercicio de simulación de lo que en realidad es una revisión de su doctrina. La STC 114/1984 no creó un derecho *ex novo*, se limitó, al amparo de sus funciones, a declarar su existencia, si bien implícita, en el art. 24. CE como una garantía autónoma y a requerir su desarrollo legal que cristalizó en el art. 11 LOPJ. Sin embargo, ahora, se abandona esta idea, si antes la admisión de una prueba con vulneración de derechos fundamentales, en cuanto que constituía una garantía autónoma, siempre aparejaba el quebranto del derecho a un proceso justo, ahora la admisión de la prueba ilícita ha de someterse a un juicio de valor, a una ponderación que determinará si afecta a una noción amplia de proceso justo, que provoca su nulidad, validándola en otro caso, lo que por ende implica negarle el rango constitucional que poseía³¹. Otros autores no ven este cambio de doctrina respecto de la STC 114/1984 y sitúan la sentencia en la tendencia iniciada por la STC 81/1998, de 2 de abril, de valorar de forma más precisa el juicio ponderativo sobre la conexión entre el derecho fundamental sustantivo, su necesidad de tutela y el equilibrio o igualdad de las partes en el proceso que, entiende el Tribunal, se aplicaría tanto a la prueba derivada como a la originaria, como ocurría en la STC 22/2003, de 10 de febrero. en base a la cual se requiere³².

En cualquier caso, lo que es innegable es que la sentencia del Tribunal Constitucional, mantiene la imperante corriente restrictiva de los derechos fundamentales y libertades, que pretende evitar situaciones de impunidad y proteger a la autoridad pública frente a los fallos en la investigación³³, en aras de satisfacer los intereses de una sociedad que prima la seguridad sobre la libertad³⁴.

En esta situación se antoja difícil que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que, a falta de una solución legal y tras la renuncia del Tribunal Constitucional, ha de resolver este conflicto en unificación de doctrina, falle en favor de la extensión de la nulidad al proceso en el que se hace valer la prueba, declarando nulas el resto de pruebas y el propio despido, toda vez que existen sólidos argumentos jurídicos que le permiten abogar por otra solución. En nuestra opinión, en nuestro ordenamiento jurídico tiene mejor encaje la tesis de la improcedencia. En primer lugar, porque, como se ha visto, la jurisprudencia penal que ha inspirado las interpretaciones laborales es cada vez más restrictiva en relación con el alcance reflejo de la prueba ilícita. En segundo lugar, porque desde instancias

³¹ Asencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019, de 16 de julio... ob. cit., p. 12/19.

³² García Moreno, V. Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra” [en línea]. *Diario La Ley*, 9509, 2019, p. 5/9 y 6/9.

³³ Gómez Colomer, Juan Luis. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 145.

³⁴ Asencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019..., ob. cit., 1/19.

judiciales internacionales parece seguirse este camino. En este sentido, la STEDH de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda I), aunque anula una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (una videovigilancia encubierta) y condena al Estado español a indemnizar a las demandantes, considera procedentes los despidos al existir otras pruebas que confirmaban el incumplimiento laboral. Y, en tercer lugar, porque así lo avala el diseño del proceso laboral. Al respecto no está de más recordar que el art. 90.2 LRJS establece que no se admitirán las pruebas en cuya obtención se hubiera producido una violación del derecho fundamental, es decir, aunque ciertamente en muchas ocasiones se resuelve sobre su ilicitud en la sentencia, lo “normal” debería ser que se resolviera con anterioridad a la fase de práctica de la prueba, continuando el procedimiento sin la misma, por lo que cuando sea la única prueba los efectos serán los del despido sin causa.

Ciertamente, habiéndose eliminado de nuestro ordenamiento el despido nulo por fraude de ley y, por tanto, encontrándonos en un régimen de despido libre indemnizado, donde el despido sin causa conlleva declaración de improcedencia, salvo en los casos previstos en el artículo 55.5 ET, las opciones de encontrar otra alternativa interpretativa se han visto notablemente reducidas.

Esta tendencia parece consolidarse en los juzgados de instancia y en la doctrina judicial. Efectivamente, las sentencias dictadas desde la resolución del Tribunal Constitucional, optan, con carácter general, por la declaración del despido como improcedente y no nulo³⁵. A este respecto merece la pena destacar la reciente STS de 8 de marzo de 2022 (Rº 130/2019) que viene a confirmar la ilicitud de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sin pronunciamiento sobre el despido del trabajador amparado en dicha prueba, al no haberse puesto en cuestión el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia sobre la procedencia del mismo³⁶, en base al resto de pruebas practicadas, que, en este punto, corrigió la decisión del Juzgado de lo Social, declarando la improcedencia del mismo.

Sin embargo, entendemos, en consonancia con LOUSADA³⁷ y, en cierta medida, también con GOÑI³⁸, que no existe una solución válida de carácter general. La decisión debería de tomarse en cada caso en función de las circunstancias concurrentes, en especial, analizando la manera en que se ha obtenido la prueba y valorando si existen o no otras pruebas inculpatorias. Con ello se evitarían ciertas situaciones injustas que produce la asunción de la tesis de la nulidad en toda su extensión y se minimizaría el peligro de

³⁵ SJS Palma de Mallorca núm.5 de 12 de julio de 2021 (Procedimiento núm. 828/2020); SJS Valladolid núm.4 de 20 de septiembre de 2021 (Procedimiento, núm. 330/2020); STSJ Cataluña de 18 de enero de 2021 (Rº núm. 3892/2020, Sala de lo Social). Las sentencias de ese año anteriores a la decisión constitucional seguían la misma tónica. Al respecto, por ejemplo, la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2021 (Rº núm. 4586/2020, Sala de lo Social) Sin embargo, la SJS Pamplona núm.3 de 18 febrero de 2021 (Procedimiento núm. 754/2020), determina este pronunciamiento en congruencia con lo solicitado por el demandante, aunque *obiter dicta*, parece inferirse que hubiese concedido la nulidad si se hubiese pedido en atención a la STC 196/2004.

³⁶ STSJ Cataluña de 20 de septiembre de 2018 (Rº 2541/2018, Sala de lo Social).

³⁷ Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita..., ob. cit., p. 5/11.

³⁸ Goñi Sein, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor (Navarra), ThomsonCivitas, 2007, p. 238.

comportamientos abusivos en el uso de las tecnologías para controlar la actividad productiva que había advertido algún autor proclive a la tesis de la improcedencia³⁹.

La declaración de nulidad de la prueba por violación de derechos fundamentales debe restituir al afectado en su derecho completamente, tanto en el proceso de amparo constitucional (art. 55.1 LOTC) como en los amparos ordinarios, esto es, cuando la violación del derecho fundamental se resuelve en la jurisdicción ordinaria. Pues bien, como se ha señalado, la plena reparación de la víctima obligaría a invalidar el despido y a mantener al trabajador en su puesto de trabajo sin ninguna merma salarial, esto es aplicar las consecuencias de un despido nulo, “en otro caso, un trabajador cuyos efectos fundamentales se viesen vulnerados por la vigilancia empresarial podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, por la realización de un acto amparado en el ejercicio del derecho fundamental”⁴⁰.

Así, sin llegar a posicionarnos en la tercera de las interpretaciones señaladas que entiende que debe calificarse con la nulidad el despido siempre que la prueba ilícita sea la única que exista para acreditar el incumplimiento, creemos que esta debería ser la solución en aquellos casos en que la prueba se construye por el empresario con la finalidad de justificar el incumplimiento. En este sentido, por ejemplo, se puede traer a colación el conflicto resuelto por la STS, de 19 de febrero de 2020 (R.º. 3943/2017, Sala de lo Social) que anula la prueba obtenida para acreditar el incumplimiento mediante el uso de un detective que, para verificar que la trabajadora ejercía de abogada por cuenta propia en horas de trabajo, forzó una entrevista en horario de trabajo, al rechazar reiteradamente mediante excusas verla en el horario fuera del trabajo que le ofrecía. Así, en estos casos, entendemos que sin la prueba no hubiera habido despido, y puesto que la finalidad de la empresa con su actuación era precisamente sustentar dicho despido, su ilicitud por la violación de derechos fundamentales debe tener como consecuencia la nulidad del despido.

Ahora bien, cuando concurren otros elementos y hechos para valorar la causa de despido, no parece que la declaración de ilicitud deba conducir necesaria e inexorablemente a calificar el despido como nulo. Habría que eliminar de la ecuación la prueba vulneradora de derechos fundamentales y tomar la decisión en atención a estos otros datos fácticos, de manera que si permiten sustentar el incumplimiento por sí mismo determinarían la procedencia del despido y en otro caso su improcedencia⁴¹.

Esta vía intermedia recordemos que es la que se sigue en alguna resolución judicial de nuestros tribunales de suplicación. Así, por ejemplo, la STSJ Extremadura, de 30 de julio de 2014 (R.º. 4256/2000, Sala de lo Social) estipula que, para poder declarar nulo el despido, “*la prueba ilícita debería haber sido la única o, al menos, la determinante de que se declararan probados los hechos que han supuesto la declaración de procedencia del despido en la sentencia recurrida*”.

³⁹ Gil Plana, Juan. *La Prueba en el...*, ob. cit., p. 238.

⁴⁰ Cfr. Lousada Arochena, José Fernando. *La prueba ilícita...*, ob. cit., pp. 5/11 y 6/11.

⁴¹ Lousada Arochena, José Fernando. *La prueba ilícita...*, ob. cit., p. 6/11.

4.2. ¿Y qué ocurre con la indemnización?

En otro orden de cosas, debemos también señalar que, de forma complementaria, los tribunales deberían aplicar una indemnización que repare el daño causado en la obtención de la prueba violadora del derecho fundamental. Debe recordarse que el art. 183.1 LRJS determina que la apreciación judicial de la vulneración de un derecho fundamental conlleva una indemnización que tenga en cuenta tanto el daño moral como los daños y perjuicios causados; y que, en el apartado tercero, se determina la compatibilidad de esta indemnización “*con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*”.

Por tanto, aunque en principio el despido nulo no lleva aparejada una indemnización, deberá cuantificarse la que proceda por la violación del derecho fundamental. De la misma manera, aunque se declare improcedente, por entender que la ilicitud de la prueba no afecta a la calificación del despido, habría que fijar el monto de la indemnización por la vulneración del derecho fundamental del trabajador en la obtención de la prueba⁴². En consecuencia, parece que la indemnización es una consecuencia automática derivada de la lesión, siempre y cuando se solicite la misma en la demanda.

No está de más recordar que, en relación con esta indemnización, se requería que el trabajador además de solicitar la indemnización debía aportar elementos objetivos, aunque sean mínimos, para cuantificarla (STS 12 junio 2001 [Rº. 3827/2000, Sala de lo Social⁴³]). No obstante, la STS de 5 de octubre de 2017 (Rº. 2497/2015, Sala de lo Social) parece haber dispensado de esta actividad al trabajador. La sentencia resuelve el conflicto planteado por un trabajador que presentó demanda solicitando la nulidad del despido y el abono de la indemnización correspondiente, que se cuantifica exclusivamente tomando como parámetro las sanciones establecidas en la LISOS. Se confirma la indemnización solicitada, atendiendo a la regulación contenida en el art. 183.2 LRJS, el cual establece que “*el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*”; y válida que se utilice como criterio orientador el monto de las sanciones pecuniarias establecidas en la LISOS, puesto que este criterio, admitido por la STC 247/2006, se considera que “*puede seguir teniéndose como parámetro razonable*”.

⁴² Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización..., ob. cit., pp. 131 y ss.

⁴³ En la misma línea la STS de 22 de julio de 1996 (Rº. 7880/1995, Sala de lo Social); STS de 11 de junio de 2012 (Rº. 3336/2011, Sala de lo Social); y STS de 15 de abril de 2013 (Rº. 1114/2012, Sala de lo Social). Con esta doctrina se puso fin al anterior criterio que condenaba a la indemnización, sin necesidad de acreditar un perjuicio, dado que éste se presume existente siempre que se vulnera un derecho fundamental –STS de 9 de junio de 1993 (Rº. 3856/1993, Sala de lo Social); STS de 8 de mayo de 1995 (Rº. 1319/94, Sala de lo Social)–.

Pues bien, sobre esta cuestión, como ya se ha adelantado, se pronuncia también el Tribunal Constitucional en la STC 61/2021, corrigiendo con buen criterio la decisión del Tribunal de suplicación que desestimó su aplicación en el caso de autos. Para el TC, dado que en instancia aparece en el suplico dicha solicitud de la indemnización referida a los derechos fundamentales violados, no resulta congruente que el TSJ la desestimara, cuando, al tiempo, reconoce que la monitorización del ordenador ha dado lugar a una prueba lícita por violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, el TSJ actúa así porque entiende que la indemnización se había vinculado a una vulneración de los derechos de los trabajadores como consecuencia del despido, por lo que deberíamos preguntarnos qué hubiera pasado si el Tribunal Constitucional hubiera entendido que no existe una solicitud de indemnización en relación con la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba. De hecho, el fallo de la sentencia de instancia es el típico de una sentencia de despido nulo: condena a la readmisión, al abono de los salarios dejados de percibir y a abonar, además, una indemnización (como consecuencia del derecho fundamental lesionado en el despido). Así, si se entiende que el despido no ha producido vulneración de derechos fundamentales debería revocarse la indemnización derivada de dicha actuación empresarial y sólo procederá mantener la que, en su caso, se hubiera solicitado ligada a ilicitud de la prueba. Seguramente esta interpretación no cabe en este supuesto, puesto que, como nos señala el propio Tribunal Constitucional, en la instancia *“la parte actora reclama la declaración de la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales señalados en el ordinal primero del suplico de su demanda, una indemnización por daños morales de 51.439,40 euros, la declaración de nulidad del despido disciplinario producido el 8 de mayo de 2017 y, subsidiariamente, su improcedencia”*, por lo que, aparentemente, no se vincula la indemnización exclusivamente a la nulidad del despido, sino que la solicita en relación con todos derechos fundamentales que se entienden lesionados, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones unidos a la obtención de la prueba, que, a la postre, son los únicos que se entienden violados.

Para evitar esta posible deriva, creemos que sería recomendable que, con base en el art. 26.2 LRJS, cuando se pretenda la ilicitud de una prueba por violación de derechos fundamentales se solicite de forma expresa la indemnización derivada de la misma independientemente de otras que pudieran concurrir como consecuencia del propio despido (en el caso enjuiciado se pretende una indemnización por la lesión del derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones en la obtención de la prueba y otra por entender que el despido es consecuencia del acoso que sufre la demandante). De esta manera, si se declara la ilicitud de la prueba, independientemente de la calificación del despido (aun en el caso de que se declare procedente sobre la existencia de otras pruebas que acreditan el incumplimiento) no cabría revocar en ningún caso la indemnización derivada de dicha prueba ilícita⁴⁴.

⁴⁴ Aunque no se trata del mismo supuesto comentado no podemos dejar de traer a colación la STS de 8 de marzo de 2022 (R^o 130/2019, Sala de lo Social), que entiende que no cabe *“aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que la parte actora no lo pidió ni en la*

4.3. *¿Acaso no se estará reconociendo al empresario un poder de control que excede del que se derivaría de la celebración de un contrato de trabajo?*

Por último queremos dejar constancia de una última reflexión y es que el debate parece haberse centrado en las consecuencias para el despido de la prueba ilícita y, sin embargo, no se atiende al hecho de que los tribunales sean cada vez más permisivos con la aceptación de ciertas pruebas provenientes de procesos de investigación sobre la persona de los trabajadores.

El poder de control empresarial se justifica en virtud de la libertad de empresa y de su necesidad de verificar el cumplimiento de las órdenes laborales impartidas, así como de su interés en velar por el buen funcionamiento de la organización productiva y puede incluir la investigación de algunos ilícitos en atención a la Ley de Seguridad Privada. Ese poder se encuentra limitado por los derechos fundamentales de los trabajadores recogidos en la normativa nacional e internacional, que exige un deber de información previa a la instalación de los mecanismos de control, especialmente cuando el proceso implica el tratamiento de datos personales de los trabajadores. De este modo, no resulta admisible, desde nuestro punto de vista, el establecimiento subrepticio de mecanismos de vigilancia que afecten a datos personales del sujeto vigilado, ni tan siquiera cuando se persiga satisfacer el interés empresarial en conocer quién sea el sujeto culpable de la comisión de un ilícito, pues ésta sería una atribución que no derivaría de poder de control emanado del contrato. En este sentido, la empresa puede establecer medidas de vigilancia con la finalidad de asegurar la integridad de los bienes, instalaciones y personas, para las que basta con cumplir con una obligación de información mínima y que, desde luego, requieren ocultar las medidas de vigilancia implantadas⁴⁵; y también medidas para controlar la actividad laboral, siendo en este caso el deber de información para con los sujetos, cuyos datos personales se van a ver afectados, más exigente, buscando que cese una conducta inadecuada, pero sin que pudiera reconocerse un eventual poder de investigación que afecte al derecho a la protección de datos e intimidad. La posibilidad de castigar al trabajador por ilícitos laborales, e incluso penales, sólo se reconoce cuando su conocimiento deriva de las medidas de vigilancia que atienden a las finalidades anteriores. Así es como debe entenderse el artículo 89.1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuando dispone que, en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, se entenderá cumplido el deber de informar cuando, al menos,

instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, en cuyo escrito solicita expresamente que “se desestime el recurso por ser adecuada a derecho la sentencia recurrida, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2018 en su integridad”, que es, precisamente, lo que esta resolución establecerá en su parte dispositiva”.

⁴⁵ De alguna manera este razonamiento se sigue por la STSJ de Galicia, de 28 de junio de 2021 (Rº. 1545/2021, Sala de lo Social)

se hubiese colocado un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. La norma se refiere al denominado control indirecto de la relación laboral que surge del hallazgo casual, esto es, cuando mediante un sistema de cámaras de vigilancia previsto con fines de seguridad, se captan conductas sancionables. Este control indirecto está directamente relacionado con la videovigilancia para garantizar la seguridad en la empresa, para la que se establece como mecanismo de información la exposición en lugar visible de carteles informativos, de acuerdo con el art. 22.4 de la norma⁴⁶ y, desde luego, no legitima la denominada videovigilancia encubierta. Cuestión distinta es que esa reducción de exigencia legalmente establecida se considere compatible con el derecho de protección de datos por parte del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor de la nueva normativa al respecto⁴⁷. En nuestra opinión ni el Reglamento (UE) 2016/679, ni la Ley Orgánica 3/2018 amparan la realización de métodos de control de la actividad laboral no informados o encubiertos. Las resoluciones judiciales que legitiman estos mecanismos de control que, en ocasiones, ni siquiera están operados por los sujetos legalmente previstos⁴⁸, no podrían ampararse en la STEDH López Ribalda (II), dictada con posterioridad a esta normativa. Esta sentencia ha avalado su utilización cuando concurren unas circunstancias muy concretas, pero siempre que, no olvidemos, se cumplan las previsiones legales, las cuales, en nuestro ordenamiento, han sufrido un importante cambio desde que se produjeron los hechos que dieron lugar a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista, el énfasis debe ponerse en la necesidad de realizar un análisis más riguroso de la licitud de las pruebas que pretendan aportar las partes al proceso, previo a su admisión. Resulta necesario recordar que el juez de instancia es quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, tal y como viene a señalar lo dispuesto en el artículo 90.4 de la LRJS. De este modo, debería insistirse en la obligación de inadmitir la proposición de pruebas que se hubieran obtenido con vulneración de derechos fundamentales. Solamente de este modo se podrían tutelar mejor los intereses de las personas trabajadoras y deslindar claramente entre la tutela de derechos fundamentales y las consecuencias de sanciones disciplinarias adoptadas por el empresario.

⁴⁶ Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020, pp. 343 y ss.

⁴⁷ Cuestión ésta sobre la que, como señala García Rubio, seguimos a la espera de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, pese a la oportunidad que tuvo para hacerlo en su sentencia 160/2021, de 4 de octubre. García Rubio, María Amparo. Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa, *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 32 y ss.

⁴⁸ Altés Tárrega, Juan Antonio. Los sujetos implicados en el control empresarial de la videovigilancia empresarial [en línea]. En Kahale Carrillo, Djamil Tony, Consideraciones a la industria 4.0 desde varias perspectivas: jurídica y económica. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

⁴⁹ Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta..., ob. cit. pp. 345 y ss.

Bibliografía

- Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020, pp. 327-362.
- Altés Tárrega, Juan Antonio. Los sujetos implicados en el control empresarial de la videovigilancia empresarial [en línea]. En Kahale Carrillo, Djamil Tony, *Consideraciones a la industria 4.0 desde varias perspectivas: jurídica y económica*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.
- Asencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita [en línea]. *Diario La Ley*, 9499, 2019.
- Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- Baviera Puig, Inmaculada. Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi*, 12, 2008.
- Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 25/2018, de 12 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 2018, pp. 124-133.
- Casas Baamonde, María Emilia. Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 4, 2021.
- Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002.
- Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad [en línea], XXIX Jornades catalanes de Dret Social - "Noves tecnologies i relacions laborals". Barcelona, España, 2018.
- Díaz Cabiale, José Antonio; Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, Civitas, 2001.
- Fernández Acebo, María Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. A Coruña, 2013. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/11704>
- García Moreno, V. Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra [en línea]. *Diario La Ley*, 9509, 2019.
- García Perrote Escartín, Ignacio. A proba no proceso laboral: algúns puntos críticos recentes. *Revista Galega de Dereito Social*, 13, 2021, pp. 9-20.ç

- García Rubio, María Amparo. Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa. *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 21-46.
- Garriga Domínguez, Ana. El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia constitucional. En *Nuevos retos para la protección de Datos Personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, Dykinson, 2016.
- Gil Plana, Juan. *La Prueba en el Proceso Laboral*. Madrid, Aranzadi, 2005.
- Gómez Colomer, Juan Luis. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *La prueba en el proceso administrativo*. Madrid, Colex, 1992.
- Goñi Sein, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.
- Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita en el proceso laboral [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 11, 2006.
- Martín Flórez, Lourdes, La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción social [en línea]. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 31, 2012.
- Moya Amador, Rosa. La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10, 2013.
- Pedrajas Moreno, Abdón. *Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid, Trotta, 1992.
- Quílez Moreno, José María. La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores [en línea]. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 2019.
- Segalés Fidalgo, Jaime. La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial. Comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 [en línea]. *Aranzadi Social*, 3, 2006.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente; San Martín Mazzucconi, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. *Prueba ilícita y nulidad del despido*. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 3, 2021, pp. 13 26

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

El encaje de las comisiones ad-hoc en la negociación de los planes de igualdad

The ad-hoc committees place in the negotiation of equality plans

Noelia de Torres Bóveda*

*Investigadora predoctoral en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-1501-3686

Recibido: 9/6/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7064>

Resumen:

La institución de las comisiones ad-hoc como fórmula representativa subsidiaria constituye una pieza fundamental en empresas carentes de representantes de los trabajadores. No obstante, su configuración heterogénea, así como su aplicación restringida a determinados supuestos tasados por la norma ha limitado su ámbito de actuación.

La comisión ad-hoc del art. 5.3 RD 901/2020 articula una nueva regulación, la cual incluye como una de sus novedades la expulsión definitiva de las comisiones internas de trabajadores, como una de sus modalidades. Esta nueva configuración ha suscitado diversas controversias en la práctica, principalmente adscritas a la legitimación, la eficacia de los acuerdos alcanzados e, inclusive, la legalidad. El estudio de estos aspectos permitirá cuestionar si realmente esta institución tiene encaje para la negociación de los planes de igualdad.

Palabras clave:

Igualdad; ausencia de representación; comisiones ad hoc; planes de igualdad; negociación colectiva.

Abstract:

The institution of ad-hoc committees as a subsidiary representative formula is a fundamental element in companies without workers' representatives. However, their heterogeneous configuration, as well as their restricted application to certain cases specified in the regulation, has limited their scope of action.

The ad-hoc commission of art. 5.3 RD 901/2020 articulates a new regulation, which includes as one of its novelties the definitive expulsion of the internal workers' commissions, as one of its modalities. This new configuration has given rise to various controversies in practice, mainly related to legitimacy, the effectiveness of the agreements reached and even legality. The study of these aspects will make it possible to question whether this institution really has a place in the negotiation of equality plans.

Keywords:

Equality; absence of workers' representation; ad hoc commissions; equality plans; collective bargaining.

*noelidet@ucm.es

I. Introducción

En el contexto laboral actual, aún hallamos datos que ponen de manifiesto¹ que las mujeres se enfrentan a mayores dificultades, entre otros ámbitos, en el acceso, conservación y promoción en el empleo lo que revela que, instrumentos como los planes de igualdad, se tornen fundamentales.

La flexibilidad de que dispone la institución del plan de igualdad es una de sus ventajas más notorias, pues el hecho de que se trate de un producto de la negociación colectiva posibilita que las empresas puedan adaptarlo a sus circunstancias específicas, permitiendo tomar medidas diseñadas de manera exclusiva para eliminar o, al menos, minimizar aquellos elementos que frenan la gobernanza de la igualdad. Este instrumento, sin embargo, presenta asimismo diferentes aspectos conflictivos que imposibilitan su completa eficacia en la práctica; muchos de ellos vinculados a los sujetos negociadores que componen la comisión de igualdad del plan. En particular, destacan los vinculados a los supuestos de ausencia de representación de los trabajadores, que serán objeto central del presente estudio.

El pasado mes de marzo se produjo la finalización del periodo transitorio establecido por la disposición transitoria décimo segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)², lo que ha supuesto la extensión de la obligatoriedad de estos planes a un mayor número de empresas, pasando de un deber que nacía de la disposición en plantilla de doscientos cincuenta empleados a cincuenta. Ello ha suscitado que la problemática ya existente en materia de ausencia de representantes en la empresa sea haya visto incrementada.

El art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, ya estableció una “solución” alternativa para este tipo de situaciones de carencia de representación, con la previsión de una comisión ad-hoc sindicalizada³, aunque se ha advertido en la práctica que no se trata de una fórmula pacífica, planteando diversos problemas entre los que, incluso, se incluye el de legalidad, como ya se ha puesto de manifiesto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2022 (R.º. 359/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

¹ Véase: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10879#!tabs-grafico>. Los datos indicados en este enlace son públicos y puede accederse a los mismos a través de la página oficial del Instituto Nacional de Estadística. La gráfica adjunta nos permite observar cómo los hombres tienen una tasa de empleabilidad mayor, concretada en el 54,2%, en contraposición a un 43,1% del lado de las mujeres; lo que da como resultado una brecha de género del 11,1%.

Los datos señalados son últimos disponibles y corresponden al año 2020.

² En la redacción que introdujo el art. 1 tres del Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

³ Este trabajo emplea una terminología específica, no novedosa, pero sí menos utilizada en la actualidad. A este respecto, hablaremos de comisiones ad-hoc sindicalizadas o externas para referirnos a aquellas que se hallan integradas por sindicatos y de comisiones laborales o internas, como las compuestas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa, elegidos a través de un proceso democrático.

El presente artículo tiene como principal propósito el estudio de los aspectos más conflictivos que estas comisiones han suscitado en la práctica de la negociación de los planes de igualdad, como son su legitimación para negociar e impugnar, aspectos concretos del proceso de negociación del plan, la eficacia de los acuerdos alcanzados por las mismas o la técnica legislativa empleada para su regulación.

II. Los planes de igualdad

La regulación de esta institución encuentra su origen en nuestro ordenamiento en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dedica parte de su articulado a los planes de igualdad (arts. 45 a 49) y modifica el Estatuto de los Trabajadores (ET), introduciendo los planes de igualdad en su cuerpo legal (arts. 17 y 85.1 ET).

La norma más actual en esta materia es el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que desarrolla con amplitud la configuración jurídica de los planes de igualdad, modificando la previa regulación existente del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y creando una norma específica y autónoma en esta materia, dando cumplimiento al art. 46.6, así como a la disposición final tercera de la LOI.

Los convenios colectivos pueden establecer, asimismo, previsiones adicionales respecto de la regulación de los planes de igualdad.

1. La legitimación para negociar los planes de igualdad

Adentrarnos en esta compleja materia nos lleva a analizar el hecho de que el legislador haya previsto el deber de negociar los planes de igualdad de manera autónoma y específica respecto del deber genérico de negociar dispuesto en el art. 89 ET⁴. Es por esta razón que la negociación de estos instrumentos se establece como un deber adicional, tal y como puede apreciarse al tenor del art. 85.1 ET, en su párrafo segundo. No obstante, ello no conlleva que debamos contemplarlos de manera ajena al deber originario de negociar, pues este instrumento nace precisamente fruto de la negociación colectiva. La propia jurisprudencia ha avalado que la negociación de estos planes habrá de ajustarse a las exigencias establecidas para los convenios colectivos estatutarios, llegando a disponer que “la negociación a la que se refieren esos preceptos y que se debe celebrar en la forma que se determina en la legislación laboral, no es otra que la colectiva prevista en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (ET), negociación que abarca las materias que enumera el art. 85-1 del ET, cuyo párrafo segundo establece, como materia propia de la negociación colectiva, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la

⁴ Nieto Rojas, Patricia. La implantación y efectividad de los planes de igualdad en las empresas, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, Dykinson, nº. 17, 2008, pp. 119-140.

igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad”⁵.

Es importante tener en cuenta, entonces, que en lo que no se prevea por las normas específicas de aplicación a los planes, serán de aplicación las disposiciones del art. 89 ET, destinado a la regulación de la tramitación de los convenios colectivos estatutarios; remisión que refleja la negociación de los planes de igualdad como verdadera negociación colectiva.

De acuerdo al art. 5.2 RD 901/2020, estarán legitimados para la negociación de los planes de igualdad los representantes de los trabajadores y de la empresa; quienes conformarán la comisión negociadora. Dicha comisión se articula como el órgano formalmente constituido para la elaboración del plan.

En lo que atañe a la representación de la parte social, encontramos dos sujetos susceptibles de asumir tal representación. De un lado, el comité de empresa y los delegados de personal; de otro, las secciones sindicales, siempre que éstas cuenten con suficiente implantación en la empresa, es decir, habrán de sumar en su conjunto la mayoría de los miembros del comité o de delegados en la empresa.

2. La legitimación en ausencia de representación de los trabajadores

2.1. Legitimación para negociar en ausencia de representación

El art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 aparece como una de las más relevantes novedades introducidas con respecto a la regulación anterior. En él, se determina que “en las empresas donde no existan las representaciones legales referidas en el apartado anterior se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación”. Este último requisito de ostentar legitimación para integrar la comisión negociadora del convenio ha resultado conflictivo en la práctica, como se advierte en la STS de 15 de julio de 2021 (Rº. 8/2021, Sala de lo Social) donde, en el marco de la negociación de un ERTE, se discute la posible nulidad de la medida por una mala constitución de la mesa negociadora por la parte social, analizando el contenido del art. 23.1 a) del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, que prevé la misma comisión ad-hoc sindical que la establecida para los planes de igualdad⁶, con idéntico requisito de disponer de legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio.

⁵ STS de 9 de mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social). Asimismo, STS de 11 de marzo de 2014 (Rº. 77/2013, Sala de lo Social).

⁶ Si bien es cierto que este precepto adiciona la posibilidad de que “en caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

Especial interés reviste, por tanto, la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en este sentido que si bien se hace en el marco de un ERTE, podría ser aplicable a negociación de los planes. Dicha doctrina determina que, cuando se establece en la norma la necesidad de que los sindicatos puedan integrar la comisión negociadora del convenio aplicable, se refiere al convenio colectivo aplicable o que *sería* aplicable a la misma, es decir, en la empresa no tiene por qué existir un convenio vigente necesariamente que nos dicte los miembros de su comisión, sino que basta con conocer qué sindicatos estarían legitimados para formar parte de la comisión en caso de que se negociara el convenio. Razonó, el Tribunal, que la forma de disponerlo por el legislador es del todo lógica, pues inclusive desde la entrada en vigor del convenio pueden aparecer nuevos sindicatos susceptibles de formar parte de la comisión negociadora por cumplir con la legitimación necesaria para ello. En ese caso, esos sindicatos, aun no habiendo negociado el convenio ya vigente –pero que adquieren de legitimación con posterioridad para haberlo negociado–, estarían legitimados para negociar, en este caso, el plan.

Por último, respecto de este pronunciamiento, es importante señalar que el Tribunal Supremo considera que no se ha de diferenciar entre sindicatos de ámbito estatal o de ámbito autonómico, pues independientemente de ello, lo esencial aquí es que se trate de sindicatos más representativos y simplemente representativos del sector.

El art. 5.3 RD 901/2020 opta por una configuración sindicalizada de la comisión, desechando la posibilidad de la constitución de comisiones internas o laborales; una fórmula que ya observamos en distintos preceptos del Estatuto, como es el art. 41.4 a), sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo⁷. Tanto se ha querido alejar el legislador de esta figura que, directamente, ha decidido suprimir el término de “comisión ad-hoc” de su vocabulario, a pesar de que la comisión que establece en el art. 5.3 RD 901/2020 responda a esta configuración, en su vertiente sindical o externa.

El texto de la norma guarda silencio sobre la posibilidad de que negocie una comisión de trabajadores, pero lo cierto es que en la práctica esta fórmula se da, como queda patente en la reciente STS de 26 de enero de 2021 (Rº. 50/2020, Sala de lo Social), que aborda la nulidad del plan de igualdad por haber sido negociado entre una comisión de trabajadores y la empresa. La empresa decide negociar con esta comisión, pues en el momento en el que nació la obligación de disponer del plan, no contaba con representación de los trabajadores. No obstante, con el paso del tiempo y tras la celebración de elecciones sindicales, la compañía dispuso de representantes legitimados para negociar un nuevo plan de acuerdo a los cauces legales, si bien decidió no hacerlo

⁷ Dicho precepto estatutario establece que “si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (Art. 41.4 a) ET).

y mantener el plan negociado con la comisión de trabajadores, a pesar de las reclamaciones sindicales.

El Tribunal Supremo advirtió que aquellas empresas que superan el número de trabajadores establecido por la norma han de negociar necesariamente con la representación de los trabajadores⁸, no siendo posible el empleo de otras fórmulas atípicas como las comisiones ad-hoc internas. Asimismo, vedó la posibilidad de que la empresa pueda llegar a imponer de manera unilateral el plan, por cuanto el previo diálogo con los representantes en comisión constituye un imperativo legal. Es por esa razón que no cualquier causa será suficiente para justificar la adopción del mismo a espaldas de la parte social. Es más, la propia doctrina del Tribunal Supremo⁹ ha señalado que ello sólo será viable en supuestos excepcionales y aislados, como son la negativa para negociar, el bloqueo o la ausencia de representación.

El Tribunal declaró la nulidad del plan negociado con una comisión de trabajadores¹⁰ que, en el presente asunto, ni tan si quiera podría considerarse ad-hoc en los términos del Estatuto de los Trabajadores, dado que los miembros de la misma no resultaron de la votación por la plantilla en el marco de un proceso democrático, sino que fue la propia mercantil quien se encargó de la designación de estos sujetos –seleccionados por la Dirección de Recursos Humanos–. Circunstancia que supone que esta comisión, de alguna manera, se encontrara “contaminada” por la empresa.

En este caso si el plan que la empresa había negociado hubiera sido elaborado con una comisión ad-hoc en los términos del Estatuto¹¹, a nuestro entender, este plan sí estaría respaldado por uno de los criterios de excepcionalidad, pues no tendría otra alternativa para cumplir con su obligación legal de disponer de dicho instrumento. Ahora bien, desde el momento en que la empresa estuvo dotada de representación legitimada, ésta debía haber procedido inequívocamente a la apertura de un proceso de negociación¹² con la representación para el acuerdo de un nuevo plan dotado de todas las garantías.

Alejándonos del supuesto concreto y centrándonos únicamente en la doctrina que asienta, queremos llevar a cabo una serie de consideraciones. De un lado, es importante

⁸ STS de 11 de marzo de 2014 (Rº.77/2013, Sala de lo Social). Asimismo, véase STS de 28 de junio de 2017 (Rº. 203/2016, Sala de lo Social), donde se hace referencia al uso de las comisiones ad-hoc, caracterizado por hallarse limitado y sujeto a condiciones específicas recogidas expresamente por la norma. Hecho que trae como consecuencia la imposibilidad de considerar legitimados a estos órganos para la negociación de otros productos de la negociación colectiva, como son los convenios o los planes de igualdad.

⁹ STS de 13 de septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social).

¹⁰ Entre otras cosas porque los planes se encauzan a través de las reglas de los convenios colectivos estatutarios, como ya apunta Rivas Vallejo, Pilar. El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión “ad hoc”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. España, BOE, nº. 2, 2021, pp. 1-10.

¹¹ Es decir, una comisión de composición interna o laboral –en este caso– compuesta realmente por trabajadores elegidos por la plantilla a través de un proceso democrático (art. 41 ET).

¹² Que sea posible ampararse en uno de estos supuestos de excepcionalidad no significa que ello de carta a un plan vigente en estos términos si la situación que impedía negociar el plan conforme a las reglas establecidas legalmente cesa. Es por ello que el plan dictado en el marco de cualquiera de estas situaciones extraordinarias será siempre de carácter temporal o provisional.

defender la necesidad de que los planes sean negociados con los sujetos legalmente legitimados para ello, por ser fruto de la negociación colectiva, la cual constituye un pilar fundamental de nuestro sistema de relaciones laborales colectivas. No obstante, nos llama la atención la afirmación que vierte el Tribunal en el fundamento jurídico tercero cuando expresa que la importancia de que los planes sean negociados con la participación de los representantes legitimados reside en “la relevancia de los objetivos perseguidos” –igualdad efectiva–; pues precisamente si la consecución de esos objetivos reviste de tal trascendencia, habría de primar la finalidad sobre la formalidad o, en otras palabras, debería dotarse de cierta flexibilidad en aquellos supuestos en que las empresas han obrado de buena fe –no nos referimos al caso enjuiciado–, pero que por su dimensión y características se han visto imposibilitadas para negociar ante la inexistencia de una representación de los trabajadores, viéndose avocadas a la constitución de una comisión ad-hoc como única vía posible para la adopción del plan. Sin embargo, en principio, podemos concluir que las únicas comisiones habilitadas para la negociación serán las sindicales, negándose tal posibilidad a aquéllas de corte laboral o interno.

2.2. Legitimación para impugnar el plan de igualdad en ausencia de representación.

En lo relativo a la legitimación procesal que pueden tener las comisiones ad-hoc para la impugnación del plan de igualdad hemos de remitirnos a la doctrina general de las comisiones ad-hoc¹³, lo que supone asumir su capacidad de impugnación. No obstante, ello sólo podrá entenderse respecto de las comisiones sindicales, pues son las únicas habilitadas por la normativa de igualdad. Dicha legitimación se ve reforzada, además, si atendemos al art. 5.8 del RD 901/2020, en el que se afirman iguales derechos y deberes a estos representantes que a aquellos que participan en la negociación de los convenios colectivos.

Por tanto, de lo anterior se infiere que si se llegara a negociar el plan con comisión ad-hoc interna, ésta se encontraría desprovista de legitimación para impugnar, habida cuenta de que ya de inicio no se configura ni tan siquiera como sujeto negociador. Es más, el efecto directo de que el plan fuera negociado con este órgano supondría la nulidad del mismo, a no ser que se tratara de un supuesto excepcional. En estos últimos casos, habría de plantearse si esta comisión de trabajadores podría acudir a la vía judicial en representación de la plantilla.

A nuestro juicio, ello sí sería posible, entre otras cuestiones, por haber sido sujetos negociadores y porque se trata de una situación particular sujeta a unas condiciones extraordinarias. En este sentido, podemos apoyarnos en la doctrina contenida en la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017, Sala de lo Social), que admite la negociación asamblearia, es decir, una negociación con los trabajadores de manera directa.

¹³ En relación a esta cuestión, véase SAN de 13 de mayo de 2013 (Rº. 89/2013, Sala de lo Social), STS de 18 de marzo 2014 (Rº. 114/2013, Sala de lo Social), STS de 17 abril de 2018 (Rº. 101/2017, Sala de lo Social).

El Alto Tribunal, en dicho pronunciamiento, permitió tal forma de negociación de manera excepcional, por el hecho de hallarse sujeta a determinados presupuestos especiales. En concreto, refiere a que a) existía voluntad de llevarla a cabo por ambas partes afectadas, b) el número de trabajadores era reducido y c) el acuerdo fue alcanzado por voto mayoritario. La concurrencia de estos presupuestos llevó a considerar que los trabajadores actuaban en una única condición colectiva, implicando la validez del acuerdo alcanzado entre los mismos y la empresa, aun no siendo sujetos habilitados legalmente.

Por tanto, si una comisión ad-hoc interna de trabajadores hubiera sido la encargada de negociar el plan en ausencia de una fórmula legal, podríamos llegar a entender la validez del acuerdo y, asimismo, que en caso de impugnación tendrían también legitimación como sujetos “colectivos” partícipes del plan, pudiendo encuadrar su legitimación a través del art. 17.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que se establece que “los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes”.

Respecto de este aspecto procesal, es importante señalar el criterio de la reciente SAN de 24 febrero de 2020 (Rº. 270/2019, Sala de lo Social), que incide en la cuestión del plazo de prescripción para la impugnación de los planes y dispone que, consecuencia de la vinculación de éstos con la negociación colectiva, “entendemos que resulta de aplicación la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo, según la cual la impugnación por ilegalidad de un convenio no está sujeta a plazo y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia”.

De este modo, se observa cómo la importante asimilación entre convenio y plan llega a ser objeto de traslado al ámbito del proceso laboral.

III. Proceso de elaboración del plan de igualdad y participación de la comisión ad-hoc

1. El estudio diagnóstico

El diagnóstico de situación (art. 46.1 LOI y art. 7.1 del RD 901/2020) es el fruto de la recolección y análisis de los datos de la empresa correspondientes a la situación de igualdad existente en la misma, entre hombres y mujeres. Su fin es la identificación de los factores y elementos que generan desigualdades y discriminaciones en la empresa, a través de la aplicación de indicadores cualitativos y cuantitativos.

Por tanto, sólo una vez identificados los aspectos que generan obstáculos para la existencia de un entorno laboral de igualdad, se podrá comenzar a diseñar y elaborar el correspondiente plan, el cual se conformará como instrumento corrector de todos los déficits identificados.

La propia doctrina de nuestro Alto Tribunal ha reconocido como pieza clave para la elaboración de cualquier plan de igualdad el estudio diagnóstico de la empresa. De este modo, afirma que “resulta absolutamente necesario –para que el plan acometa las necesidades reales que existan en cada empresa en orden a lograr la igualdad real y sustancial

entre todos los trabajadores con independencia de su sexo— contar con una descripción real de la situación sobre la que deben operar las medidas concretas que el plan recoja a fin de establecer aquéllas que se adecuen directamente a las necesidades de cada entorno laboral en orden a la consecución de la exigible igualdad”¹⁴.

El art. 46.2 LOI respecto de la obligación de disponer de diagnóstico, añade que “con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, *en su caso*, con la representación legal de las personas trabajadoras”. Dicho precepto no recoge de forma clara si la negociación del diagnóstico con los representantes será o no preceptiva. No obstante, si atendemos a una interpretación literal de la norma, parece que su intervención será opcional, al disponer que “en su caso” será negociado con estos. Es más, si acudimos a la Parte I del Preámbulo de RD 901/2020, se dispone que “el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, estableció importantes precisiones con respecto al contenido del diagnóstico y el plan de igualdad. [...], estableció también que el plan debía contener los siguientes elementos: (i) diagnóstico de situación, *que debía ser negociado, en su caso*”, pareciendo que el diagnóstico negociado es estrictamente facultativo para la empresa.

No obstante, algunos autores sugieren que cuando la empresa está obligada a negociar el plan de igualdad en base al número de trabajadores que tiene en plantilla (cincuenta en la legislación actual), la empresa estará obligada a negociar con los representantes. La expresión “en su caso”, entraría en juego respecto de los supuestos en que el plan se negocie en ausencia de representantes o cuando su negociación venga impuesta por la Autoridad laboral¹⁵.

En nuestra opinión, la interpretación de que la negociación es facultativa y no obligatoria queda desvirtuada en el propio cuerpo de la norma, al tenor del art. 5.1 del RD 901/2020, que reza “los planes de igualdad, incluidos los diagnósticos previos, deberán ser objeto de negociación con la representación legal de las personas trabajadoras”, lo cual, además, se ve respaldado por el art. 6.1 a) RD 901/2020 que atribuye la competencia de “negociación y elaboración del diagnóstico, así como sobre la negociación de las medidas que integrarán el plan de igualdad” a la comisión negociadora del plan. Este deber de negociación, a nuestro juicio, sólo será excepcionado en caso de ausencia de representantes, tanto unitarios como sindicales, pues en el caso del art. 5.3 RD 901/2020 (sindicatos) o en el de imposición de sanción por parte de la Autoridad laboral (art. 45.4 LOI), si existen representantes, habrá de negociarse con los mismos.

2. La elaboración, adopción e implantación del plan

Completado el estudio previo debe procederse al diseño y desarrollo del plan de igualdad. Se elaborarán las acciones a implementar, estableciendo una metodología y una secuencia

¹⁴ Extracto exacto extraído de la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada en el fundamento jurídico segundo de la STS de 13 de septiembre de 2018 (núm. rec. 213/2017).

¹⁵ Fabregat Monfort, Gemma. La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial, *Revista de derecho social*. España, Bomarzo, nº. 86, 2019, pp. 207-220.

temporal para cada una de ellas, dando prioridad como es lógico, a aquellas conductas discriminatorias con consecuencias más severas o con larga trayectoria en la empresa.

En el proceso descrito anteriormente será fundamental la constitución de una comisión negociadora o, también denominada, “comisión de igualdad” que será el órgano encargado de desarrollar el plan, con la negociación de las distintas medidas a implementar.

Con el fin de iniciar el proceso negociador, la empresa o la representación de los trabajadores –en función de quien decida iniciar la negociación– habrá de llevar a cabo una comunicación mediante la cual se haga constatable la intención de abrir el procedimiento, debiendo la parte receptora dar respuesta a dicha comunicación.

Sobre las exigencias que ha de cumplir el comunicado hemos de apuntar que éste habrá de ser escrito. A lo cual ha de añadirse que, en caso de que estemos ante un supuesto de ausencia de representación de los trabajadores, la empresa habrá de observar con más detalle la forma en que la comunicación se llevará a cabo, pues la misma habrá de ser fehaciente¹⁶; carácter que seguramente se justifica en la existencia de una mayor necesidad de probar que ha mediado buena fe.

En este sentido, debemos cuestionarnos qué entendemos por *comunicación fehaciente*. Frente al silencio del legislador, la respuesta a esta cuestión la hallamos en los pronunciamientos judiciales, pues si bien la norma recoge esta necesidad de “fehaciencia” en variedad de preceptos –especialmente del ET–, en ningún momento se detiene a ahondar en la noción del mismo ni en las exigencias mínimas que en éste han de concurrir para entenderse efectivamente cumplido. Por tanto, cabe afirmar que nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, como sucede cuando se aborda el concepto de buena fe.

La jurisprudencia ha considerado de manera reiterada¹⁷ que hablamos de fehaciencia cuando se produce un “acto expreso de comunicación” o, lo que es lo mismo, cuando la empresa garantiza que la información pretendida llega a los representantes, pero no sólo eso, sino que también se asegura de que queda recogida de forma constatable.

Sobre este último particular, no es escasa la jurisprudencia que ha vedado la posibilidad de que la empresa haga uso de medios poco fiables como pueden ser, el tablón de anuncios¹⁸, el portal del empleado –intranet–¹⁹ o, inclusive en casos más extremos, la comunicación oral. Conviene tener presente que el TS ha afirmado en su sentencia de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social), que aunque la representación conozca la intención de la empresa, el hecho de que ésta no efectúe comunicación formal,

¹⁶ Nieto Rojas, Patricia. Análisis práctico del reglamento de planes de igualdad. *Boletín de igualdad en el empleo (Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado)*. España, Ministerio de Igualdad, 2021. Disponible en: https://www.igualdadenaempresa.es/actualidad/boletin/docs/BIE_3_Analisis_practico_reglamento_pdi.pdf [consulta: junio de 2022].

¹⁷ En sentencias como las que siguen: STS de 21 de mayo de 2013 (Rº. 53/2012, Sala de lo Social), STS de 21 de octubre de 2014 (Rº. 289/2013, Sala de lo Social), STS de 9 de junio de 2016 (Rº. 214/2015, Sala de lo Social), STS de 29 de mayo de 2018 (Rº. 60/2017, Sala de lo Social), STS de 13 de abril de 2019 (Rº. 36/2018, Sala de lo Social) y STS de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social).

¹⁸ STS de 9 de junio de 2016 (Rº. 214/2015, Sala de lo Social).

¹⁹ STS de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social).

desemboca en que ese conocimiento no tenga trascendencia real “por más contundentes que fueran las manifestaciones” realizadas por la empresa.

Por todo lo anterior, cabe concluir que, la comunicación será fehaciente, cuando la información se haga llegar de manera efectiva a la contraparte, pero, además, a través de medios adecuados, lo que a nuestro entender será mediante documento formal escrito.

Una vez realizada la comunicación, los representantes dispondrán de un plazo de diez días para responder (art. 5.3 RD 901/2020); para que, tras ello, se dé comienzo al procedimiento de elaboración del plan.

En caso de que no exista respuesta a la llamada a la negociación, se podrá considerar apta la adopción unilateral del plan, sólo y excepcionalmente si se prueba que la empresa actuó de buena fe e intentando por todos los medios la participación de los mismos.

El total de los integrantes de la comisión será paritario entre las partes y su número de integrantes variará en función del supuesto. En caso de que se carezca de representación y quien actúe sea una comisión ad-hoc externa, el número de miembros representando a cada parte se concretará en un máximo de seis (art. 5.3 RD 901/2020). En el supuesto de que la empresa en cuestión disponga de unos centros de trabajo que cuenten con representación y otros que carezcan de ella –pero haya constituido comisión sindical al efecto–, la norma contempla que la comisión negociadora del plan se ha de integrar por trece miembros por cada una de las partes representadas (art. 5.3 RD 901/2020); número que igualmente se establece en el supuesto “ideal” de representación en toda la empresa (art. 88.4 ET).

Respecto del supuesto de inexistencia de representación de trabajadores, hemos de detenernos a cuestionar el número de miembros determinado por la norma para la representación en comisión sindical. Sobre este particular, se advierten dos posibles cuestiones controvertidas. En primer término, estamos hablando de un número par, lo que supone romper con el principio de imparidad de la negociación colectiva.

El otro aspecto a abordar es la expresión de “máximo” que se establece en el articulado, pues supone que podremos hallar comisiones de composición reducida e incluso unipersonales, dado que no se establece un mínimo de miembros. De este modo, podemos observar como algunos de los aspectos controvertidos ya existente en el régimen general de las comisiones ad-hoc –en sus dos vertientes, interna y externa– son trasladables a la comisión sindical prevista para los de planes de igualdad, pues a ella se han desplazado ciertos déficits ya existentes en la regulación originaria establecida en el Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de ello, cabe apreciar ciertas luces en la norma, como puede ser la previsión del art. 5.8 RD 901/2020 que otorga iguales derechos y obligaciones a los miembros de la comisión de igualdad que a los de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos. La extensión del régimen de derechos y deberes afecta también, en efecto, a los miembros de la comisión ad-hoc externa, lo que supone un traslado expreso de este régimen a estos sujetos.

La elaboración del plan se desarrollará a través de la celebración de reuniones continuadas, habiendo de redactarse un acta tras la celebración de cada una de ellas. El acta contendrá todos los aspectos tratados durante el trascurso de la reunión.

En estos encuentros de diálogo entre las partes se discutirán las materias que se reflejarán en el contenido del plan, así como las medidas que se adoptarán para alcanzar los objetivos perseguidos en cada una de ellas.

3. Consecución del acuerdo y su eficacia

Consecuencia natural del proceso de negociación y elaboración del plan podemos obtener dos posibles resultados. En primer término, alcanzado el acuerdo, no cabe duda de que la eficacia del plan adoptado será general o de afectación a toda la plantilla de la empresa, pues como se viene apuntando estamos ante un producto de la negociación colectiva, que si bien tiene autonomía propia nace de ella como una de sus manifestaciones. Como se ha advertido, “estamos ante un instrumento convencional, de eficacia general y normativa, tanto se contenga en el convenio de empresa, en cuyo caso esa naturaleza es evidente, como cuando se produzca como una negociación diferenciada”²⁰.

En el caso de que el plan sea negociado con la comisión ad-hoc prevista en el art. 5.3 RD 901/2020, el acuerdo alcanzado gozará de idéntica eficacia que el negociado con la representación ordinaria, como se desprende de las previsiones de la norma. La comisión externa se alza como alternativa equiparable en funciones y efectos a cualquier otra comisión negociadora del plan.

Donde realmente se plantean dudas respecto de la eficacia y validez del plan es en el momento en que éste es negociado con una comisión laboral. Cabría considerarse que si este instrumento se negocia con una comisión interna integrada por los propios trabajadores, el plan de igualdad carecería de validez para vincular a toda la plantilla, en tanto que no se configura como órgano legitimado ni ostenta, por analogía, carácter de sujeto colectivo. Lo anterior supone un importante problema ya que para que el plan disponga de validez será necesario que cumpla con los requisitos que le otorgan ese carácter colectivo y de eficacia general²¹.

La segunda posible circunstancia ante la que podemos hallarnos es la no obtención de acuerdo entre representantes de la empresa y de los trabajadores. En estos casos, la empresa se enfrenta a una situación realmente delicada, pues viene obligada a negociar y llevar a buen puerto el diálogo para poder adoptar el plan de igualdad exigido. Es, por tanto, muy necesario que la empresa acredite que medió buena fe en todo momento y que obró con lo que estuvo en su mano a fin de alcanzar la adopción consensuada del

²⁰ De este modo se refleja expresamente por Alfonso Mellado, Carlos Luis. Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido, *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. España, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 5, nº. 2, 2020, pp. 33-55.

²¹ Ramo Herrando, María José. Dudas en torno a la negociación de los planes de igualdad: la respuesta de los Tribunales, *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. España, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 5, nº 2, 2020, pp. 215-235, que señala que “el carácter colectivo del plan de igualdad es un requisito de validez del mismo. [...] el no cumplimiento de la obligación podrá suponer la declaración de nulidad del plan de igualdad”.

plan. De lo contrario, si la empresa adopta el plan unilateralmente sin la intervención de ninguno de esos elementos estará incurriendo en un incumplimiento que supone la nulidad del plan de igualdad.

Además, tal actuación comportaría la vulneración del derecho a la libertad sindical en el caso de los sindicatos (art. 28.2 CE) al no tener en consideración sus peticiones, para proceder a la aprobación aislada e independiente del plan.

La importancia de la buena fe negocial se puede apreciar en la jurisprudencia a través de sentencias como la STS de 13 septiembre de 2018 (R.º. 213/2017, Sala de lo Social). Dicho pronunciamiento analiza la nulidad del plan de igualdad, por haber sido adoptado de manera unilateral por la empresa, sin atender a las peticiones de la representación de los trabajadores (en este caso, de corte sindical).

Conforme avanzaron las reuniones la parte social manifestó que no se estaba produciendo un diálogo, sino que eran encuentros vacíos de contenido, donde la empresa no atendía a sus peticiones. Tal y como se refleja en la sentencia, “la negociación como tal no ha existido, siendo siempre la intención de la empresa crear una apariencia de que ésta se está produciendo. Ya que la simple sucesión de reuniones sin que por parte de la empresa se cumplan los compromisos adquiridos no puede entenderse como negociación”. Se produjo una situación de bloqueo, que devino en que las partes se vincularan a través de un acuerdo en el SIMA para asumir el compromiso de alcanzar un acuerdo; compromiso que finalmente no se cumplió, vulnerando la obligación establecida en el art. 45 LOI.

Ante dicho incumplimiento, la ITSS realizó requerimiento a la empresa para cerrar de manera definitiva la negociación del plan en el plazo de dos meses desde la comunicación del mismo. La empresa hizo caso omiso y procedió a adoptar el plan de igualdad de manera unilateral.

Los representantes interpusieron demanda ante la Audiencia Nacional, donde se declaró la nulidad del plan, así como la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva. El asunto se elevó por la empresa a nuestro Alto Tribunal, impugnando la vulneración del derecho a la libertad sindical, pero no la nulidad del plan.

A este respecto el Tribunal Supremo consideró que para la elaboración del plan es preceptiva la existencia de negociación entre las partes, siendo la negociación colectiva un instrumento básico y fundamental de la actividad sindical. En el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos no sólo ha de considerarse su dimensión subjetiva, entendida esta como “afectación, privación o condicionamiento injustificado” de este derecho, “sino que alcanza, también, al sindicato en cuanto que representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses”.

En relación al contenido de negociación colectiva del derecho de libertad sindical, el Tribunal Supremo coligió su vulneración por parte de la empresa, al no haber mediado la buena fe requerida durante el proceso negociador; su actitud fue rígida e impeditiva.

Este pronunciamiento nos permite plantearnos si la obligación de contar con plan de igualdad es una obligación de resultado o únicamente de negociar. Si acudimos a la

norma, podremos observar que nada se dice en este sentido, tan sólo se hace referencia a la necesidad de negociar con la representación de los trabajadores, es decir, no parece exigir la obtención de acuerdo. Esta misma interpretación es la que lleva a cabo la Inspección de Trabajo en el pronunciamiento estudiado que, ante la adopción unilateral del plan por el empresario, respondió que “los planes de igualdad deben ser siempre negociados o consultados con los representantes de trabajadores, pero no son siempre resultados de acuerdo entre empresa y representantes de trabajadores, conforme se establece en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La legislación impone una obligación de actividad y no de resultado, es decir a lo que se obliga a la empresa es a negociar pero no a llegar a un acuerdo”.

Parece lógico acoger esta interpretación, entre otros motivos, porque como venimos reiterando la regulación de los planes es reflejo de la ya establecida para la negociación colectiva general en el Estatuto. En este caso, la nulidad no sólo se declaró por no mediar buena fe por parte de la empresa, sino también como consecuencia de la regulación específica del plan de igualdad en el convenio colectivo de aplicación (convenio de Contact Center), que disponía que las empresas de menos de 250 trabajadores tenían la obligación de consultar o negociar con los representantes de los trabajadores; “en cambio, para las que superen dicha cifra, condiciona la elaboración del Plan de Igualdad al acuerdo entre la dirección y los representantes de los trabajadores”. Por ende, la obligación de resultado se impuso por la negociación colectiva²² y no por la normativa de igualdad.

Entonces, si en principio no hay obligación de resultado ¿qué efectos nacen de la adopción unilateral del plan por parte de la empresa? La respuesta a esta pregunta depende de cómo y de por qué se ha adoptado el plan de tal forma. De un lado, si la falta de acuerdo con la representación de los trabajadores trae causa en la existencia de algún incumplimiento o defecto por parte de la empresa el plan será nulo²³, como ya se ha señalado y queda respaldado por la jurisprudencia²⁴. La empresa tiene la obligación de negociar el plan con los representantes, lo que supone que deberá actuar conforme a las reglas de la buena fe, proporcionando la información necesaria, teniendo en cuenta las propuestas de la parte social y no obstaculizado injustificadamente el proceso negociador.

²² Esta obligación de acuerdo vía convenio, la encontramos también en sentencias como la STS de 14 de febrero de 2017 (Rº. 104/2016, Sala de lo Social), en la que se dispone que, añadida a la obligación legal de negociar, “el convenio colectivo al que remite la ley, señala que el Plan de Igualdad que se suscriba en la empresa ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores”.

²³ Podemos señalar: la existencia de mala fe, de defectos formales o defectos en la composición de la comisión negociadora del plan.

²⁴ En este sentido, la STS de 9 mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social) observa que “no ha llegado a constituirse la comisión negociadora de la manera prevista en los artículos 88 y 89 del ET y, aparte los defectos formales y de fondo existentes en la que se creó con mayoría de la parte empresarial, resulta que los acuerdos no se tomaron en la forma prevista en el citado art. 89-3, lo que les priva de validez”. En ese momento, todavía no existía el desarrollo reglamentario del RD 901/2020.

A modo de ejemplo, las ya aludidas STS de 9 mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social) y STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social).

De otro lado, el plan publicado por la empresa sin participación de los representantes de los trabajadores podrá considerarse válido si se dan una serie de circunstancias excepcionales que, conforme a la jurisprudencia²⁵ son 1) la negativa para negociar de la contraparte, 2) el bloqueo por la contraparte o 3) la ausencia de representación.

En relación a los supuestos mencionados ha de señalarse que no bastará con que con su simple existencia para que la empresa pueda imponer unilateralmente el plan con efectos de validez; sino que deberá poder probarse por parte de la misma una actuación diligente y de buena fe. Así, no podemos evitar cuestionarnos qué habría de hacer la empresa para que conste tal forma de proceder. Los Tribunales han considerado, entre otras posibilidades, el agotamiento de los medios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos como forma de acreditar ese ánimo negociador y de apertura. En adición a lo anterior, otro medio de prueba del cumplimiento de la buena fe es el hecho de acudir al comité paritario del convenio colectivo de aplicación, pues este órgano tiene asimismo funciones de mediación²⁶.

Asimismo, la empresa con carácter previo a la adopción unilateral también podría reclamar a la representación de los trabajadores la participación y no obstaculización del proceso a través de la vía judicial.

Como vemos, es cuanto menos complejo que un órgano judicial pueda llegar a aceptar la adopción unilateral del plan de igualdad, máxime cuando su negociación con la parte social constituye un mandato legal irrevocable y de necesario cumplimiento. En estos casos, el plan tendrá carácter provisional y excepcional hasta que se acuerde uno provisto de todas las garantías.

Para terminar, hemos de señalar la posibilidad de que los sindicatos soliciten una indemnización por los daños causados en los supuestos de imposición unilateral del plan por la empresa²⁷.

IV. El posible carácter *ultra vires* del art. 5.3 del Real Decreto 901/2020

La introducción de la comisión ad-hoc como sujeto negociador en la normativa de igualdad a través del art. 5.3 RD 901/2020 no ha sido una cuestión pacífica, pues observamos que se trata de un precepto que no cuenta con una habilitación legal expresa para su desarrollo en la LOI, la cual concreta en su art. 46.6 como materias susceptibles de desarrollo, “el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad”.

²⁵ STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social), STS de 25 de mayo de 2021 (Rº. 186/2019, Sala de lo Social).

²⁶ STS de 9 de mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social).

²⁷ Podemos observar cómo dicha indemnización es comúnmente solicitada, a través de sentencias como la ya aludida STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social) o, anteriormente, la STS de 14 febrero de 2017 (Rº. 104/2016, Sala de lo Social).

Esta ausencia de previsión de desarrollo intentó salvarse en el propio Dictamen elaborado a propósito de la promulgación del RD 901/2020²⁸, donde el Consejo de Estado justifica que la no observancia de esta materia en la Ley como susceptible de desarrollo reglamentario no es óbice para su disposición en el Real Decreto, pues entiende que “la intención del legislador no parece haber sido imponer en esta materia una estricta reserva de ley”. En nuestra opinión, tal justificación es insuficiente e, incluso, carente de fundamento, ya que el silencio en este sentido no habría de suscitar en el legislador una puerta abierta a la regulación, máxime cuando nuestro ordenamiento impone de manera expresa una previa habilitación legal.

Con objeto de profundizar acerca de la cuestionable validez del precepto, así como de su posible carácter *ultra vires* resulta obligado analizar la muy reciente STS de 28 de marzo de 2022 (Rº. 359/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que precisamente discute la validez del del art. 5.3 del RD, tras haber sido impugnado por la CEOE, que consideró que el precepto había de ser anulado por incumplir el requisito de reserva de ley, alegando que introdujo *ex novo* las partes legitimadas para negociar, sin previa habilitación legal para ello. En opinión de la representación de la patronal, este desarrollo reglamentario no puede sostenerse sobre la disposición final primera del RD-ley 6/2019 ni sobre la disposición final tercera de la LOI²⁹, pues se tratan de habilitaciones “amplias, vagas y, por su indefinición, susceptibles de afectar a materias relevantes en el supuesto de no interpretarse restrictivamente y mantenerse dentro de los límites establecidos por nuestro ordenamiento”.

Los sindicatos –UGT y CCOO–, de otro lado, defendieron que tal incumplimiento no existía en tanto que la norma de desarrollo venía a replicar lo ya establecido en el Estatuto de los Trabajadores sobre los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos.

El Abogado del Estado sostuvo que el hecho de que el art. 53 CE establezca la reserva de ley no excluye la posibilidad de que se desarrolle el contenido de la ley por la vía reglamentaria. Además, afirmó que el art. 37 CE legitima a todos los representantes de los trabajadores y no sólo a los contenidos en el ET, poniendo como ejemplo la existencia de los convenios colectivos extraestatutarios. No obstante, lo que no dice es que a pesar de que ello sea posible, la eficacia que se desprende de la negociación paccionada derivada del Estatuto y de aquella efectuada extramuros del mismo no va a tener iguales efectos. Bien es sabido por todos, que los convenios al margen del Estatuto disponen de eficacia limitada y, en nuestro caso, los planes de igualdad están previstos como produc-

²⁸ Dictamen urgente sobre el Real Decreto por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo. Ref. 516/2020. Puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://transparencia.consejo-estado.es/view.php?id=1178>

Llama la atención, de hecho, que en el propio Dictamen elaborado a propósito de la promulgación del RD 901/2020, el Consejo de Estado propone modificaciones en todo este precepto a salvedad del apartado tercero relativo a las empresas sin representación.

²⁹ Estas disposiciones establecen que el Gobierno “deberá” –en el caso del RD-ley– y “está autorizado” –en el caso de la LOI– para “dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo” del/la presente real decreto-ley/Ley.

tos colectivos de eficacia general³⁰, al igual que los convenios colectivos estatutarios. Es por ello, que no podemos compartir tal argumentación.

Según la opinión jurídica del Abogado del Estado, este desarrollo reglamentario era imprescindible para garantizar la eficacia de este instrumento, si bien hemos podido evidenciar a lo largo de este trabajo que la presente previsión se halla lejos de solventar las problemáticas que plantea la carencia de representantes.

Atendidas las diversas posturas, la Sala de lo Contencioso-administrativo resuelve la validez del precepto enjuiciado sobre la base de que, siendo cierto que se exige reserva de ley, ello no obsta para que para que los elementos introducidos por la ley sean perfilados reglamentariamente. En esta materia, por tanto, la LOI sería susceptible de ser desarrollada reglamentariamente en sus elementos esenciales.

Afirma el Tribunal Supremo, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, que las reglas de legitimación para negociar planes de igualdad no pueden ser otras que las recogidas por el Estatuto. Así, consideró que el RD lo que hace es únicamente especificar la legitimación que ya se establecía en las normas con rango de Ley. En este sentido, sorprende que el Tribunal se esmeró en justificar el precepto acudiendo a distintos pronunciamientos para argumentar la legitimación de los sindicatos más representativos. Sin embargo, guardó silencio respecto de los simplemente representativos, que también figuran como sujetos habilitados para la negociación. En conclusión, el TS considera que se trata de un precepto es válido y no vulnerador del principio de reserva de ley.

Nuestro juicio no puede ser coincidente con el del Tribunal, pues como expon-dremos a continuación, sí se introducen elementos *ex novo*. No podemos olvidar, que el art. 45.1 LOI determina respecto de los planes “que deberá ser asimismo objeto de negociación *en la forma que se determine en la legislación laboral*”. Remisión a la legislación laboral que nos lleva a atender a los representantes y reglas de legitimación establecidas para los convenios colectivos –a las que de hecho se remite el art. 5.2 RD 901/2020 con carácter subsidiario– como aplicables en la negociación de los planes. El Título III ET, conector de la posible carencia de representantes electos en la empresa, dispone en su art. 88.2 la posibilidad de constituir la parte social de la comisión negociadora en estos casos, con los sindicatos más representativos del sector, ya sean a nivel estatal o autonómico. Esto nos lleva a concluir que, en contra de lo defendido por los sindicatos en el presente pronunciamiento, no estamos ante una reiteración de lo ya recogido por el Estatuto, pues la norma reglamentaria introduce una novedad, y es que los representantes simplemente representativos estarán, asimismo, legitimados para negociar. A esta habilitación, como ya sabemos, se le añade la condición de que sean susceptibles de formar parte de la comisión negociadora del convenio, lo cual resulta en cierto modo paradójico si reparamos en que para que un sindicato simplemente representativo pueda conformar dicha comisión, ha de contar con implantación en la empresa, a través de la representación unitaria; representación de la que, precisamente, carecemos en estos supuestos. Esto

³⁰ Pues de acuerdo a la STS de 8 de mayo de 2017 (Rº. 85/20216, Sala de lo Social) “la negociación a la que se refieren esos preceptos y que se debe celebrar en la forma que se determina en la legislación laboral, no es otra que la colectiva prevista en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (ET)”.

supone que el Reglamento estaría legitimando a los sindicatos representativos sin exigir el requisito de implantación vía representación unitaria en la empresa, lo que supone una modificación de las reglas del Estatuto.

Es, por ello, que consideramos que nos encontramos ante un precepto *ultra vires* en la medida en que rebasa el alcance que le es atribuible jurídicamente, dado que introduce sin autorización previa una novedad que afecta a materias esenciales de la norma.

Entendemos que el legislador ha efectuado una interpretación forzada en búsqueda de cubrir una necesidad socioeconómica relevante con importantes efectos en la igualdad en la empresa, pero ello no puede comprometer, de ningún modo, principios tan básicos de nuestro ordenamiento, como es el de reserva de ley (arts. 9.3 y 53.1 CE).

V. Comentario final

La regulación articulada a través del art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 pone de manifiesto que el legislador advierte y, en cierto modo, se preocupa por esta problemática. La opción adoptada, de preferencia de la composición sindical sobre la laboral, no es novedosa, es más, ha existido desde el momento de creación de la fórmula ad-hoc. Ahora bien, en esta regulación no hallamos un simple favorecimiento de un tipo frente a otro, sino, directamente, una eliminación total de la composición interna. Dicha falta de previsión de la comisión interna, a nuestro juicio, supone una limitación innecesaria, dada la frecuencia con que se producen estas situaciones y la necesidad de disponer de medios que permitan la participación de los trabajadores en la empresa.

Sabemos que para que los órganos ad-hoc puedan ser considerados como representantes legitimados es requisito inexorable que se determine expresamente en un precepto legal, lo cual se sustenta en el art. 37.1 CE, que dirige las reglas de legitimación a la normativa laboral específica. Es en base a ello, que no existe vía alternativa que nos permita encauzar la legitimación de la comisión ad-hoc de corte interno para la negociación de los planes en nombre de la plantilla. En consecuencia, si bien bajo esta configuración se encuadran órganos ad-hoc internos como los recogidos en el Estatuto³¹, no así lo hacen las “potenciales” comisiones internas de los planes de igualdad, pues ni tan siquiera existen. Cabe, por tanto, concluir que las comisiones ad-hoc compuestas por trabajadores no tienen encaje en la negociación de los planes de igualdad, tanto por la propia redacción del art. 5.3 RD 901/2020, como por tratarse el mismo de un precepto *ultra vires*.

³¹ Sentencias como la STS de 18 de marzo de 2014 (Rº. 114/2013, Sala de lo Social) y la STS de 27 de septiembre de 2017 (Rº. 121/2016, Sala de lo Social), afirman la naturaleza legal de los órganos ad-hoc, pero sólo de aquellos legitimados por el propio cuerpo de la norma. A este respecto, el segundo de los pronunciamientos citados dispone que la expresión “representación legal de los trabajadores” ha de interpretarse en el sentido de “que hace referencia a los representantes electos, a los sindicales y a los designados “ad hoc” para un caso concreto”.

Digitalización y sucesión de empresa

Digitalisation and transfer of undertakings

David Martínez Saldaña*

Asociado coordinador en Uría Menéndez

Recibido: 14/5/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7065>

Resumen: La sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE, traspuesta en España en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es una institución que, en esencia, tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores, asegurando que, cuando se transmite una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, los trabajadores sean subrogados y exista una responsabilidad solidaria, laboral y de seguridad social por las obligaciones devengadas antes de la transmisión.

Los imparable cambios e irrupciones que se están produciendo en el concepto de empresa, que está basculando de un concepto tradicionalmente basado en los bienes materiales y la maquinaria a un concepto intensivo en componentes inmateriales y digitales (clientela, algoritmos, aplicaciones informáticas, software, inteligencia artificial, etc.), están provocando una profunda transformación en lo que debe entenderse por una empresa. En la medida en que el concepto de empresa está cambiando, se modifica, igualmente, el concepto de sucesión.

Este trabajo tiene por objeto analizar el criterio jurisprudencial sobre el “valor de los medios inmateriales antes de la transmisión”.

Palabras clave: sucesión de empresa, subrogación, medios inmateriales, algoritmos, “valor de los medios inmateriales antes de la transmisión”.

Abstract: The transfer of undertakings rules under Directive 2001/23/EC, implemented in Spain through article 44 of the Statute of Workers, essentially aim to protect employees' rights by ensuring that when undertakings, businesses or parts of undertakings are transferred (i) the employees are taken on by the transferee; and (ii) the transferor and transferee are jointly and severally liable for the labour and social security liabilities that accrued up until the point of the transfer.

Inexorable change is transforming the traditional concept of an undertaking from one based on tangible assets and machinery to a new one in which intangible and digital assets (clients, algorithms, apps, software and AI, etc.) feature heavily. This is in turn provoking a significant shift in the concept of a transfer of undertakings.

*david.martinez@uria.com

This article analyses the criteria used in the case law on the “value of intangible assets at the time of transfer”.

Keywords: transfer of undertakings, taking on employees, intangible assets, algorithms, “value of intangible assets at the time of transfer”.

1. Introducción y objeto del presente trabajo

La sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE, traspuesta en España en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es una institución que, en esencia, tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores, asegurando que, cuando se transmite una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, los trabajadores sean subrogados y exista una responsabilidad solidaria, laboral y de seguridad social por las obligaciones devengadas antes de la transmisión.

Como ha señalado Schwab¹, estamos en los albores de la cuarta revolución industrial y este hito va a suponer que “*un mayor poder cognitivo va a aumentar la producción humana*”. Como consecuencia de esta evolución productiva, el concepto de empresa está actualmente fuertemente tensionado y sujeto a cambios relevantes, pues la cuarta revolución industrial, iniciada a principios del siglo XXI, se basa en una revolución digital que es la base de la denominada, “industria 4.0” (término acuñado en la feria de Hannover de 2011 para “*describir la revolución de las cadenas de valor globales*”). Así, irrumpe con nuevos elementos tales como “*un internet más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que son cada vez más baratos, y por la inteligencia artificial y el aprendizaje de la máquina*”².

Estos imparable cambios e irrupciones que se están produciendo en el concepto de empresa, que está basculando de un concepto tradicionalmente basado en los bienes materiales y la maquinaria a un concepto intensivo en componentes inmateriales y digitales (algoritmos, aplicaciones informáticas, *software*, inteligencia artificial, etc.), están provocando una profunda transformación en lo que debe entenderse por una empresa y, en consecuencia, afecta al concepto de transmisión empresarial.

Un testimonio de esta transformación la recogen las Resoluciones del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 sobre la inteligencia artificial en la era digital o la de 12 de febrero de 2019 sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, que comenta con detalle Rojo Torrecilla³. Menciona el apartado 5 de esta última la existencia de ese cambio “(...) *en el panorama industrial actual existe*

¹ Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate-Penguin Random House, 2016, pág. 20.

² *Idem*, pág. 20.

³ Rojo Torrecilla, Eduardo, 2022. Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA. En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> [consulta: 23 de junio de 2022].

un delicado equilibrio entre los propietarios y los trabajadores; estima que la aplicación de la inteligencia artificial en la industria debe avanzar en el marco de una amplia consulta con los interlocutores sociales, ya que el posible cambio en el número de personas que trabajan en el sector requiere políticas proactivas que ayuden a los trabajadores a adaptarse a las nuevas demandas y garantizar que los beneficios sean ampliamente compartidos; (...) para ello es necesario reconsiderar y rediseñar las políticas del mercado de trabajo, los regímenes de seguridad social y la fiscalidad”.

El cambio afecta también y sin duda a la figura de la sucesión de empresa. En la medida en que el concepto de empresa está evolucionando a gran velocidad, la sucesión de empresa se ve también alterada (el Derecho va siempre a remolque de los cambios que experimenta la sociedad). La jurisprudencia social lleva ya años generando criterios interpretativos a modo de distintos estratos que se van sobreponiendo en el concepto de sucesión de empresa, enriqueciéndolo y tratando de adaptar la figura a los nuevos tiempos. Este trabajo tiene por objeto señalar algunos de esos criterios interpretativos que se están produciendo recientemente para adaptar la figura de la sucesión de empresa al nuevo concepto de empresa, sobre todo, en lo que respecta a uno de los elementos que maneja la jurisprudencia para determinar si existe o no sucesión de empresa: la cuestión acerca de si se han transmitido “elementos inmateriales y su valor”.

2. El “conjunto de elementos a examinar”

Para determinar si existe o no una sucesión de empresa, la doctrina judicial ha ido dejando atrás el clásico análisis acerca del cumplimiento del elemento objetivo y subjetivo, y se centra ahora en revisar si concurren o no en el supuesto el “conjunto de elementos” o “aspectos a evaluar conjuntamente”.

Fue la jurisprudencia comunitaria la que vino empleando este sistema o método, que aparece de manera constante en su doctrina. Se trata de revisar una serie de aspectos que deben “evaluarse en su conjunto” para determinar si existe una sucesión de empresas del artículo 44 ET. Por todas, se citan la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (“STJUE”) de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers (TJCE 1986,65), una de las primeras en las que aparece este método, seguido por muchas otras en sucesivas generaciones. Por citar solo algunas de las más conocidas, señalamos la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto Temco (TJUE 2002, 29); STJUE de 20 de noviembre de 2003, asunto Abler (TJCE 2003, 386); STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Amatori (TJCE 2014, 60); STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto Ferreira da Silva (TJCE 2015, 368); STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto Aira Pascual (TJCE 2015, 283); o, más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Dodic (JUR 2019, 144657), o la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto Reiner Grafe y Jürgen Pohle (TJCE 2020, 24).

Esta última sentencia recuerda, por ejemplo en su apartado 24, ese conjunto de elementos o de circunstancias de hecho a analizar y precisa que se deben sopesar los

hechos de la operación examinada de manera conjunta. Destaca que, en primer lugar, aparezca en la enumeración “*el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate*”. En efecto, aquí se remarca que el análisis de los criterios conjuntos debe producirse en el contexto del tipo de actividad, el tipo de empresa de la que se trata y, por tanto, en la medida en que el concepto de empresa ha evolucionado y descansa, cada vez más, en elementos intangibles como la clientela o la inmaterialidad, esa evolución del concepto de empresa juega aquí un papel relevante precisamente en el primero de los criterios ofrecidos por el TJUE. Adicionalmente, se debe comprobar también “*(...) el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades*”.

En todo caso, recuerda el TJUE que “*estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C160/14, EU:C:2015:565, apartado 26 y jurisprudencia citada)*”.

Por tanto, el análisis se debe realizar caso por caso y aquí reside la riqueza y conjunto de matices en la jurisprudencia que analiza si existe o no sucesión de empresa. Esos aspectos a evaluar conjuntamente son los siguientes: (i) tipo de empresa/centro de actividad –aunque tienda a olvidarse, este es el más relevante de todos ellos, pues el análisis hay que realizarlo teniendo en cuenta dónde descansa la actividad, cuál es el tipo de actividad que se está analizando y cuál es el peso de cada uno de los elementos en esa actividad, para saber si la concurrencia o ausencia de alguno de ellos es decisiva–; (ii) existencia de transmisión de bienes materiales (edificios, bienes muebles...); (iii) que el nuevo empleador se haga cargo de la mayoría de los trabajadores (en términos de número y competencias); (iv) existencia de transmisión de bienes inmateriales y su valor en el momento de la transmisión, criterio que cada vez está ganando más preponderancia como a continuación se expondrá; (v) transmisión de clientela, que es otro de los criterios que se está tomando en especial consideración; (vi) grado de analogía de las actividades ejercidas antes de la transmisión y después de ella; y (vii) duración de una eventual suspensión de las actividades.

Estos aspectos globales han sido también asumidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde hace años. Así, hay que citar, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3649), que analiza un caso de sucesión de contratistas de vigilancia y servicios auxiliares de información en grandes superficies comerciales, aunque también pueden citarse muchas otras sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que incorporan este criterio de análisis, como por ejemplo la Sentencia 619/2021, de 10 de junio de 2021, recurso 4926/2018; la Sentencia 1028/2020, de 25 de noviembre, recurso 648/2018; o la Sentencia 510/2021, de 11 de mayo de 2021, recurso 1772/2018, entre muchas otras. Todas ellas realizan el análisis a través del “conjunto de elementos” y citan numerosa jurisprudencia de la Sala Cuarta y del TJUE que sigue la misma metodología.

Ya se ha dicho que estos criterios constituyen aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente. En este punto resulta de interés el enfoque que algún sector de la doctrina⁴ ha aportado a la cuestión de qué importancia debe atribuirse a cada uno de estos criterios. En realidad, es el primero de esos criterios (tipo de empresa/centro de actividad) el que nos advierte de que hay que pararse a pensar en el peso y relevancia de cada uno de ellos, pues en cada actividad uno u otro criterio tendrán peso distinto. Por tanto, ese “*tipo de empresa, tipo de actividad de la que se trate*” ya da pie a considerar que, en la medida en que el concepto de empresa ha evolucionado y ahora descansa de manera cada vez más notable en los elementos inmateriales, estos van a ser determinantes para concluir si existe o no sucesión de empresa.

Recuerda Cavas Martínez⁵ que la importancia respectiva y peso específico que debe atribuirse a los distintos criterios propuestos por el TJCE para determinar la existencia de una sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE y del artículo 44 ET, criterios que ya fueron enunciados desde hace ya muchos años en la sentencia Spijkers, “*varían, necesariamente, en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. De ahí la importancia de que los tribunales lleven a cabo una valoración conjunta de todos ellos, debiendo enjuiciarse cada caso según las circunstancias concurrentes*”.

Por tanto, deberá analizarse cuál de ellos es decisivo; además, deberán examinarse en conjunto, caso por caso, y deberá advertirse también que, cuantos más de esos elementos concurren, mayor será la probabilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresas del artículo 44 ET. Al final, la manera de proceder a este análisis recuerda de algún modo a una balanza en la que, cuantos más esos elementos concurren (o más significativos sean), más pesas se añaden a ella (o se añaden pesas de mayor envergadura) hasta que ese peso vence el equilibrio y se declara la sucesión de empresas. En este marco, el peso de los elementos inmateriales puede desequilibrar esa balanza.

3. Elementos inmateriales y su valor

En un nuevo entorno en el que la digitalización impera y en el que las empresas centradas en actividades en las que la tecnología es el elemento preponderante y esencial de la actividad, lógicamente, los elementos inmateriales se van imponiendo en el análisis del conjunto de elementos que debe realizarse, caso por caso, para concluir si existe o no una sucesión de empresa.

⁴ Cavas Martínez, Faustino. A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 5, 2005, pág. 6 (BIB 2005, 2804).

⁵ *Idem*, pág. 6.

a) Los medios inmateriales pueden resultar decisivos para determinar la existencia de relación laboral, también para definir al empleador y, por tanto, también para determinar la existencia o inexistencia de sucesión de empresa

Esta tendencia a considerar el peso específico de los elementos inmateriales no es exclusiva del campo de la sucesión de empresa, sino que se ha podido comprobar como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta de manera decisiva el valor que encierra la puesta a disposición de una aplicación (*app*) a los *raiders*, para determinar que existe una relación laboral, en la conocida sentencia del asunto Glovo (Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020). Que la *app* haya resultado esencial para concluir que su puesta a disposición revela la ajenidad en los medios, y que esto es determinante para concluir que existe una relación laboral, es una cuestión que trasciende ese puro análisis o test de laboralidad y que impacta también en otros aspectos jurídico-laborales, como la existencia o inexistencia de una transmisión de empresa.

Es especialmente pertinente traer a colación la consideración de los medios inmateriales en la determinación de la existencia o no de una relación laboral. Y ello porque, como ha venido señalando la doctrina científica (Prassl), la consideración y análisis sobre si existe o no una relación laboral resulta también de utilidad para conocer el concepto de empleador, pues “*el análisis de los factores que hacen que un individuo sea considerado un empleado, permite, igualmente, extraer conclusiones sobre el concepto de empleador*”⁶. De hecho, se ha razonado en este punto que las dificultades en identificar a la figura del empleador también surgen para identificar a la empresa cedente en las sucesiones de empresa⁷.

Y es que, en definitiva, concepto de empresario y de trabajador son las dos caras de la misma moneda unidas por el sinalagma. Determinar si estamos ante un contrato de trabajo, ante una relación laboral por cuenta ajena, también conlleva el conocimiento acerca del empresario, pues al final –como recuerda Mercader Uguina– el concepto de empleador es un concepto traslativo que gravita en torno al de trabajador⁸. Por tanto, el primero (concepto de empleador) se delimita en la medida en que actúa contractualmente junto con el segundo (el concepto de empresa).

En este contexto, conocer cómo se configura el concepto de empresario, empleador o empresa, también conlleva, en definitiva, conocer el concepto de unidad productiva. Y precisamente en ese punto, la evolución de este concepto clásico que se encuentra “*tensionado y bajo presión*”⁹ en nuestra sociedad postindustrial que ha dado paso a la “*empresa ingrávida*” incide en el concepto de sucesión de empresa. De hecho, Desdentado Bonete sostuvo hace ya unos años que “*la fragmentación de la empresa lleva a un tipo*

⁶ PRASSL, Jeremías, *The concept of the employer*. New York, Oxford University Press, 2015, pág. 25.

⁷ *Idem*, pág. 91.

⁸ Mercader Uguina, Jesús, *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid, Lexnova, 2002, pág. 189 y ss.

⁹ “*(...) a concept under pressure*”, según reflexiona PRASSL, Jeremías, *The concept of the employer, op. cit.*, pág. 81.

*de empresa post-industrial que quizá ya no es el modelo que tuvo en cuenta el legislador al establecer las garantías clásicas para la transmisión de empresa*¹⁰. Diecisiete años después de esa cita, no se puede estar más de acuerdo en el planteamiento, las garantías que acarrea la transmisión de empresa hoy, deben asentarse sobre esa nueva base.

Por eso, la incidencia de los elementos inmateriales para conocer si su puesta a disposición conlleva la existencia de una relación laboral, al ser esencial para conocer si se está ante una relación laboral, también va a resultar crítica para conocer si la transmisión de tales elementos esenciales conlleva la existencia de una sucesión de empresa.

En este sentido es en el que argumenta precisamente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el fundamento de derecho vigesimoprimer de su Sentencia 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, la relevancia de la aplicación para determinar la existencia de una relación laboral (y, en paralelo, la transmisión de esa decisiva aplicación podría, en su caso, desencadenar el régimen jurídico de la transmisión de empresa).

A través de ella, la empresa (i) establece todos los aspectos relativos a la forma de prestación del servicio y el precio del servicio de recogida y entrega de los productos, así como del pago; (ii) establece instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo, incluyendo medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, incluyendo las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante; (iii) organiza la actividad, pues el repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución (por tanto, la *app* pone a disposición los clientes, elemento fundamental una vez más), todo ello incide en que el repartidor no tenga capacidad para organizar el trabajo y autonomía; (iv) establece las directrices organizativas, y eso revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral; (v) la clave en la prestación de los servicios la constituye un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos; (vi) a través de la *app* se disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador; y (vii) por último, a través de la plataforma digital, se lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma.

Evidentemente, la importancia esencial de los medios inmateriales fue decisiva aquí para concluir que existía una relación laboral. En el mismo sentido, la importancia de esos medios inmateriales puede provocar que su transmisión produzca la sucesión de empresa laboral. En cambio, su falta de transmisión, cuando se trata de elementos esenciales, puede provocar la inexistencia de sucesión de empresa. Ejemplo de esto último la constituye la

¹⁰ Desdentado Bonete, Aurelio, en De la Puebla Pinilla, Ana, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pág. 10.

doctrina de suplicación acerca de los medios inmateriales en las agencias de viajes, sector que constituye un buen ejemplo en el que comprobar esa irrupción de los medios inmateriales y la digitalización en la transmisión de empresas, como a continuación se desarrollará.

En todo caso, el concepto mismo de empresa está evolucionando a una velocidad vertiginosa. Por eso, es preciso subrayar una relevante conclusión. La importancia de los elementos inmateriales en muchas de las industrias de nuestros tiempos está generando una auténtica revolución en el concepto de empresa y, en consecuencia, en el concepto de sucesión de empresa.

Sin detenernos en ello ahora con detalle, es preciso al menos citar que hemos visto recientemente cómo, cuando la actividad descansa esencialmente en la clientela, su exclusiva transmisión (sin transmitirse empleados, oficinas, mobiliario, etc.) conlleva la sucesión de plantillas al facilitarse la transmisión cuasi automática de un elevado porcentaje de las carteras de valores –STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodic¹¹.

También hemos visto el papel cada vez más relevante de la obsolescencia de los medios. Y de cómo, ante un cambio de adjudicataria del servicio de líneas de autobuses en el que no se transmiten los autobuses, pero sí los conductores, no existía sucesión de empresa en el 2001 (STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, Liikenne) y, sin embargo, casi veinte años después, sí se ha declarado la existencia de sucesión en un supuesto muy similar (STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, Reiner Grafe y Jürgen Pohle)¹².

Además de clientela y obsolescencia de los medios, el tercer actor protagonista es, sin duda, el de los medios inmateriales. Tanto es así que habrá que verificar si la actividad descansa de manera esencial en la “industria inmaterial”, pues esto puede determinar la existencia de sucesión si se transmite, o la inexistencia de sucesión legal si no se transmite. Y, en caso de no transmitirse esos elementos inmateriales esenciales en las industrias que en ellos descansan, habrá que verificar si el convenio colectivo aplicable prevé la subrogación convencional, que es cuando adquiere sentido. En efecto, si descansa esencialmente en la inmaterialidad, no descansará esencialmente en el personal, de modo que no podrá aplicarse aquí la doctrina de la sucesión de plantilla como consecuencia del cumplimiento del convenio, resultado al que conduce la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, Somoza-Hermo, asumida en la Sala Cuarta¹³.

¹¹ Pueden citarse, como ejemplos de aplicación de la doctrina Dodic en nuestra doctrina de suplicación, los que se analizan en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de enero de 2021 (JUR 2021, 138599); 8 de septiembre de 2020 (JUR 2021, 137722); 1 de junio de 2021 (JUR 2021, 326797) o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 18 de noviembre de 2021 (JUR 2022, 39698).

¹² En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de noviembre de 2020 se cita la doctrina Grafe Pohle en un supuesto de cambio de adjudicataria de contrata en el que queda abandonado un módulo prefabricado con ordenadores y otro material sin uso, que se empleaba para dar servicio a una empresa del sector de la automoción.

¹³ Sentencia 873/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, a la que han seguido muchas otras, por ejemplo, Sentencia núm. 269 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (recurso 1062/2020), por citar una de las más recientes.

En esta misma línea se ha pronunciado De la Puebla Pinilla¹⁴ al recordar lo siguiente:

“(...) Lo mismo puede decirse de la subrogación convencional en actividades que, aun no descansando en elementos productivos materiales relevantes, requieren activos inmateriales o intangibles cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Hay ya pronunciamientos judiciales en los que se declara la transmisión de empresa, al margen o sin transmisión de elementos productivos materiales, tras apreciar la transmisión de la cartera de clientes, del know-how organizativo o de la cesión de contratos (STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Docic; STSJ Asturias, de 21 de marzo de 2017 (Rº 6/2017) y STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, Rº 1453/2020). Tampoco en estos casos puede afirmarse que la plantilla constituya una entidad económica de modo que las previsiones que, en su caso, pudieran recogerse en el Convenio colectivo de aplicación sobre subrogación convencional serían insuficientes para activar la aplicación del art. 44 ET”.

b) Un ejemplo del impacto de la digitalización y los medios inmateriales en el concepto de empresa. El ejemplo del sector de agencias de viajes y el reconocimiento de ese impacto en la normativa de ERTES RED

El sector de las agencias de viajes supone un buen ejemplo en el que observar cómo la evolución en los medios de producción afecta al concepto de sucesión de empresa y de unidad productiva, dado que, cada vez más, las nuevas tecnologías, los medios inmateriales, las aplicaciones, el *software* y demás son decisivos (por tanto, su transmisión o no transmisión puede ser determinante de la existencia de sucesión de empresa). Tanto es así que la incidencia de los medios materiales ha impactado no solo en el concepto de unidad productiva en el sector (en los últimos tiempos claramente apalancado en los elementos inmateriales), sino también en la propia necesidad de reconversión de sus plantillas, dadas las enormes dificultades de esta industria para recuperarse tras la pandemia, habida cuenta de los cambios que, ya con anterioridad de su aparición, empujaban hacia su reconversión. La pandemia tan solo ha resultado ser un acicate a ese proceso¹⁵.

De hecho, conviene citar aquí que el impacto de las nuevas tecnologías ha sido uno de los factores que ha propiciado incluso la necesidad de transformación del sector por impacto de la digitalización. Así, los denominados Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo introducidos por la reforma laboral de 2021 han sido

¹⁴ De la Puebla Pinilla, Ana, La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*. Madrid, Universidad Carlos III, vol. 2, n.º 2, 2021, pág. 7. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483> [consulta: 23 de junio de 2022].

¹⁵ En efecto, la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET, argumenta que “*El porcentaje tan alto de personas en ERTE en el sector de las agencias de viaje, que es la única rama donde se refleja este comportamiento, está relacionado, no obstante, con un cambio estructural que se está produciendo en el sector, y que posiblemente empezara con anterioridad al estallido de la Covid-19*”. Posteriormente realiza varias alusiones a la irrupción de la tecnología.

activados precisamente para este sector de agencias de viajes, buscando la reconversión del sector y poniendo en práctica los mecanismos del nuevo artículo 47 bis.1.b) del ET en su modalidad sectorial, prevista para cuando “*se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesionales de las personas trabajadoras [...]*”¹⁶.

La doctrina ha señalado, acerca de la modalidad sectorial del Mecanismo RED, que “*(...) remite a cambios que afecten señaladamente a determinados sectores productivos como consecuencia de procesos de diversa naturaleza pero que, sin duda, en su aplicación más inmediata, encontrarían un contexto adecuado en la automatización y digitalización de los procesos productivos*”¹⁷.

En efecto, esa automatización y digitalización de procesos aparece de manera clara en el sector de agencias de viajes, que genera la necesidad de acometer procesos de transición profesional para adaptarse a esta nueva realidad, razones que han sido subrayadas por la Orden PCM/250/2022. La Orden prevé que “*este sistema ha de servir de apoyo a la recualificación de trabajadores y trabajadoras en empresas y sectores en transición, para hacer frente a los posibles ajustes permanentes de plantillas ante innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos o de la demanda*”.

Precisa también que el impacto de la crisis ha sido tan profundo que impide retomar la actividad con continuidad sin prestar atención a las nuevas realidades que van a condicionar la evolución del sector. Se argumenta también que la pandemia ha supuesto un auténtico “*catalizador de tendencias existentes en el mercado con carácter previo a su aparición*”. No en vano, el fenómeno de la *omnicanalidad*, es decir, la necesidad de coexistencia de las ventas físicas en tiendas o agencias en coexistencia con el entorno digital se ha constatado por diversos estudios (p. ej., la consultora Braintrust)¹⁸.

En ese contexto de irrupción de las nuevas tecnologías y de la digitalización en el sector, junto con los cambios de tendencia del tipo de producto que se demanda en la industria de viajes (p. ej., ecoturismo, turismo responsable, etc.), se llega a la conclusión de que es necesario actuar para dotar a las agencias de viaje de herramientas que le permitan adaptarse al nuevo contexto. En este contexto, según indica SEGITTUR¹⁹,

¹⁶ Activa estos ERTES RED para el sector de agencias la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET. Su régimen jurídico se desarrolla, por el momento, en el artículo 47 bis del ET, en los capítulos II y III del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

¹⁷ De La Puebla Pinilla, Ana, Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. En: Goerlich Peset, José María; Mercader Uguina, Jesús y De la Puebla Pinilla, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 217 y ss.

¹⁸ GARCÍA BUTRAGUEÑO, Ángel, 2022. La importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística [en línea]. Disponible en: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> [consulta: 1 de julio de 2022].

¹⁹ Secretaría de Estado de Turismo e Innovación del Gobierno de España.

las empresas de este subsector deben tratar de responder a la nueva demanda adaptando su oferta y sustentándola en pilares basados en la calidad, la toma en consideración de la garantía de seguridad sanitaria (que las personas consumidoras requerirán mientras perdure la preocupación por ciertas restricciones) y, señaladamente, la adaptación a un funcionamiento cada vez más digital. Por ello, la normativa reguladora de los ERTES RED apuesta por una serie de actuaciones en el ámbito laboral, como la reconversión de tareas y la capacitación y formación.

Pues bien, como se observa, entre las distintas cuestiones que afectan al sector, se encuentra la “*adaptación al funcionamiento cada vez más digital*”, pues la tendencia, tanto de los consumidores de los servicios como del funcionamiento de esta industria, apunta en esa dirección, razón por la que los planes de recualificación a los que obliga la normativa para la tramitación de los ERTES RED (47 bis ET y RDL 4/2022) se están centrando, en la práctica, en esas competencias digitales.

En este contexto, es evidente que la evolución tecnológica marca a la industria y al sector, así como al concepto de empresa, por tanto, es esta una industria especialmente afectada por el cambio del concepto de empresa. También, evidentemente, al concepto de sucesión de empresa. Veamos la incidencia en la jurisprudencia existente en este sector.

c) La actividad de agencias de viajes descansa en los elementos inmateriales (y su falta de transmisión provoca la inexistencia de sucesión de empresa)

La doctrina de suplicación ha tenido ocasión de analizar los supuestos de sucesión de empresa en la actividad de agencias de viajes. Su conclusión ha sido clara y mantenida por diversas Salas de lo Social (País Vasco, Cataluña, Castilla y León, y Madrid) en sentencias que se citan a continuación. Son diversos los elementos necesarios para llevar a cabo este negocio (trabajadores, mobiliario, clientes, tiendas) y buena parte de ellos pudieron haberse transmitido en estos casos, si bien la actividad en este sector se basa en los elementos inmateriales, y su falta de transmisión implica la no sucesión de empresa. En esencia, esta industria descansa en los *software*—como el denominado sistema AMADEUS que permite la búsqueda y reserva de billetes de avión—, en las licencias para adquirir billeteaje aéreo concedidas por la IATA, así como para la adquisición de billetes de tren, concedidas por RENFE, y en el producto y contratos con los proveedores para poder ofrecer esos productos (billetes de avión, navieras, coches de alquiler y hoteles). Esos medios se consideran “*principales y no solo accesorios*” en los términos que requiere la doctrina de la Sala Cuarta (STS de 16 de julio de 2003). Por ello, no habiéndose transmitido esos elementos esenciales por parte de la cedente, sino que, siendo la cesionaria quien los puso sobre la mesa, no existe sucesión de empresa. De hecho, tampoco puede sostenerse que se trate de una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra (y a la que pudiera aplicarse la doctrina de la sucesión en la plantilla), sino que lo capital en ese sector son los elementos inmateriales.

Así lo vienen a concluir la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 908/2015, de 4 de diciembre de 2015, y un conjunto de

sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como la núm. 2045/2013, de 20 de noviembre; núm. 2038/2013, de 19 de noviembre; núm. 2221/2013, de 17 de diciembre; núm. 2238/2013, de 17 de noviembre; núm. 234/2014, de 28 de enero; núm. 162/2014, de 25 de febrero; núm. 368/2014, de 18 de febrero; núm. 650/2014, de 1 de abril; núm. 368/2014, de 13 de mayo; núm. 931/2014, de 13 de mayo; núm. 632/2014, de 1 de abril; y núm. 525/2014, de 18 de marzo (en adelante, nos referiremos a este conjunto como las “Sentencias del TSJ del País Vasco”).

Esas sentencias razonan, en esencia, que la actividad de agencias de viajes no descansa en la mano de obra de manera esencial porque *“precisa disponer de unos medios tecnológicos y una red de mayoristas con los que materializar los viajes que ofrecen al público”*.

Por ejemplo, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha argumentado que se ha acreditado que la actividad empresarial de agencia de viajes *“no es sólo ni exclusivamente una especie de aportación de mano de obra como elemento aislado e importante y único, sino que exige la constatación de medios materiales de cierta importancia, principales y no sólo accesorios, que se dan en el contexto de las oficinas y apertura al público en un modo de atención de una actividad profesional que exige medios técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil el análisis, estudio y decisión de una verdadera sucesión de plantillas”*.

También, en términos prácticamente idénticos, se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), concretamente en su Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (recurso 1258/14), que entendió que se trata de una *“actividad profesional que exige medios técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil apreciar una verdadera sucesión de plantillas. Así se asevera en sentencia (fundamento segundo) que cuando la oficina de [la calle M] empezó a operar como [oficina de la pretendida cesionaria] no podía llevar a cabo la totalidad de sus cometidos sino que precisó el apoyo de otra oficina de [la pretendida cesionaria] ya consolidada y esto fue así porque [la pretendida cesionaria] ha aportado no solo medios materiales sino también y principalmente tecnología (entre la que destaca la propia del sistema FRONT al que conectarse las oficinas para buscar información sobre los productos a vender) y relaciones comerciales (como contratos con proveedores existentes)”*.

El mismo criterio ha sido acogido, igualmente, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, que ha considerado acreditado que, en el sector de agencias de viajes *“son indispensables medios y recursos tecnológicos e informáticos, así como una red de mayoristas, contratos con hoteles, operadoras de viajes terrestres, etc., de manera que la mera sucesión de plantillas no permite continuar en el desempeño de la actividad (...)”*.

Igualmente, numerosos Juzgados de lo Social han compartido este criterio y lo han analizado con detalle. Resulta muy reveladora la Sentencia 354/2013, de 17 de octubre, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, que declara inaplicable la doctrina de la sucesión en la plantilla porque *“considera esta Juzgadora que la actividad de agencia de viajes no descansa básicamente en la mano de obra, pues deben tenerse los elementos patri-*

moniales necesarios para poderla desarrollar y sin los cuales es imposible hacerlo, programas informáticos, códigos IATA y demás elementos informáticos (ordenadores) (...)”.

También la Sentencia núm. 261/14, de 30 de junio de 2014, del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, que razona en términos muy parecidos el carácter indispensable de “*los programas y sistemas informáticos*”, a los que añade “*las licencias necesarias para la actividad*”.

Por su parte, las Sentencias del TSJ del País Vasco han concluido con rotundidad esa inexistencia de sucesión de empresas al entender que los elementos inmateriales son indispensables para la actividad y no habían sido transmitidos. Por todas, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha entendido la relevancia de la aportación de medios inmateriales y de “*las inversiones realizadas por la empresarial entrante con respecto al sistema amadeus, la inversión en redes de conexión y sus facturaciones de señalizaciones, rótulos, publicidad y propaganda, además de conformación de autorizaciones de puntos de venta renfe, códigos IATA o el manual básico FRONT [sistema propio de esa agencia de viajes que permite efectuar reservas y aportar el crédito del proveedor], cuyas certificaciones, facturaciones y licencias quedan documentadas con suficiencia*”.

A la vista de los medios aportados por la pretendida cesionaria, la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco ha concluido que no existe sucesión de empresas ni sucesión de plantillas.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, se pronunció en los mismos términos y declaró inexistencia de sucesión de empresas porque:

“la empresa recurrente [la pretendida cesionaria] ha procedido a la adquisición de nuevos hardware y software “Amadeus”, licencias de actividad, redes de conexión, sistema informático “Front”, redes de mayoristas... , de manera que no se limitó a aprovechar la infraestructura de la oficina que anteriormente ocupaba [la pretendida cedente], sino que tuvo que empezar de cero, para lo cual hubo de mantener cerrada la oficina durante más de dos meses, datos todos ellos que, tal y como sostiene la recurrente, nos llevan a negar la existencia de sucesión empresarial”.

Finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha acogido la misma doctrina en su Sentencia núm. 908/2015, de 4 de diciembre, que declaró la inexistencia de sucesión de empresa sobre la base de que “*fue la [pretendida cesionaria] quien aportó los medios materiales e inmateriales imprescindibles para realizar una actividad*” y que por eso no existió la transmisión de una unidad productiva autónoma. Se recalcó también que “*no existen datos que justifiquen la subrogación que establece la sentencia, al acreditarse solo una coyuntural y parcial sustitución en el mercado respecto a un cliente. No hay sucesión en la titularidad de la empresa. No hay transmisión del conjunto organizado pese a que se trata de una actividad que exige el empleo relevante de diversos medios materiales, mobiliarios, inmobiliarios, técnicos, no bastando la mano de obra, no estamos pues ante lo que se entiende como sucesión “en la contrata”.*”

Igualmente, cabe recordar que esta doctrina se ha venido aplicando incluso en el caso del cambio de adjudicataria de un *implant* de agencias de viajes, esto es, en oficinas de agencias de viajes insertas en empresas, por ejemplo, productoras de metal o gasísti-

cas, que cuentan con una agencia de viajes para atender a las adquisiciones de viajes de sus empleados. En estos casos se ha concluido que tampoco existe sucesión de empresa, nuevamente, al considerar que el elemento fundamental para el sector de los elementos inmateriales, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 2019²⁰.

d) La importancia creciente de los algoritmos. ¿Podrían constituir una unidad productiva autónoma?

De acuerdo con la RAE, los algoritmos son un “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”, o bien el “método y notación en las distintas formas de cálculo”.

Pero estas definiciones han quedado anticuadas en el contexto jurídico actual (incluyendo el jurídico-laboral) y la doctrina se ha encargado de analizar su incipiente incidencia en nuestra disciplina. Mercader Uguina²¹ ha propuesto como definición de algoritmo la de “una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o resultado. En suma, los algoritmos contribuyen a formalizar una serie de reglas de decisión y a efectuar cadenas de cálculos que permiten el análisis de múltiples variables seleccionando, de entre ellas, la mejor”.

La doctrina ha destacado el incremento de su importancia y su valor como activo intangible. Así, Beltrán de Heredia²² ha señalado que “La acelerada digitalización y la minería de la realidad están permitiendo que la datificación esté alcanzando otro orden de magnitud. De hecho, ya se habla de la “economía de datos” (Mayer-Schönberger/Ramge) y estos se han convertido en el nuevo “polvo de oro” para fundir lingotes (Mayer-Schönberger/Cukier)”.

La evolución del concepto de empresa, que ha venido transitando desde un concepto basado en activos tangibles, materiales hacia una actividad cada vez más apalancada en la inmaterialidad, revela que el concepto de sucesión de empresa también va a renovarse. Lo señala nuevamente Mercader Uguina al valorar los algoritmos y exponer que “Es cierto que la idea de empresa regulada por nuestra legislación es material, física, tangible, pero también lo es que la tendencia hacia la ingravidez empresarial pone en cuestión el

²⁰ Martínez Saldaña, David, Cambio de adjudicataria de un *implant* (Comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto DODIC). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 223, 2019, págs. 221-230.

²¹ Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo. *Diario La Ley*. Madrid, La Ley, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021, pág. 1.

²² Beltrán de Heredia, Ignasi, 2022. La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo. En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/> [consulta 23 de junio de 2022].

*alcance de preceptos, como el art. 44 Estatuto de los Trabajadores. Nadie duda a día de hoy de que la trascendencia que tiene la utilización de los algoritmos por parte de las empresas podría llevar a entender que ellos mismos son la empresa*²³.

Si se atiende al plano más pragmático y pedestre en la aplicación de las normas laborales, ya se ha expuesto anteriormente como, en nuestro país, la importancia del algoritmo se ha mostrado decisiva en algunos supuestos, como es el caso del algoritmo de Glovo inserto en su *app*, que contribuyó de manera importante a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluyera que los *raiders* debían considerarse trabajadores por cuenta ajena. En efecto, y entre otras razones, por la relevancia de la actuación de ese algoritmo en la configuración de órdenes, en el reparto de pedidos, en el seguimiento y revisión del rendimiento del trabajador, etc. Por tanto, si un algoritmo puede ser decisivo para determinar si su tenencia por la empresa y puesta a disposición del *raider* muestra la ajenidad en los medios necesaria para cualificar su relación como laboral, también ese mismo algoritmo puede jugar ese papel decisivo, llegado el caso a analizar con prudencia y vistas las circunstancias concurrentes, para concluir la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva en actividades que “*descansen esencialmente en el algoritmo*”.

Esto último no es ciencia ficción. Y es que en el mundo en que vivimos “*los algoritmos se encuentran en el corazón de las empresas (Netflix, Google, Deliveroo, etc.) y son, en muchos casos, el núcleo esencial de muchas de ellas*”²⁴. Los elementos inmateriales, en general, y los algoritmos, en particular, se han erigido como esenciales en la empresa del siglo XXI y su *core business* puede perfectamente estar constituido por esos activos inmateriales y subcontratar las otras áreas satélite de la empresa (por ejemplo, el servicio telefónico de atención al cliente): “*(...) cojamos el caso de AIRBNB para ejemplificar. Esta empresa ofrece servicios de intermediación, a través de su página web, en materia de asesoramiento turístico. De esta forma, su marca y su página web son las bases de su negocio*”²⁵.

Por eso, la transmisión de esos bienes inmateriales esenciales o del algoritmo, cuando supongan la transmisión de la esencia del negocio o de la empresa, cuando impliquen la posibilidad de continuar con la explotación del negocio al no ser necesaria la aportación de elementos esenciales no accesorios por el cesionario, podría llegar a constituir una sucesión de empresa, circunstancia que habría que sopesar caso por caso y siempre y cuando el algoritmo no fuera, en realidad, un “*elemento patrimonial aislado*”, en el sentido al que se refiere la STS de 16 de julio de 2003. Algunas de las últimas sentencias del TJUE (por ejemplo, señaladamente la STJUE Dodic) concluyeron que existía sucesión de empresa aunque no se cedieran activos materiales, inmateriales ni personales (asumiendo que el negocio se basaba en la clientela). Por tanto, si el negocio se basara en el algoritmo, cabría preguntarse si su transmisión constituiría una sucesión de empresa.

²³ Mercader Uguina, Jesús, *Algoritmos y Derecho del Trabajo. Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Madrid: Uría Menéndez, n.º 52, 2019, págs. 67 y ss.

²⁴ *Idem*, pág. 9.

²⁵ Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pág. 54.

Ello es posible: “*Si esto es así, ¿qué impediría considerar que la transmisión de un algoritmo constituye una transmisión de empresa? Creemos que nada*”²⁶.

De hecho, la Comisión Alemana de Ética de Datos ha publicado propuestas para la regulación de algoritmos en las que se proponía la “*separación estructural de la parte de la organización responsable de administrar el algoritmo. Se recomienda, así que esta unidad de actividad podría ubicarse en una unidad de negocio separada, con objetivos e incentivos claramente definidos, y hacerse independiente de las partes ascendentes y descendentes de la empresa*”²⁷. Habrá que seguir pendiente de estas propuestas de regulación que acercarán también a los algoritmos al concepto de unidad productiva autónoma.

En todo caso, conviene recordar que, para determinar si existe o no una sucesión de empresa, habrá siempre que considerar el conjunto de elementos que configuran la industria, identificar lo esencial para la continuación de la actividad y diferenciarlo de lo accesorio. Si el algoritmo que se transmite es lo esencial para la continuación de la actividad, podría haber sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE y del 44 ET. Si no engloba lo esencial, porque el cesionario debe aportar otros elementos cruciales, no accesorios, para llevar a cabo el servicio, no podrá declararse la existencia de sucesión de empresa.

4. Conclusiones

En un mundo cambiante y en el inicio de la cuarta revolución industrial la consideración de los medios inmateriales es esencial. Se ha podido comprobar en la determinación de la existencia o no de una relación laboral y, en la medida en que el análisis de los factores que hacen que un individuo sea considerado un empleado, permite, igualmente, extraer conclusiones sobre el concepto de empleador, la irrupción de la inmaterialidad está modulando, también, el concepto de transmisión de empresa.

Un buen ejemplo, tangible, sobre el impacto de la digitalización del concepto de empresa lo constituye el sector de agencias de viajes, en el que la doctrina judicial ha tenido ocasión de concluir que la actividad en este sector se basa en los elementos inmateriales, y su falta de transmisión implica la no sucesión de empresa (o su transmisión puede implicar la transmisión).

Extrapolado a los nuevos casos que están por venir, y ante la todavía escasez de casos analizados por los tribunales, parece que podría concluirse que la transmisión de esos bienes inmateriales esenciales o del algoritmo, cuando supongan la transmisión de la esencia del negocio o de la empresa, cuando impliquen la posibilidad de continuar con la explotación del negocio al no ser necesaria la aportación de elementos esenciales no accesorios por el cesionario, podría llegar a constituir una sucesión de empresa, circunstancia que habría que sopesar caso por caso y siempre y cuando el algoritmo no fuera, en realidad, un “*elemento patrimonial aislado*”, en el sentido al que se refiere la STS de 16 de julio de 2003.

²⁶ Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos; personas y números en el Derecho Digital del Trabajo, *op. cit.*, pág. 9.

²⁷ *Idem*, pág. 9.

Bibliografía

- Beltrán de Heredia, Ignasi, 2022. La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo. En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/> [consulta 23 de junio de 2022].
- Cavas Martínez, Faustino, A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 5, 2005, págs. 645-660 (BIB 2005, 2804).
- De la Puebla Pinilla, Ana, La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*. Madrid, Universidad Carlos III, vol. 2, n.º 2, 2021, págs. 4-12.
- De la Puebla Pinilla, Ana, Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. En: Goerlich Peset, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y De la Puebla Pinilla, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 217 y ss.
- Desdentado Bonete, Aurelio, en DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- García Butragueño, Ángel, La Importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística [en línea]. Disponible en: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> [consulta: 1 de julio de 2022].
- Martínez Saldaña, David, Cambio de adjudicataria de un *implant* (Comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto DODIC). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 223, 2019, págs. 221-230.
- Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos y Derecho del Trabajo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Madrid: Uría Menéndez, n.º 52, 2019, págs. 63-70.
- Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo. *Diario La Ley*. Madrid, La Ley, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021.
- Mercader Uguina, Jesús, *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid, Lexnova, 2002.
- Rojó Torrecilla, Eduardo, 2022. Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA. En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> [consulta: 23 de junio de 2022].
- Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*. Barcelona, Debate-Penguin Random House, 2016.
- Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

DEBATES

La devaluación salarial se mantiene: análisis de la reforma laboral de 2021 desde la perspectiva salarial en un contexto de inflación desbocada y propuestas de cambio

Salary devaluation remains: analysis of the 2021 labor reform from a salary perspective in a context of runaway inflation and proposals for change

Adrián Todolí Signes

*Profesor titular. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-7538-4764

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7066>

Resumen:

A pesar de la reforma laboral de 2021, el efecto principal de la reforma de 2012 sigue plenamente vigente: esto es, se mantiene la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras. Ante este escenario, cabe preguntarse i) si tiene sentido actualmente seguir persistiendo en la devaluación salarial como forma de obtener competitividad y crecimiento económico; ii) qué mecanismos legales siguen vigentes actualmente que están provocando esta devaluación salarial; iii) qué se puede hacer al respecto.

Con este triple objetivo, el presente artículo analiza cuáles fueron los argumentos para la devaluación salarial en 2012 (incrementar la competitividad) y sus efectos, para compararlos con los argumentos que actualmente se sostienen para mantener la devaluación salarial (miedo a la inflación de segunda vuelta). Con ello se pretende comprender si tiene sentido económico persistir en la política de reducción de salarios reales. Adicionalmente, se analizan las normas vigentes que, tras la reforma de 2021, permiten el sostenimiento de los bajos salarios y de la competencia en costes. Ante este contexto se realizan una serie de propuestas normativas con objeto de revertir la devaluación salarial. Concretamente, se estudia, además de qué medidas son necesarias cómo diseñar los cambios normativos propuestos para evitar una posible inflación de segunda vuelta.

Palabras clave:

pacto de rentas, revisión salarial, devaluación salarial, RDL 32/2021, inflación, negociación colectiva, contratación y subcontratación, inaplicación del convenio colectivo.

Abstract:

Despite the labor reform of 2021, the main effect of the 2012 reform is still fully in force: that is, the loss of purchasing power of working people is maintained. Given this scenario, it is worth asking i) whether it currently makes

sense to continue to persist in wage devaluation as a way of obtaining competitiveness and economic growth; ii) what legal mechanisms are still in force today that are causing this wage devaluation; iii) what can be done about it. With this triple objective, this article analyzes what were the arguments for wage devaluation in 2012 (increasing competitiveness) and its effects, in order to compare them with the arguments that are currently held to maintain wage devaluation (fear of second round inflation). The aim is to understand whether it makes economic sense to persist with the policy of reducing real wages. In addition, we analyze the current regulations that, after the 2021 reform, allow the maintenance of low wages and cost competition. Against this backdrop, a series of regulatory proposals are made with the aim of reversing wage devaluation. Specifically, in addition to what measures are necessary, we study how to design the proposed regulatory changes to avoid a possible second round inflation.

Keywords: income pact, wage revision, wage devaluation, RDL 32/2021, inflation, collective bargaining, outsourcing, non-application of the collective bargaining agreement.

1. La devaluación salarial como política permanente

1.1. Los datos

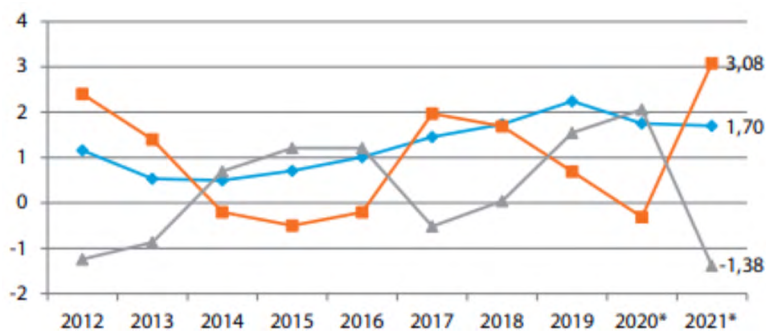
Un fantasma recorre Europa llamado inflación. En los últimos 30 años no se ha registrado un dato sobre el IPC tan preocupante como el actual. Precisamente, esta relativa estabilidad de los precios de las últimas décadas ha provocado que la negociación colectiva esté, actualmente, pobremente preparada para este fenómeno. Veamos los datos.

El IPC real en 2021 cerró con un 3,08% (un 6,5% de variación anual en diciembre) y al cierre de este artículo (junio 2022) se encuentra en el 8,7% de variación anual. Por su parte, los salarios pactados en la negociación colectiva, tras la activación de las cláusulas de revisión salarial, allá dónde se pactaron, fue del 1,70 % en 2021¹. Esta disonancia provocó una caída del salario real del -1,38%. Una reducción del poder adquisitivo, que no solamente es la mayor de los últimos 15 años, sino que se espera sea mucho mayor para el 2022 dado que gran parte de la negociación colectiva se encuentra “paralizada” ante la falta de un pacto de rentas o un nuevo AENC (recordemos que el último AENC (el IV AENC) caducó en 2020)².

En el fondo, no es de extrañar los graves efectos que está provocando la inflación en el poder adquisitivo de las personas trabajadoras, dado que en los últimos 15 años las cláusulas de salvaguarda salarial –aquéllas que permiten incrementar el salario automáticamente conforme aumenta el IPC– han pasado de proteger el salario frente a pérdidas

¹ En efecto, de los 3367 convenios colectivos de efectos económicos en 2021 registrados hasta marzo del 2022 que afectaban a 8,7 millones de personas trabajadoras recogieron una variación salarial revisada de 1,70%.

² En datos provisionales, hasta abril de 2022, la variación salarial pactada es del 2,4% para dicho cálculo se ha tenido en cuenta los convenios colectivos registrados en el REGCON hasta abril de 2022 (Estadísticas de Convenios Colectivos del MITS).



Datos de convenio registrados hasta 31 de marzo de 2022.
IPC en medias anuales.
Fuente: MITES, Estadística de Convenios Colectivos, e INE.

Gráfico 1. Poder adquisitivo de los salarios pactados³

Fuente: Elaboración propia con datos EPA (INE).

de poder adquisitivo del 71% de los trabajadores a solamente un 19% en 2020 y a un 16,3% en 2021. Adicionalmente, este menor recurso al IPC como indexador automático de los salarios en la negociación colectiva no ha sido sustituido por fórmulas alternativas de incremento retributivo automático (participación en beneficios empresariales, en la productividad o en la competitividad empresarial).

Es decir, a finales de la década de los 2000, y como venía siendo costumbre en la negociación colectiva tradicionalmente, la gran mayoría de los convenios colectivos plurianuales contenían cláusulas de salvaguarda que aseguraban que, con independencia de los salarios inicialmente pactados en el convenio, si a final de año se constataba que el IPC había sido superior a esos aumentos iniciales, las empresas venían obligadas a aumentar el salario conforme al IPC con objeto de mantener el poder adquisitivo⁴.

De hecho, como se ha sostenido en otros trabajos⁵, las cláusulas de salvaguarda salarial no solamente protegían el poder adquisitivo de los trabajadores, sino que eran usadas en beneficio de la parte empresarial para controlar el potencial incremento de salario inicial pactado. Esto es, ante un dato desconocido en el momento de la negociación del convenio (la inflación futura) los sindicatos estaban dispuestos a exigir menores aumentos salariales, si sabían que, en caso de una alta inflación real, su poder adquisitivo quedaba protegido⁶. Adicionalmente, estas cláusulas ayudaban a mantener baja la inflación ya que permitían que los aumentos salariales iniciales se pactaran conforme a la inflación esperada y no conforme a la inflación pasada (considerado uno de los grandes éxitos de los pactos de la Moncloa de 1977 y que han permitido mantener la inflación a raya)⁷.

³ CES, Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2021, CES, Madrid, p 193.

⁴ Para ver los datos sobre el uso de este tipo de cláusulas en la negociación colectiva ver, Todolí Signes Adrián, *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2012.

⁵ Todolí Signes Adrián, *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2012.

⁶ En efecto, las cláusulas de salvaguarda salarial funcionan como un seguro. Es decir, los sindicatos están dispuestos a pagar una “prima” –menor incremento inicial– a cambio de tener la certeza de que no perderán poder adquisitivo si el IPC real a final de año es superior al previsto en el momento de la negociación. Todolí Signes Adrián, *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2012.

⁷ Noceda Miguel, “Los Pactos de la Moncloa, el acuerdo que cambió España hace 40 años”, *elpais*, 2017, https://elpais.com/politica/2017/10/20/actualidad/1508514039_177535.html (acceso 6/6/2022).

Sin embargo, en parte por la relativa estabilidad/previsibilidad de la inflación de los últimos diez años y, en parte, por la debilidad negociadora de los sindicatos en la última década de crisis económica a partir de 2007, los convenios colectivos han dejado de incluir este tipo de cláusulas de salvaguarda salarial. Este hecho está provocando, de un lado, una falta de automaticidad en la revisión salarial y, consecuentemente, un incremento del conflicto colectivo y, de otro lado, una pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras, mayor incluso que la sufrida en los años de la profunda crisis económica.

A nadie se le escapa que, a pesar de que la reforma de 2012 tuvo como objetivo principal la devaluación salarial y que la reforma de 2021 tuviera como propósito declarado revertir sus “efectos más perjudiciales”, la realidad es que, actualmente, la pérdida de poder adquisitivo en 2021 y 2022 no solamente se mantiene, sino que es la mayor de la última década⁸.

De esta forma, vemos como, a pesar de la reforma laboral de 2021 (negociada en un contexto no inflacionario y sin saber lo que iba a ocurrir con la inflación), el efecto principal de la reforma de 2012 sigue plenamente vigente: esto es, se mantiene la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras. Ante este escenario, cabe preguntarse i) si tiene sentido actualmente seguir persistiendo en la devaluación salarial como forma de obtener competitividad y crecimiento económico; ii) qué mecanismos legales siguen vigentes actualmente que están provocando esta devaluación salarial; iii) qué se puede hacer al respecto.

Con este triple objetivo, el presente artículo analizará en el siguiente epígrafe cuáles fueron los argumentos para la devaluación salarial en 2012 (incrementar la competitividad) y sus efectos, para compararlos con los argumentos que actualmente se sostienen para mantener la devaluación salarial (miedo a la inflación de segunda vuelta). Con ello se pretende comprender si tiene sentido económico persistir en la política de reducción de salarios reales. En el tercer epígrafe se analizarán las normas vigentes que, actualmente, permiten el sostenimiento de los bajos salarios y de la competencia en costes. En el cuarto epígrafe se realizará una serie de propuestas normativas con objeto de revertir la devaluación salarial. En el quinto se analizará la situación actual inflacionaria y cómo diseñar las propuestas para evitar una posible inflación de segunda vuelta. El trabajo termina con unas conclusiones.

2. Los argumentos en defensa de la devaluación salarial

2.1. Argumentos y medidas para la devaluación salarial durante la crisis de 2008

Una de las principales políticas promovidas por los gobiernos de los países periféricos de la Eurozona dirigida a superar la crisis de 2008 fue la devaluación interna, entendida ésta como la reducción de los costes laborales de las empresas con el fin de ganar com-

⁸ Como así lo señala el Gabinete económico de CCOO en CCOO, *Pacto de rentas plural y equilibrado*, Madrid, junio 2022.

petitividad internacional (menores precios) que permitiera a la economía crecer a través de las ventas de productos al extranjero. Concretamente España aplicó activamente esta política desde 2010 hasta 2017 y, especialmente, a partir de la reforma laboral en 2012.

En efecto, con una sucesión de reformas laborales (2010, 2011 y 2012) se descentralizó la negociación colectiva, se redujo la duración efectiva de los convenios colectivos (con la desaparición de la ultraactividad), se facilitó la inaplicación de los convenios colectivos y la modificación de las condiciones contractuales pactadas en el contrato de trabajo, así como también se favorecieron los despidos por causas económicas y se redujo la indemnización en despidos ilícitos (o sin causa real) en la empresa.

De hecho, siguiendo las argumentaciones del propio Ministerio de Empleo y de Seguridad Social en 2013, la reforma laboral realizada en el año anterior tuvo como efecto la “moderación salarial”⁹. Efectivamente, conforme se observa en el gráfico 1, los salarios reales pactados en la negociación colectiva fueron negativos en 2012, 2013 y 2017.

Cabe, no obstante, señalar que toda la reducción salarial y pérdida del poder adquisitivo de las personas trabajadoras no fue provocado solamente por los cambios legislativos. La propia crisis económica de 2008 y la destrucción de empleo durante esos primeros años frenó el crecimiento de los salarios (debilidad de la posición negociadora de los sindicatos y las personas trabajadoras). Sin embargo, los efectos de la devaluación salarial de origen normativo se dejan sentir especialmente en los años en los que existe crecimiento económico. Durante el periodo expansivo (2015-2018) los salarios no se incrementaron en la misma medida que la que creció la economía ni recuperaron el poder adquirido anterior a la crisis económica. Esto es, mientras que la economía crecía los salarios reales no lo hacían.

Año	Variación del PIB	Variación salarios reales pactados
2019	2,10%	1,5%
2018	2,30%	0%
2017	3,00%	-0,5%
2016	3,00%	1,1%
2015	3,80%	1,1%
2014	1,40%	0,9%
2013	-1,40%	-1%
2012	-3,00%	-1,2%

2.2. Efectos de la devaluación salarial

A pesar de la pérdida de poder adquisitivo que la devaluación salarial ha provocado de acuerdo con los datos vistos en el apartado anterior, ésta ha sido defendida como una política útil para la economía en base a una pluralidad de argumentos. Se ha sostenido que la devaluación salarial ha mejorado nuestra competitividad internacional, ha mantenido

⁹ MEYSS, *Report evaluating the impact of the labor Reform*, Madrid, 2013

la inflación baja, ha permitido el crecimiento económico y la reducción del desempleo¹⁰. Esto es, desde ciertos sectores se defiende que la devaluación salarial “compensa” económicamente ya que permite a nuestra economía vender más en el extranjero y, con ello, crecer económicamente y crear empleo.

Sin embargo, estudios más recientes con una serie de datos más amplia sostienen la perspectiva contraria. De acuerdo con estos estudios, la devaluación salarial deprimió la demanda interna de productos y servicios, consecuencia de lo cual se produjo un menor crecimiento económico en nuestro país.

En España, como suele ser en las grandes economías¹¹, el crecimiento económico no depende tanto de las exportaciones como de la demanda interna. De esta forma, como consecuencia de la reducción del salario de las personas trabajadoras se calcula que España perdió de media un 0,2% de PIB entre el año 2009 y 2017 que hubiera ganado de no haberse optado por una estrategia de devaluación salarial¹². Otros autores han vinculado también esta estrategia de reducción salarial, y el menor crecimiento del PIB que ésta provocó, al aumento del desempleo¹³.

Adicionalmente, se sostiene que la devaluación interna de salarios no provocó una mejora significativa en la competitividad externa, dado que la misma no se tradujo en una reducción del precio internacional de los productos, sino que lo hizo en un aumento de los márgenes y beneficios empresariales.

Como sostiene parte de la literatura económica¹⁴, no toda reducción de costes salariales se transforma automáticamente en una disminución de los precios de los productos, sino que ello dependerá del poder de mercado de las empresas. Es decir, si existe una estructura empresarial con poder oligopolístico, las reducciones de salarios no llevarán aparejada una disminución de precios, sino un incremento de beneficios empresariales.

Éste parece haber sido el escenario en España. De acuerdo con los datos, de 2009 a 2017, los costes salariales se redujeron en términos reales un 14%, mientras que los precios de exportación solamente experimentaron una bajada para el mismo periodo de un 2%. Estos datos permiten concluir que la reducción de los salarios no se repercutió en menores precios, sino en un aumento de los beneficios¹⁵.

¹⁰ Doménech Rafael, García Juan Ramón, Ulloa Camilo, “The effects of wage flexibility on activity and employment in Spain”, *Journal of policy modeling*, V. 40, 6, 2018, pp 1200-1220; Banco de España, “Ajuste competitivo y recuperación de la economía española”, *Informe Anual*, 2015. Comisión Europea, “Country report Spain 2016”, *Commission Staff Working Document*, Bruselas, Febrero, 2016.

¹¹ Nastepaad Carl y Storm Servaas, “OECD demand regimes (1960-2000)”, *Journal of Post Keynesian Economics*, 29, 2, 2006. Onaran Ozlem y OBST Thomas, “Wage-led growth in the EU15 member-states: the effects of income distribution on growth, investment, trade balance and inflation”, *Cambridge Journal of Economics*, 40, 6, 2016, 1517-51.

¹² Álvarez, Ignacio, Uxó Jorge, Febrero Eladio, “Internal devaluation in a wage-led economy: the case of Spain”, *Cambridge Journal of Economics*, 43, 2019, p 354.

¹³ Concretamente, se concluye que la pérdida del poder adquisitivo de los salarios explica el 32.6% del incremento del desempleo en esos años.

¹⁴ Kalecki Michal, *Selected Essays in the Dynamics of the Capitalist Economy*, Cambridge University Press.

¹⁵ Villanueva Paloma, Cárdenas Luis, “Unemployment in Spain: The failure of wage devaluation”, *The Economic and Labour Relation Review*, 32 (4), 2021, p 568.

Concretamente, los datos muestran como en el periodo de 2009 a 2017 los márgenes empresariales se han incrementado un 0,5% de media por año¹⁶. Esta combinación de factores –reducción salarial y aumento de los márgenes empresariales– explicaría la pérdida de peso de los salarios en el PIB¹⁷, que han pasado de representar el 59% en 2010 al 55% en 2019, con el correspondiente incremento de la participación de los beneficios empresariales, pasando éstos a suponer del 41% al 45% del PIB en el mismo periodo.

En definitiva, se sostiene, de un lado, que la devaluación salarial no está resultando en un aumento significativo de las exportaciones ni tampoco una mejora del crecimiento económico. Bien al contrario, además de provocar un empobrecimiento de la población trabajadora, está reduciendo la capacidad de compra de los ciudadanos españoles y, con ello, el crecimiento económico.

2.3. Argumentos para la devaluación salarial en 2022: la inflación

Vistas las consecuencias de la política de devaluación salarial, lo lógico sería colegir que es momento de cambiar la política económica de los últimos años y mejorar (o contribuir a mejorar) el crecimiento de los salarios reales. Sin embargo, en 2021 y 2022 otro argumento ha aparecido que retiene los aumentos salariales: la llamada inflación de segunda vuelta.

En el periodo inflacionario actual, nadie argumenta que éste se haya producido como consecuencia del aumento salarial. Sin embargo, sí se ha defendido, desde algunas posiciones económicas, que el mantenimiento del poder adquisitivo a través de los salarios de las personas trabajadoras podría desencadenar la llamada inflación de segunda vuelta y perpetuar, con ello, la inflación existente¹⁸.

Por esta razón, desde el Gobierno¹⁹ se ha intentado replicar los pactos de rentas de 1977 (que fue uno de los componentes de los famosos pactos de la Moncloa), que tuvieron por objetivo contener los incrementos salariales para reducir la inflación (con gran éxito en ambos aspectos)²⁰. No obstante, la distancia actual entre las posiciones de la patronal y los sindicatos –y de los partidos políticos, recordemos que los pactos de la Moncloa de 1977

¹⁶ Álvarez, Ignacio, Uxó Jorge, Febrero Eladio, “Internal devaluation in a wage-led economy: the case of Spain, *Cambridge Journal of Economics*, 43, 2019, p 339 y 340.

¹⁷ University of Groningen and University of California, Davis, Share of Labour Compensation in GDP at Current National Prices for Spain [LABSHPESA156NRUG], retrieved from FRED, Federal Reserve Bank of St. Louis; <https://fred.stlouisfed.org/series/LABSHPESA156NRUG>, June 6, 2022.

¹⁸ Banco de España, “Un primer análisis del impacto de la inflación sobre la negociación colectiva en 2022”, Banco de España, 1/2022.

¹⁹ El Economista “Sánchez se reúne mañana en Moncloa con los líderes sindicales y patronales para impulsar el pacto de rentas”, 6 de marzo, 2022, <https://www.economista.es/economia/noticias/11651825/03/22/Sanchez-se-reune-manana-en-Moncloa-con-los-lideres-sindicales-y-patronales-para-impulsar-el-pacto-de-rentas.html> (última visita 06/06/2022)

²⁰ Sobre los pactos de rentas de 1977 y sus efectos en la inflación ver Todoli Signes, *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch 2012.

fueron entre los distintos partidos políticos del arco parlamentario y no directamente entre patronal y sindicatos— parece demasiado grande para alcanzar un acuerdo.

A los efectos que aquí interesan, de la misma forma que los argumentos de 2010-2017 para mantener la devaluación salarial no parece que se correspondieran con la realidad, la misma crítica es predicable actualmente respecto del miedo a una inflación de segunda vuelta si aumentan los salarios. En efecto, en primer lugar, la inflación actual es de oferta, no de demanda. Esto significa que la misma proviene de la falta de productos (las empresas redujeron capacidad durante la crisis del Covid-19 y les está costando retornar a niveles de producción pre-crisis). Al haber menos productos a disposición en el mercado de los que la población demanda, se incrementan consecuentemente los precios. En segundo lugar, la inflación también proviene del aumento de precios de las materias primas como la electricidad y el gas, cuya tendencia alcista es repercutida en el precio de los productos finales.

En tercer lugar, parte de la literatura afirma que la mayor porción del aumento de precios proviene del incremento de márgenes empresariales. Se ha indicado que la reducción de la capacidad productiva derivada del Covid-19 ha conllevado un aumento del poder de mercado de ciertas empresas que les permite fijar precios. De acuerdo con este análisis, los beneficios empresariales explicarían el 53,9% del incremento de los precios, mientras que los costes no laborales sólo lo harían en un 38,3%. Siéndole atribuible, finalmente, a los costes laborales únicamente del 7,9% del aumento de los precios²¹.

Por supuesto, esto no significa que ese mayor margen de beneficios empresariales se esté repartiendo igualitariamente a lo largo de toda la cadena de producción y suministro. Así, el aumento de los beneficios de las eléctricas y las petroleras provocaría gran parte del alza de precios aguas-abajo, sin que eso implicase que el resto de empresas retengan beneficios, sino que simplemente estarían repercutiendo el aumento del coste. Precisamente por este motivo, el incremento anual de los márgenes de beneficios del 0,5% durante el periodo 2009 a 2017 no ha de hacernos concluir que todas las empresas estén en disposición de pagar mejores salarios.

Como se ha señalado en la doctrina, la desigualdad en la estructura empresarial, esto es, el hecho de que existan grandes empresas con poder de mercado y otras contratistas y subcontratistas de las primeras con muy poco margen de actuación, es una característica de configuración de los nuevos mercados que afecta especialmente a las condiciones de trabajo²².

Sin embargo, habiendo descartado la tesis de que actualmente el aumento de los salarios esté provocando los incrementos de los precios, persiste, no obstante, la posibilidad de que un aumento de los salarios conforme a los precios actuales provocara en el futuro una mayor inflación. Es decir, el argumento consistente en que, pese a que actual-

²¹ Con datos para EEUU, Bivens Josh, “Corporate profits have contributed disproportionately to inflation. How should policymakers respond?”, *Economic Policy Institute*, 2022, ver en <https://www.epi.org/blog/corporate-profits-have-contributed-disproportionately-to-inflation-how-should-policymakers-respond/> (acceso en 06/06/2022)

²² Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi, 2021.

mente los salarios no hayan provocado la inflación, un aumento de los mismos pudiera ser trasladado por las empresas a los precios.

El análisis de esta última cuestión es complejo. Los datos con que se cuenta indican que un aumento de los salarios de un 1% implicaría un incremento de los precios del 0,14%²³, lo que parece apuntar a que los aumentos salariales no se repercuten significativamente sobre los precios. No obstante, estos datos deberían tratarse con cautela, dado que se han extraído de un periodo más extenso (1995 a 2018) durante el cual la inflación fue mucho menor.

En cualquier caso, por mucho que tengamos datos pasados que descarten una posible espiral inflacionista causada por el aumento salarial en España, la realidad es que no existe certeza de que esta situación no pueda producirse en el futuro.

Pese a lo anterior, lo que en cualquier caso deberíamos analizar es si es sostenible la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras en el tiempo conforme se viene produciendo en los últimos 10 años y que se ha mantenido incluso en épocas de crecimiento económico como la actual.

En efecto, en una economía basada en el consumo interno, la devaluación interna conduce a menores tasas de crecimiento económico pudiendo llegar a provocar por sí misma un estancamiento económico. Viendo los malos resultados que provocó (menor crecimiento económico y mayor desequilibrio en el reparto de las rentas generadas) la devaluación salarial en la década de los 2010, parece que tiene poco sentido persistir en este tipo de políticas en el periodo actual y más durante un ciclo expansivo.

Y esto es cierto especialmente en épocas inflacionarias. Uno de los mayores temores entre la doctrina económica es la posibilidad de estanflación. Esto es, que el aumento de precios –y la reducción de poder adquisitivo– provoque un desincentivo (o directamente una incapacidad) a consumir por parte de los hogares. Esto produciría una reducción del PIB que conduciría a una crisis económica. Algunos datos empiezan a apuntar hacia esta dirección. Así, el consumo en los hogares durante lo que llevamos de 2022 se ha reducido un 3,7% y sobre los bienes duraderos esa reducción del consumo alcanza el 11,3%. De esta forma, se vislumbra que, si no se revierte la pérdida de poder adquisitivo (que recordemos no aparece ahora, sino que llevamos arrastrando de forma acumulada en los últimos 10 años), el peligro de un hundimiento del PIB es enorme.

Adicionalmente, como señala la economista Mazzucato²⁴ actualmente se está de nuevo en niveles de endeudamiento privado similares a los que existían justo antes de la crisis de 2008. Parece que se repite la historia. Durante la primera década del S. XXI, la pérdida de poder adquisitivo de los hogares obligó a estos a endeudarse (hipotecas) para mantener los niveles de consumo, lo que acabó provocando la crisis financiera mundial.

Así pues, de nuevo, el exceso de endeudamiento que estamos viendo en las familias responde a la misma idea: mantener el poder adquisitivo perdido en los salarios

²³ Villanueva Paloma, Cárdenas Luis, “Unemployment in Spain: The failure of wage devaluation”, *The Economic and Labour Relation Review*, 32 (4), 2021, p 568.

²⁴ Discurso de clausura de Mazzucato Mariana, en el 33^a Congreso CIRIEC International celebrado en Valencia del 14 y 15 de junio 2022.

a través de la deuda privada que puede conducir al mismo nivel de crisis. De hecho, el propio Banco Central Europeo en mayo de 2022, y ante el contexto económico actual, se ha mostrado especialmente preocupado por el peligro de impago de las hipotecas si no se suben los salarios en Europa²⁵.

En conclusión, el debate no debería girar alrededor del eventual aumento de los salarios reales, sino cuál es la mejor fórmula para incrementarlos y en qué momento se debería producir su incremento para descartar posibles espirales inflacionistas de segunda vuelta. Esta cuestión se analizará en el epígrafe cuarto y cinco. Sin embargo, previamente se procederá al estudio de las normas y mecanismos legales que están contribuyendo actualmente a la pérdida constante de poder adquisitivo incluso en épocas de fuerte crecimiento económico.

3. La reforma de 2021: normas que reducen la devaluación salarial de forma insuficiente

El relato político de la reforma laboral de 2021 sostiene que con la misma se pretenden derogar los “aspectos más lesivos” de la reforma de 2012. Sin embargo, los mayores efectos positivos que está produciendo la norma se limitan al aumento de la contratación indefinida y la reducción de la temporalidad. De esta forma, de acuerdo con los datos, se comprueba que uno de los principales efectos de la reforma laboral de 2012 sigue, al menos, parcialmente vigente. En este epígrafe se analizarán las medidas tomadas para mejorar la capacidad de negociación salarial de los sindicatos en el RDL 32/2021 y aquellas que todavía siguen vigentes que están dificultando el incremento de los salarios.

3.1. La recuperación de la ultraactividad indefinida

Uno de los grandes caballos de batalla para detener futuras devaluaciones salariales es la recuperación de la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos. En efecto, una de las consecuencias de la reforma laboral de 2012, inauditas hasta ese momento, fue la reducción de los salarios pactados en convenios colectivos. Esto es, ante la posibilidad de desaparición total del convenio colectivo, y el paso de todas las personas trabajadoras cubiertas por ese convenio al SMI, los sindicatos aceptaron nuevos convenios con salarios nominales inferiores a los pactados en los convenios anteriores. A esta situación, y a estos efectos ya puso coto, en un primer momento, el Tribunal Supremo en la STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014) al entender que, aunque el convenio colectivo dejara de estar vigente (ni siquiera en ultraactividad y a falta de otro convenio ámbito superior), las condiciones laborales marcadas por el mismo deberían mantenerse, aunque fueran contractualizadas, por un principio de equilibrio interno del contrato.

²⁵ European Central Bank, *Financial Stability Review*, mayo 2022, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fsr/ecb.fsr202205-f207f46ea0.es.pdf>

Así, tanto a través de la contractualización de las condiciones salariales, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2014, como actualmente con la vuelta a la ultraactividad indefinida de los convenios a partir de la reforma de 2021, los sindicatos evitarán verse forzados a pactar reducciones salariales nominales. Sin embargo, esta medida introducida en la reforma de 2021 nada hace por recuperar las pérdidas de salario nominales ocasionadas durante la década de 2010²⁶. A su vez, la norma tampoco permite, por sí sola, recuperar las tasas de cobertura de las cláusulas de salvaguarda salarial. En efecto, recuérdese que, mientras en 2006 el 70,8% de las personas trabajadoras estaban cubiertas por una cláusula de salvaguarda salarial que las protegía frente a pérdidas de poder adquisitivo, en 2021 este porcentaje representaba solamente un 16,3%.

De esta forma, aunque la reforma del art. 86.3 ET permita a las personas trabajadoras mantener sus salarios nominales, la realidad es que no garantiza, en ningún caso, el mantenimiento de su poder adquisitivo. Así, sin cláusulas de salvaguarda salarial, las personas trabajadoras seguirán sufriendo una devaluación de su poder adquisitivo en periodos inflacionistas como el actual.

Asimismo, existe otro mecanismo, en este caso jurisprudencial, que debilita la posibilidad del mantenimiento de este poder adquisitivo. Se trata de una doctrina que establece que, como regla general, la salvaguarda salarial no se aplica durante la ultraactividad. El Tribunal Supremo ha establecido que la ultraactividad no puede suponer el nacimiento de obligaciones nuevas no contenidas en el texto cuya obligatoriedad se prorroga y, en sintonía con lo anterior, esto significa que la salvaguarda salarial debió pactarse de manera indefinida expresamente en el convenio para que se pueda aplicar durante la ultraactividad²⁷. Esta jurisprudencia ha sido criticada por Cuenca Alarcón²⁸, que entiende que la ultraactividad de una cláusula no exige verificar la existencia de una voluntad hipotética de las partes negociadoras favorables a su mantenimiento una vez finalizada la vigencia del convenio. En cambio, lo que se exigiría el art. 86.3 ET para aplicar la ultraactividad es que las partes no se hayan opuesto a su mantenimiento en el tiempo de forma expresa. Por esta razón, sostiene este autor que el establecimiento de un ámbito temporal a la cláusula de salvaguarda salarial no debería obstaculizar que ésta prorrogara sus efectos más allá del periodo de vigencia, de la misma manera que la existencia de un ámbito temporal para todo el convenio colectivo no imposibilita que éste amplíe su vigencia hasta que exista un nuevo convenio.

²⁶ Así se señala en Lahera Forteza Jesús, “La reordenación de salarios en la negociación colectiva”, *TjD*, 88, 2022, p 14 (Consultado en Smarteca).

²⁷ Tribunal Supremo en la Sentencias de 2 de octubre de 2018 (rec. 3074/2014); 8 de diciembre de 2016 (rec. 102/2016); de 18 de julio de 2017 (rec. 603/2015); 10 de junio de 2009 (rec. 103/2008); STS 21 de enero de 2003 (rec. ud. 1710/2002).

²⁸ Cuenca Alarcón Miguel, “La ultraactividad de las cláusulas normativas del convenio colectivo. Comentario a la STS 4º de 29 de abril de 2003” *RL*, Nº1, 2004, pág. 577. También algunas sentencias del Tribunal Supremo han sostenido esta doctrina, ver STS 25 de enero de 2007 (rec. 63/2006) y 29 de abril de 2003 (rec. 126/2002).

3.2. La recentralización de la negociación colectiva salarial

Un segundo elemento que pretende reducir la devaluación salarial es la eliminación, en la reforma de 2021, de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en lo que atañe a “la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”.

Como señala la literatura económica, los sistemas de negociación colectiva más centralizados y coordinados arrojan mejores resultados en materia de inflación, salarios y nivel de ocupación que los sistemas más descentralizados y descoordinados²⁹. De esta forma, con la derogación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial se alcanza un doble objetivo; de un lado, centralizar la negociación a nivel sectorial; de otro lado, mayor autonomía de los agentes sociales en la coordinación de la negociación colectiva a través de los acuerdos marco (83.2 ET). Esto, de acuerdo con los análisis económicos realizados, debería arrojar una mejora materializada en una reducción de la inflación, mejora salarial y de nivel de ocupación.

Sin embargo, estos efectos no serán inmediatos, dado que esta recentralización de la negociación salarial cuenta con una norma transitoria que retrasa sus efectos (DA 6 del RDL 32/2021). De esta forma, la norma transitoria condiciona el fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa a que ocurra alternativamente cualquiera de los dos siguientes eventos: 1) que los convenios con prioridad aplicativa vigentes antes del 31 de diciembre del 2021 pierdan su “vigencia expresa”; 2) o que haya discurrido un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley” (esto es, hasta el 31 de diciembre de 2022)³⁰.

Adicionalmente, aunque la eliminación de la prioridad del convenio de empresa en materia de salarios entrara en vigor el 31 de diciembre de 2021, su plena efectividad queda condicionada a la relación con los convenios vigentes antes de esa fecha y que mantienen su prioridad siempre que las unidades de negociación de los convenios precedentes se hubieran aplicado conforme la regla *prior in tempore*, esto es, de acuerdo con lo establecido en el art. 84.1 ET. Como ha señalado la doctrina³¹, la norma tras la reforma laboral de 2021 no exige la aplicación del salario del convenio sectorial en todo caso cuando éste sea superior al del convenio de empresa. En efecto, de acuerdo con el art. 84.1 ET, si el convenio de empresa es anterior al convenio sectorial, el primero se aplicará, incluidas las cuantías salariales, aunque sean peores que las del convenio sectorial. Es cierto que mientras esta aplicación prioritaria del convenio de empresa antes de

²⁹ OCDE, *Perspectivas de empleo 1997*, Paris, págs. 212-214; OCDE, *Perspectivas de empleo 2004*, Paris 2004, págs. 232-307; y OCDE, *Perspectivas de empleo, 2006*, págs 166. Pérez Infante, José Ignacio, *La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado*. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 29, Núm. 2, (2011) 264.

³⁰ Mercader Uguina, Jesús, “El fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: un modelo colectivo para armar”, Foro de Labos, marzo de 2022, accesible en <https://www.elforodelabos.es/2022/03/el-fin-de-la-prioridad-aplicativa-de-los-convenios-de-empresa-en-materia-salarial-un-modelo-colectivo-para-armar/> (Acceso en 06/06/2022)

³¹ Lahera Forteza Jesús, “La reordenación de salarios en la negociación colectiva”, TyD, 88, 2022, (Consultado en Smarteca).

la reforma de 2021 era impuesta, y las partes a nivel sectorial nada podían hacer, actualmente, los agentes sociales y económicos a nivel sectorial podrán corregir esta prioridad del convenio de empresa, estableciendo otras reglas como, por ejemplo, la prioridad del convenio sectorial, aunque sea posterior en el tiempo. Sin embargo, para que se dé esta circunstancia, así se debe aceptar por la patronal y sindicatos a nivel sectorial³².

De esta manera, esta “recentralización” de la negociación colectiva no es automática ni viene impuesta por la ley, sino que dependerá de la aquiescencia de los empresarios. De hecho, precisamente, tras estos años de “crisis” de la negociación colectiva sectorial y de auge del convenio de empresa, existen muchos convenios de empresa que se van a encontrar en esta situación de ser “anteriores” al convenio sectorial (por estar este “caído” o en “ultraactividad”), lo que, con la actual norma, les seguirá permitiendo mantener los salarios por debajo del convenio sectorial.

3.3. Convenio del sector en la subcontratación

Otra de las cuestiones clave de la reforma de 2021 que tiene por objeto la centralización y mejora de la coordinación de la negociación colectiva es el art. 42.6 ET. Esta norma establece que “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

Con ello, parece pretenderse que la subcontratación de actividades no sea una forma de abaratar costes laborales. Sin embargo, este objetivo, expresado en similares términos en la exposición de motivos, no parece que vaya a alcanzarse con esta redacción. En efecto, en la medida en la que el art. 42.6 ET se refiere simplemente a la aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada durante la contrata, esta medida queda alejada de una verdadera equiparación de condiciones laborales (incluidas las salariales) entre la empresa principal y la contratista. Un supuesto de equiparación de condiciones laborales que la legislación sí exige en el caso de los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal (art. 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal) quienes deben disfrutar de las mismas condiciones laborales que los trabajadores de la empresa cesionaria.

Adicionalmente, la regla general de aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada contiene dos excepciones; de un lado, “salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”, de otro lado, se sostiene que “no obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio

³² En profundidad ver Lopez Terrada, Eva, “la reformulación de las reglas de concurrencia convencional tras la reforma laboral de 2021, (en prensa), 2022.

propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”. Son dos exclusiones, que, a pesar de estar redactadas en forma de “excepción”, por el número de supuestos en los que se produce, supondrán la regla general y la aplicación del convenio del sector de la actividad principal será la excepción.

En efecto, de acuerdo con la redacción, en las contratas y subcontratas la prioridad de aplicación estará en el convenio de empresa y no en el sectorial³³. Así, si la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio éste será el aplicable. Esto nos devuelve al supuesto del epígrafe anterior por el cuál, en materia salarial, la aplicación del convenio del sector o de la empresa, lejos de quedar aclarada por la normativa –o de establecer una clara recentralización de la negociación colectiva en favor del convenio sectorial–, dependerá de múltiples factores entre los cuales se incluye si el convenio de empresa es “anterior” al sectorial o si el convenio sectorial ha establecido una preferencia absoluta en materia salarial a su favor. En definitiva, nada añade esta norma respecto a lo señalado en el apartado anterior sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial.

Así pues, si el objetivo de la reforma era evitar la externalización de servicios con el objetivo de ahorrar costes mediante el uso de la figura del convenio de empresa y la correspondiente devaluación salarial que esto provoca, este fin no parece quedar garantizado con esta redacción. En efecto, seguirán habiendo supuestos en los que, ya sea porque no existe convenio sectorial o porque el convenio de empresa es anterior al convenio sectorial, el convenio de empresa seguirá imperando en las contratas o subcontratas sin límites³⁴.

3.4. Mantenimiento de las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos

Uno de los sistemas diseñados en las reformas de 2010-2012, específicamente, para alcanzar la devaluación salarial se ha mantenido vigente en toda su extensión.

Este sistema de inaplicación del convenio colectivo consistente en la opción de una empresa de no aplicar las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo (del sector o de la propia empresa) si se cumple una serie de requisitos tuvo varias versiones en las distintas reformas. En sus primeras versiones, para poder aplicar el “descuelgue del convenio” era necesario alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores o una comisión “ad hoc” elegida por los trabajadores en asamblea. En la reforma de 2012, el acuerdo no era imprescindible puesto que, si no había acuerdo, la inaplicación se podía decidir por un órgano administrativo. Pues bien, la última de las versiones sigue vigente inalterada por la reforma de 2021.

De esta forma, la centralización y coordinación de la negociación colectiva sigue debilitada. En efecto, además de las posibilidades, todavía vigentes, de mantener el

³³ Lahera Forteza Jesús, “La reordenación de salarios en la negociación colectiva”, *TyD*, 88, 2022, p 9 (Consultado en Smarteca) y De la Puebla Pinilla, Ana, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas”, *TyD*, 88, 2022, p 7 (Consultado en Smarteca).

³⁴ De la Puebla Pinilla, Ana, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas”, *TyD*, 88, 2022, p 6 (Consultado en Smarteca).

convenio de empresa con prioridad aplicativa salarial si éste es “anterior” al del sector, adicionalmente, las empresas individuales, aunque no tengan convenio propio, podrán aplicar condiciones salariales inferiores a las dictaminadas en el convenio sectorial.

Los efectos de este salario inferior en determinadas empresas no solamente afectan a esas concretas personas trabajadoras, sino que empuja a la baja todos los salarios. En efecto, en una economía con tal nivel de contratación y subcontratación, la existencia de empresas que no tengan obligación de cumplir el convenio sectorial dificulta que los trabajadores de otras empresas puedan exigir mejoras salariales. En este sentido, las empresas que paguen menos salarios (gracias a la inaplicación de condiciones o al convenio propio conforme lo señalado en el apartado anterior) obtendrán más contratos y crecerán, impidiendo que otras empresas –que pagan mejores salarios– hagan lo propio. Consecuentemente, esto limitará las posibilidades de solicitar mejoras salariales en las empresas que cumplen con el convenio sectorial por la presión a la baja que provoca la reducción de costes en empresas de la competencia (especialmente en empresas que descansan fundamentalmente en la mano de obra y, probablemente, en esta diferenciación esté la clave de una futura regulación equilibrada).

En fin, las inaplicaciones del convenio del sector y los convenios de empresa que reducen condiciones laborales provocan que las empresas principales, por muchos beneficios que tengan, puedan seleccionar a aquellas empresas que pagan menos a sus trabajadores (mediante inaplicación o convenio propio a la baja) con el objeto de ahorrar costes, lo que desincentiva, cuando no directamente impide, a las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas exigir aumentos salariales.

El argumento general esgrimido en favor del mantenimiento de las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos es que éste se hace para “salvar la empresa”. Es decir, se señala que, sin la “inaplicación”, la empresa desaparecería desencadenando despidos. Sin embargo, la realidad es que, con la regulación actual, la establecida en la reforma de 2012, la inaplicación no sólo es legal en casos de extrema necesidad para salvar la empresa, sino que se admite incluso en supuestos en los que la empresa no incurra en pérdidas, sino simplemente reducción de ingresos (aunque la empresa obtenga beneficios). Algo que adicionalmente debe ponerse en contexto con el sistema de contrata y subcontrata. La empresa principal puede presionar a la contratista para reducir sus precios (menos ingresos), lo que la contratista, para mantener sus márgenes de beneficios, puede utilizar como argumento legal para no aplicar el convenio de sector. De esta forma, la empresa principal aumentará sus márgenes (al reducir sus costes), la empresa contratista mantendrá sus márgenes (al reducir salarios) y las personas trabajadoras perderán poder adquisitivo.

En este punto cabe recordar que la negociación colectiva sectorial de carácter imperativo persigue, como uno de sus principales objetivos, que no se compita entre las empresas a través de la reducción de costes laborales, sino en mejoras de la productividad y la calidad del producto o servicio prestado³⁵.

³⁵ En profundidad ver Todoli Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi 2021.

Las empresas pueden crecer, y adquirir cuota de mercado, principalmente de dos formas³⁶: mejorando su producto o servicio prestado o reduciendo su coste. Dentro de esta segunda opción, la reducción de costes puede venir por una mejora en la productividad, una reducción en precio de los inputs necesarios (materias primas, proveedores, etc.) o una reducción de los costes laborales –salarios, seguridad social, prevención de riesgos, etc.–.

La negociación colectiva sectorial, cuando es efectiva, esto es, cuando no existen instrumentos legales que permiten su inaplicación (convenios propios a la baja o descuelgues) tiene por objetivo igualar el “terreno de juego” para todas las empresas con objeto de evitar que se compita en costes laborales, y que, en cambio, se haga en el resto de parámetros. De hecho, esta legislación –que impida que se compita en costes laborales– no sólo está pensada en beneficio de las personas trabajadoras, sino también de las propias empresas.

En primer lugar, la disminución generalizada de los salarios en una economía deprime el consumo interno dificultando a las propias empresas y a la economía crecer (como se ha visto que ha ocurrido en España en el periodo 2010-2018). En segundo lugar, la reducción de los costes laborales provoca conflicto y rabia, dificultando el mantenimiento de la paz social y, en el peor de los casos, de la democracia –de ahí la insistencia en la DUDH de la importancia de los derechos laborales–. En tercer lugar, perjudicará la innovación metodológica, de procesos, tecnológica, etc. Esto es, si empresas ineficientes pueden sobrevivir en el mercado a costa de los bajos salarios, esto reduce los incentivos para que otras empresas inviertan en innovación, ya que estas últimas no podrán obtener los réditos merecidos al tener que competir con empresas que pueden reducir los precios de sus productos –no por ser eficientes–, sino por pagar poco a su mano de obra. Esto es, admitir salarios por debajo del convenio del sector no deja de ser una suerte de subvención o premio a la ineficiencia empresarial.

En fin, el hecho de que la reforma de 2021 no haya impedido de forma efectiva el recurso a la rebaja de las condiciones salariales fijadas en el sector va a dificultar en suma medida que se detenga la espiral de pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras en la que se encuentra España en los últimos 10 años y más en un contexto inflacionario.

Por esta razón, parece inviable esperar, con la actual regulación, que la pérdida de poder adquisitivo se detenga. Por ello, parece necesario introducir modificaciones legales que permitan, de un lado, evitar que se puedan seguir reduciendo los salarios, limitando las posibilidades de las empresas de competir mediante la degradación de condiciones laborales para que, en cambio, se desplace la competencia hacia la calidad de los productos y, de otro lado, establecer normas que refuercen la negociación colectiva como principal fuente de regulación de las condiciones laborales y de mejora de las mismas. El próximo epígrafe se dedicará a proponer posibles regulaciones que permitirían o ayudarían a alcanzar este doble objetivo.

³⁶ Porter, *Estrategia competitiva. técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*. Cecs, 1979.

4. Necesaria actuación legislativa

4.1. El uso del SMI

Que la reforma laboral de 2021 no esté revirtiendo, en términos generales, la devaluación salarial de las últimas décadas no significa que no se haya hecho nada al respecto. Me estoy refiriendo concretamente al SMI. En efecto, el aumento del salario legal, muy por encima de la inflación, ha permitido ganar poder adquisitivo a una gran parte de la clase trabajadora³⁷.

Con las posibilidades de inaplicación de convenios sectoriales y de negociación de convenios de empresa que rebajaban los salarios hasta el mínimo legal, la subida del SMI ha sido vista desde el Gobierno como el instrumento más rápido y eficaz de mejorar (o simplemente devolver a sus niveles pre-crisis 2007) el poder adquisitivo de estos trabajadores.

Sin embargo, el uso de los incrementos del SMI como principal forma de mejorar el poder adquisitivo tiene serias limitaciones. Por un lado, por su propia definición, no puede mejorar el salario de todas las personas trabajadoras. En efecto, históricamente ha sido la negociación colectiva la que ha establecido distintas categorías profesionales, con distintas funciones y responsabilidades. De esta forma, si solamente se confía en el Salario Mínimo, sin reforzar la negociación colectiva, pueden producirse dos fenómenos; bien que los salarios se “aplanen” acercando todas las categorías profesionales al salario mínimo, bien que las diferencias salariales entre categorías se negocien de forma individual en el contrato (modelo anglosajón y latinoamericano). En ambos casos, la pérdida de poder adquisitivo, para la gran mayoría de trabajadores que dependen del convenio colectivo, se mantendría.

Obviamente, la ley podría evitar el “aplanamiento” de los salarios para las distintas categorías profesionales. Serviría simplemente con impedir la absorción y compensación del salario mínimo mediante norma legal. En este caso, los aumentos salariales del SMI se trasladarían a todas las categorías profesionales y a todos los contratos mediante un aumento del salario base para cada persona trabajadora.

No obstante, esta opción tiene al menos dos inconvenientes. De un lado, esta intervención legislativa probablemente acabaría provocando el propio debilitamiento de la negociación colectiva. En efecto, si los aumentos salariales provienen de la ley, la negociación colectiva se vuelve cada vez menos necesaria. Las personas trabajadoras cuyas ganancias de poder adquisitivo provienen de la ley directamente verán a los sindicatos como poco útiles para su beneficio.

En segundo lugar, este aumento sería idéntico para todos los sectores (salvo que quisiéramos volver a las viejas reglamentaciones por sectores). Esto es, se aumentaría la misma cantidad de salario en todos los sectores (tanto para sectores en crecimiento como para

³⁷ Al menos a sí ha sido hasta 2021, el mantenimiento o la pérdida de ese poder adquisitivo dependerá de la inflación y de las figuras subidas de SMI. No obstante, cabe decir que el plan del Gobierno plasmado por la comisión de expertos y expertas en el SMI se realizó antes del contexto inflacionario, por tanto, si se mantiene inalterado el plan a pesar de la inflación es posible que la pérdida de poder adquisitivo alcance a los que ganan el SMI.

sectores en crisis) y también se aumentaría la misma cantidad bruta con independencia del salario de partida. Por ello, por ejemplo, una subida de 50 euros, para salarios bajos (el aumento) podría ser relevante, pero para salarios de 2000 euros sería escasa. No obstante, cabe decir que esta opción no impediría que existiera negociación colectiva dado que, adicionalmente a lo decidido los agentes sociales, podrían establecer mejoras por categorías o sectores.

Asimismo, esta opción no tendría por qué ser de uso continuado. Podría utilizarse por el legislador por una única vez con objeto de intentar recuperar el poder adquisitivo perdido en la última década y la inflación. Aun así, probablemente, su uso como “botón nuclear” cambiaría para siempre el modelo de relaciones laborales.

Otro problema de esta opción legislativa sería una eventual inconstitucionalidad por atentar a la autonomía colectiva (art. 37 CE). Sin embargo, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en los últimos años, ha sido muy “benévolo” con las injerencias del legislador en la autonomía colectiva. Sobre el tema me remito al próximo apartado respecto a los arbitrajes administrativos obligatorios ya validados por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 119/2014 y 8/2015.

4.2. *¿Arbitrajes obligatorios al alza?*

Como se ha señalado en este trabajo, en la reforma de 2012, en la parte que actualmente sigue vigente, se aprobó la posibilidad de “descolgarse” del convenio colectivo y aplicar unas condiciones salariales peores a través de un arbitraje administrativo. Esto debía hacerse mediante pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores (o una comisión “ad hoc”). Ahora bien, en caso de que no existiera acuerdo, la empresa podía solicitar un arbitraje obligatorio ante un órgano administrativo el cuál resolverá sobre si la empresa tiene derecho a aplicar unas condiciones salariales peores y también sobre qué condiciones concretas deben ser.

Nos encontramos ante un sistema ordenado por la normativa para empeorar las condiciones pactadas por los negociadores en el convenio colectivo, si se dan unas causas que el legislador ha considerado legítimas como es, entre otras, la disminución, que no ausencia, de beneficios.

Así las cosas, no resulta complejo pensar en un sistema similar, pero al servicio de la mejora salarial. Un sistema que establezca una serie de causas por las cuales los trabajadores, durante la vigencia de un convenio colectivo, puedan solicitar una mejora de las condiciones en una empresa concreta. Las causas podrían ser desde la mejora de ingresos o de beneficios de esa empresa concreta, a la existencia de inflación que merme el poder adquisitivo de los trabajadores. De la misma forma, el procedimiento podría ser similar al del art. 82.3 ET por el cual, primero se debería intentar una negociación en la sede de la empresa y, en caso de no alcanzar un acuerdo, un organismo administrativo resolvería sobre la solicitud realizada por las personas trabajadoras o sus representantes.

La constitucionalidad de una intervención administrativa tan fuerte en la negociación colectiva parece que vendría avalada por el propio Tribunal Constitucional desde el

momento en que este consideró constitucional el sistema de arbitraje obligatorio para la inaplicación de condiciones salariales. Si aceptamos sus argumentos, un sistema de arbitraje obligatorio no vulnera la fuerza vinculante de los convenios colectivos, ni el derecho a la negociación colectiva dado que se hizo en un contexto de crisis económica³⁸ que buscaba la flexibilidad interna como alternativa a las medidas de flexibilidad externa y que ello atendía a fines constitucionales legítimos como garantizar el derecho al trabajo, la adopción de políticas de pleno empleo o la defensa de la productividad.

Siguiendo la misma argumentación se podría validar un sistema de arbitraje obligatorio al alza que evite la pérdida de poder adquisitivo o que incluso permita un reparto de las ganancias obtenidas en la empresa. Este sistema protegería derechos constitucionales como la suficiencia salarial, el pleno empleo y la defensa de la productividad. En efecto, recordemos que la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras provoca restricción del consumo y, con ello, se reduce el PIB y el empleo. Adicionalmente, la literatura económica sostiene que el reparto de los excedentes empresariales con los propios trabajadores es un factor motivador clave que mejora la productividad laboral³⁹.

Ahora bien, por mucho que esta propuesta pueda ser defendible desde la perspectiva de las Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014 y 8/2015, no considero en absoluto que debiera ser el camino a seguir. En primer lugar, porque, como ya defendió el Magistrado Valdés Del-Re en su voto particular a las sentencias que declaraban la constitucionalidad del arbitraje obligatorio, un arbitraje administrativo obligatorio sí vulnera la eficacia vinculante de los convenios colectivos. Y considero que sería así tanto si el arbitraje se ofrece para empeorar las condiciones laborales como para mejorarlas.

Nuestro sistema constitucional confía en la autonomía de la voluntad de los agentes sociales para establecer las condiciones laborales de los distintos sectores productivos y empresas. De esta forma, imponer un arbitraje obligatorio por ley supone una restricción injustificada al derecho de negociación colectiva⁴⁰ (como ya señaló el Tribunal Constitucional en el pasado en STC 11/1981 y 92/1992)⁴¹.

³⁸ Aunque cabe decir que actualmente sigue vigente sin contexto de crisis económica.

³⁹ Brown, Carl., "Performance Pay Choices: Evidence from Certified Agreements", *The Journal of Industrial Relations*, nº 39, vol. 3, 1997, pp 353-354. Deci, Ryan Y Koestner, "A meta-analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation" *Psychological Bulletin*, nº 125, Vol. 6, 1999, pp 627-668. Estos autores defienden que el aumento de las recompensas extrínsecas al trabajador (dinero) reduce las recompensas intrínsecas (interés y entusiasmo). En sentido contrario ver, IOMA, "Incentive pay programs and results: An Overview", *IOMA*, nº5, 1996, p 11, Green G., "Instrumentality Theory of Work Motivation," *Journal of Applied Psychology*, nº 53, 1965, pp-1-25.

⁴⁰ Conforme sostiene también la mayoría de la doctrina, ver VIVERO SERRANO, Juan. Bautista.: "El arbitraje al servicio del interés empresarial: el papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el procedimiento de descuelgue del convenio colectivo" *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 368, 2013, Pág. 8; Sepuveda Gomez, María "La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012, aspectos para el debate", en Emilia Castellano Burguillo (dir.), Iluminada del Rocío Fera Basilio (dir.), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, 2013, 176 y ss; Sanguineti Rymond, Wilfredo, "La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de trabajo y sus límites inmanentes" *RDS*, 57, 2012, p 131.

⁴¹ En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical en el Informe 371 aprobado por el Consejo de Administración en reunión celebrada en Ginebra entre el 13 y 27 de marzo de 2014.

Es decir, que si lo que se pretende es reequilibrar la negociación colectiva, lo que se debería hacer es derogar la posibilidad de los arbitrajes administrativos en aplicación del art. 82.3 ET y también limitar su uso exclusivamente para las causas más restrictivas. Esto es, solamente a casos en los que peligre realmente la viabilidad de la empresa y, sobre todo, que su uso no fuera permitido en los casos en los que los problemas económicos de la empresa provengan de un abuso del poder de mercado de la empresa principal en la contratación⁴². Esto se podría hacer valorando las causas económicas en la cadena productiva y no sólo en la empresa que pretende la inaplicación. Y es que si la principal conoce que no va a poder presionar para obtener menores precios en la contrata eso podría solucionar directamente los problemas económicos de la empresa contratista sin necesidad de rebajas salariales.

De esta forma, siendo coherentes, dado que considero que el arbitraje administrativo no es una fórmula aceptable en nuestro sistema constitucional para reducir las condiciones laborales, la misma posición sostengo respecto de su uso para mejorar las condiciones. Por tanto, considero que se deberían buscar soluciones alternativas menos dañinas para la autonomía colectiva a los efectos de alcanzar el equilibrio en el reparto de las rentas generadas en la empresa y, con ello, el deseado crecimiento económico.

4.3. Reforzar la negociación colectiva con normas dispositivas a nivel sectorial (“opt out”)

Una forma mucho más respetuosa con la autonomía colectiva, pero que también puede ser muy efectiva para alcanzar los objetivos de política económica, es la norma dispositiva. De esta forma, por ejemplo, la propuesta realizada al inicio de este epígrafe respecto a la posibilidad de que el aumento del SMI no sea absorbible ni compensable con objeto de que eleve todos los salarios para compensar la pérdida de poder adquisitivo de los últimos diez años y la inflación, podría instrumentalizarse como dispositiva para la autonomía colectiva sectorial⁴³.

De esta forma, la norma podría establecer el aumento con un plazo de seis meses para que sector por sector se realice un análisis de la pertinencia de esa mejora salarial y decidir autónomamente sobre su aplicación específica. Así, en una nueva negociación abierta a partir del aumento salarial implementado por el legislador, podrían decidir descartar la subida salarial, reducirla o, incluso, aumentarla si así se considera oportuno. Básicamente la medida estaría orientada a propiciar el debate en todos los convenios vigentes, impidiendo que se mantengan inmóviles. Incluso los sindicatos también podrían renunciar a la subida salarial a cambio de incorporar cláusulas de salvaguarda salarial⁴⁴.

⁴² Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi, 2021.

⁴³ Es importante que solamente los convenios sectoriales pudieran disponer de esta norma si lo que se pretende es reforzar la negociación colectiva sectorial y reducir la competencia desleal.

⁴⁴ Adicionalmente, el aumento salarial podría hacerse también no absorbible y compensable a nivel individual (no absorbible por mejoras voluntarias). Esto iría en contra de la interpretación clásica del Tribunal

Otra opción, en coherencia con lo señalado en este trabajo, sería establecer la equiparación de condiciones laborales entre la empresa principal y la contratista. Esta opción evitaría el uso del poder de mercado de las empresas principales sobre las contratistas que acaban sufriendo las personas trabajadoras de estas últimas. Esta propuesta ya es aplicable entre empresas ETT y las empresas usuarias y fue objeto de proposición de ley por el PSOE en 2016 para las contratistas⁴⁵.

En cualquier caso, también esta propuesta se podría diseñar en términos dispositivos. De esta forma, si el convenio sectorial aplicable a la principal y el convenio sectorial aplicable a la actividad de la contratista establecieran otra cosa –otro sistema de aplicación de condiciones laborales en contratistas– a ello habría que estar. De nuevo, el objetivo de esta medida no debiera ser el de decidir por el legislador las fórmulas de aplicación de convenios, sino reequilibrar el poder de negociación de las partes a través de normas que establezcan una solución subsidiaria favorable a la mejora de las condiciones laborales en caso de silencio por parte de los agentes sociales.

4.4. Reforzar la negociación colectiva con la participación en beneficios

Como ya se ha defendido en otros trabajos, uno de los sistemas o fórmulas de retribución más beneficiosos a nivel macroeconómico (estabilidad de los ciclos económicos) y de empresa (aumento de la productividad) es la participación en los beneficios empresariales de las personas trabajadoras⁴⁶. Por esta razón, la Comisión Europea estuvo más de veinte años recomendando el uso de estos sistemas retributivos, aunque sin éxito⁴⁷. España ha sido especialmente reticente a su uso; ni siquiera en las empresas del IBEX se observa una clara apuesta por este sistema retributivo en su negociación colectiva⁴⁸.

Supremo que permite que las mejoras voluntarias absorban subidas de salario de convenio, sin embargo, no parece que nada obste para que el legislador cambié esta doctrina para el aumento del SMI sobre todo si se hace de forma esporádica y justificada en la pérdida de poder adquisitivo. Adicionalmente, en aquellos casos que las empresas paguen a sus trabajadores por encima del salario de convenio, este aumento no absorbible ni compensable podría, en empresas concretas, verse reducido si existen causas para aplicar el art. 41 ET. Por lo que, de nuevo, la injerencia del legislador, en este caso en la autonomía individual, no debería calificarse de excesiva.

⁴⁵ (BOC 9 septiembre 2016)

⁴⁶ Todoli Signes Adrián, *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, 2016

⁴⁷ UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Union*, Luxemburgo, Office for Official publications of the European Communities, 1991; European Comisión, *Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results II*, 1996; Lowitzsch, *The PEPPER III Report - Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the New Member and Candidate Countries of the European Union* (Rome and Berlin: Inter-University Centre Split/Berlin), 2006; Lowitzsch, Hashi, y Woodward, *The PEPPER IV Report: Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*, Berlin, 2009, p 181

⁴⁸ Sala Franco Tomás y Todolí Signes Adrian, “La participación financiera de los trabajadores en las empresas del IBEX a través de la negociación colectiva”, *TyD*, 72, 2020.

Esta falta de recurso generalizado de la participación en beneficios en España provoca que nuestros ciclos económicos negativos sean más graves; menor flexibilidad salarial; mayor conflictividad social (más huelgas y conflictos colectivos); menor motivación para esforzarse de las personas trabajadoras (menor productividad); y un mayor desequilibrio en el reparto de la riqueza generada⁴⁹.

De esta forma, el legislador debería incentivar que se acuerden estos sistemas salariales sin llegar a imponerlos. Así, se propone que la ley debería obligar a la utilización de un sistema salarial de participación en los beneficios, pero de forma dispositiva. Con ello, las partes quedan obligadas a un reparto de un porcentaje de los beneficios empresariales salvo que mediante negociación colectiva sectorial se dispusiera lo contrario. Conforme lo señalado anteriormente, esta técnica jurídica es más acorde con nuestro sistema de relaciones laborales, el cual confía, desde la Constitución Española (art. 7 y 37 CE), en la negociación colectiva como manera de regular las relaciones de trabajo.

Con esta fórmula propuesta, el legislador promocionaría la negociación colectiva enriqueciendo sus contenidos y obligando a las partes, al menos, a debatir sobre la idoneidad de mantener o cambiar un sistema de participación en beneficios. Esto se haría sin llegar a violentar la voluntad de las partes las cuales siempre podrían declinar la opción legislativa.

En definitiva, se propone añadir un art. 26.6 ET con el siguiente contenido “Las empresas estarán obligadas a pagar anualmente un complemento por beneficios, consistente en un reparto del 10 % de lo establecido en cuentas anuales entre cada una de las personas trabajadoras de la empresa, en proporción a las horas trabajadas, salvo que otra cosa disponga el convenio colectivo sectorial aplicable”.

5. Cuándo establecer las medidas

Como se ha defendido en este trabajo, parece necesario para evitar la crisis económica (impago de hipotecas y depresión del consumo) la recuperación del poder adquisitivo de los hogares. Sin embargo, la clave está en el cuándo.

Con objeto de negociar un nuevo AENC (el anterior caducó en 2020) los sindicatos ya se han mostrado proclives a retrasar la recuperación del poder adquisitivo a 2023 y especialmente a 2024 cuando se espera que el periodo inflacionario haya pasado⁵⁰.

Esto responde a la idea de que si los mayores aumentos salariales se producen durante el inicio del proceso inflacionario esto podría conducir a inflación de segunda vuelta. Por esta razón, tiene sentido económico que los aumentos salariales se produzcan cuando la inflación haya comenzado a remitir. En un AENC esto sería muy sencillo de conseguir dado que se podría pactar hoy un aumento salarial condicionado a los resultados de la inflación de los próximos meses y años. Ahora bien, si sigue sin haber un nuevo AENC

⁴⁹ En profundidad ver, Todoli Signes Adrián, *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, 2016.

⁵⁰ CCOO, *Pacto de rentas plural y equilibrado*, Madrid, junio 2022.

parece que la intervención legislativa será inevitable. Una intervención como la propuesta en el anterior epígrafe que permita precisamente reactivar la negociación colectiva sectorial para que se alcance acuerdos a través del AENC o a través de los distintos sectores.

Ahora bien, lo que sí parece especialmente importante para la economía es mandar *en estos momentos* el mensaje de que los salarios aumentarán –aunque este aumento se vaya a retrasar a cuando la inflación empiece a reducirse–. Dos son las razones por lo que es importante comprometer para el futuro los aumentos ahora, de forma creíble. De un lado, estamos viendo como la conflictividad está aumentando. Sin duda, los sindicatos no pueden quedarse parados mientras se pierde el poder adquisitivo. De esta forma, sin un compromiso de aumento de salarios, van a tener que reaccionar con huelgas y conflictos colectivos con la correspondiente pérdida de productividad laboral y días de trabajo. La segunda razón son las expectativas, si los hogares son conscientes hoy de las mejoras de poder adquisitivo que tendrán, aunque sea en el futuro, estos reducirán menos su consumo evitando que se produzca una contracción del PIB excesiva. De la misma forma, la refinanciación de hipotecas será más probable si los bancos saben que existe un acuerdo de mejora del poder adquisitivo, aunque este sea a futuro, reduciendo las posibilidades de impagos y crisis financiera.

De esta forma, a falta de un AENC, el legislador podría establecer medidas como las vistas en el apartado anterior, pero dando un periodo de un año o 18 meses para que la aplicación de la medida decidida por el legislador se negocie en los convenios sectoriales –dispositivos– y, si pasado ese periodo no ha habido acuerdo, que sean de aplicación. También podría establecer un plazo condicionado, por ejemplo, un periodo de negociación, para la negociación colectiva sectorial, de seis meses que comenzaría a computar desde que la inflación se reduzca por dos meses consecutivos.

6. Conclusiones

La última vez que la inflación se encontró en niveles tan preocupantes como los actuales se acometió un gran pacto: los llamados pactos de la Moncloa de 1977. Unos pactos entre los principales partidos políticos –Gobierno y oposición–, con la aquiescencia de patronal y sindicatos, que consiguieron, de forma muy exitosa, reducir la inflación sin provocar un hundimiento del crecimiento económico. En el clima político actual esta situación parece irrepetible. Sin embargo, el peligro económico y de estallido social al que nos enfrentamos no es menor.

En este estudio se sostiene que la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras se ha agravado en los últimos diez años sin que ello haya repercutido positivamente en la competitividad internacional de nuestros productos. Por el contrario, los datos muestran como la devaluación salarial ha reducido la capacidad de compra de los hogares y, con ello, ha reducido el incremento del PIB y generado desempleo.

El mantenimiento de esta política de devaluación salarial en la actualidad (en 2021 los salarios reales pactados se redujeron un -1,38% y en 2022, con datos hasta abril, la

pérdida de poder adquisitivo se sitúa en el -5,00%) es especialmente preocupante en un contexto inflacionario. En efecto, uno de los efectos más perniciosos de la inflación (si va acompañada de pérdida de poder adquisitivo) es la reducción drástica del consumo interno que provoca. Un fenómeno que puede conducir a una reducción sustancial del PIB y una profunda crisis económica (estanflación). Precisamente, las posibilidades de hundimiento del consumo en España son mayores por venir de una década de devaluación salarial. De esta forma, parece necesario reducir la inflación a la vez que se mantiene el poder adquisitivo de la población para evitar un desplome del consumo en el futuro y la temida reducción del crecimiento económico.

En este estudio se concluye que, con las medidas adoptadas por la reforma laboral de 2021, no se conseguirá frenar la devaluación salarial y mucho menos recuperar el poder adquisitivo perdido en los últimos diez años en un contexto inflacionario⁵¹.

Por esta razón, en este trabajo se propone una serie de cambios legislativos que se consideran necesarios para alcanzar un triple objetivo: 1) reequilibrar el poder entre las partes en la negociación colectiva para la recuperación efectiva del poder adquisitivo de las personas trabajadoras con objeto de impedir el hundimiento del consumo interno; 2) reducir la competencia en costes entre las empresas para que se pase a competir en calidad y productividad; 3) que estos aumentos salariales no acaben generando una inflación de segunda vuelta.

1) Reequilibrar el poder entre las partes en la negociación colectiva

Actualmente la negociación colectiva se encuentra bloqueada. El ejemplo más claro es la negativa a firmar un nuevo AENC (el último caducó en 2020). De esta forma, con la inflación actual, y sin negociación colectiva, la conflictividad laboral está servida. Esto implicará una reducción de la productividad laboral si no se pone remedio. Por ello, en este trabajo se proponen medidas legislativas de carácter dispositivo que requieran una negociación en el ámbito sectorial con objeto de reactivar la negociación colectiva. Normas subsidiarias que permitan evitar la reducción de poder adquisitivo, pero que sean dispositivas para que los aumentos salariales se negocien y se decidan en cada sector. Lo que permite además ser respetuoso con la autonomía colectiva (art. 37 CE).

Así, por ejemplo, se propone que la ley establezca una participación en beneficios en las empresas del 10%, pero que esta obligación de reparto de beneficios entre las personas trabajadoras sea dispositiva para la negociación colectiva sectorial. Otra opción sería establecer subidas del SMI que no fueran compensables ni absorbibles, salvo que, en una negociación “ad hoc”, dentro de un plazo marcado por la ley de seis meses, los negociadores legitimados para el convenio sectorial establecieran otra cosa.

⁵¹ En efecto, las medidas tomadas por la reforma de 2021 pudieron ser efectivas en un momento no inflacionario, sin embargo, actualmente se están mostrando insuficientes conforme vemos en los datos.

2) Reducir la competencia en costes entre las empresas (medida estructural)

Muchas de las medidas introducidas por las reformas laborales de 2010-2012 han implicado un aumento de la competencia en costes laborales. Una reducción de costes laborales que no se ha trasladado a menores precios, sino que mayores márgenes de beneficios. Unas medidas que, a pesar de demostrarse dañinas para el crecimiento económico y la creación de empleo, siguen vigentes. Así ocurre con la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo por causas muy laxas (reducción de ingresos, aunque se mantengan los beneficios) o la aplicación de convenios colectivos de empresa que reducen los salarios respecto al convenio sectorial si los de empresa son “prior in tempore”. Como se propone en este trabajo, la inaplicación de los convenios debería estar limitada a casos en los que la supervivencia de la estructura empresarial está verdaderamente en juego con objeto de evitar un “oportunismo” salarial o directamente la competencia en costes (competencia desleal). Y esto es así especialmente en los casos de empresas contratistas cuya situación de necesidad de “inaplicación” viene provocada por la principal.

Otra propuesta que se realiza, con objeto de reducir la competencia en costes, consiste en un cambio legislativo que establezca la equiparación de condiciones laborales entre la empresa principal y la contratista en contrataciones que descansan sustancialmente en la mano de obra. Esta opción evitaría el uso del poder de mercado de las empresas principales sobre las contratistas que acaban sufriendo las personas trabajadoras de estas últimas.

Esta propuesta se podría diseñar en términos dispositivos. De esta forma, si el convenio sectorial aplicable a la principal y el convenio sectorial aplicable a la actividad de la contratista establecieran otra cosa –otro sistema de aplicación de condiciones laborales en contrataciones– a ello habría que estar. De nuevo, el objetivo de esta medida no debiera ser el de decidir por el legislador las fórmulas de aplicación de convenios, sino reequilibrar el poder de negociación de las partes a través de normas que establezcan una solución subsidiaria favorable a la mejora de las condiciones laborales en caso de silencio por parte de los agentes sociales.

3) Momento de establecimiento de las medidas para evitar inflación de segunda vuelta

Las medidas anteriores alcanzarían el objetivo de recuperación del poder adquisitivo perdido. Sin embargo, en un contexto inflacionario, esto podría suponer inflación de segunda vuelta. Por ello, es crucial establecer el momento en el que estas medidas deben surgir efecto. De esta forma, se propone que las medidas se adopten ahora, pero retrasen sus efectos al momento en que inflación comience a disminuir.

Se sostiene en este trabajo que es necesario que las medidas se adopten ahora por dos razones. De un lado, para reducir la conflictividad. Si los sindicatos saben que se han aprobado medidas que permitirán la recuperación del poder adquisitivo tan pronto como el peligro a la inflación de segunda vuelta pase, es probable que esto les permita calmar los ánimos y reducir el nivel de conflictividad. La segunda razón son las expectativas, si los

hogares son conscientes hoy de las mejoras de poder adquisitivo que tendrán, aunque sea en el futuro, estos reducirán menos su consumo evitando que se produzca una contracción del PIB. De la misma forma, la refinanciación de hipotecas será más probable si los bancos saben que existen medidas que permitirán la mejora del poder adquisitivo, aunque este sea a futuro, reduciendo las posibilidades de impagos y crisis financiera.

De esta forma, a falta de un AENC, se propone que el legislador establezca medidas como las vistas en los apartados anteriores, pero fijando, para la entrada en vigor, la condición de que la inflación se reduzca por dos meses consecutivos. En ese momento, comenzaría a computar el plazo de seis meses para que los negociadores de los sectores decidieran si aplican o modifican la medida implantada de forma dispositiva. Pasados los seis meses desde la entrada en vigor, en caso de silencio de los negociadores sectoriales, la medida sería directamente aplicable.

La apuesta del RD Ley 32/2021 por la mejora de la calidad y la estabilidad en el empleo. Sus primeros efectos en el mercado de trabajo

The commitment of RD Law 32/2021 to improve the quality and stability of employment. Its first effects on the labor market

Inmaculada Cebrián López
Universidad de Alcalá

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7067>

Resumen: La reforma laboral de 2021 (RD Ley 32/2021) pretende ayudar a la empleabilidad y la calidad del empleo. Este trabajo evidencia de qué manera se están comportando el empleo y la política de contratación como consecuencia de algunas de las nuevas medidas para reducir la temporalidad y la precariedad del empleo. Los resultados evidencian notables y esperanzadores logros positivos en términos de empleo y estabilidad laboral que requieren de un seguimiento continuo en el tiempo que avalen el éxito de la reforma.

Palabras clave: reforma laboral 2021, temporalidad, estabilidad laboral, calidad del empleo.

Abstract: The labour reform of 2021 (RD Law 32/2021) aims to help employability and job quality. This paper shows how employment and hiring policy are performing as a consequence of some of the new measures to reduce temporary and precarious employment. The results show remarkable and hopeful positive achievements in terms of employment and job stability that require continuous monitoring over time to vouch for the success of the reform.

Keywords: labour reform 2021, temporality, job stability, job quality.

1. Introducción

Desde que se modificó por primera vez el Estatuto de los Trabajadores en 1984, abriendo la puerta a la temporalidad sin causa con el contrato de fomento del empleo que venía justificado por la necesidad de generar empleo y ayudar a que las empresas pudieran crear empleo y la demanda se ajustase a la oferta de trabajo¹, la contratación temporal

¹ Razonamiento básico de la Exposición de Motivos y arts. 15.2 y 17.3 de la Ley 32/1984 sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

quedó instaurada en el mercado de trabajo español generando una clara segmentación o dualidad entre indefinidos y temporales basada en el modelo de la “flexibilidad en el margen” (Comisión de expertos para el diálogo social, 2005, Toharia, 2002, 2005).

Han sido numerosas las reformas laborales que han luchado contra esta dualidad intentando controlar y reducir la temporalidad², tratando de reducir la brecha entre el coste laboral (directo o indirecto) de realizar un contrato temporal y el de realizar uno indefinido, al tiempo que se buscaba la manera de mantener la flexibilidad a favor de las empresas y se dotaba de seguridad y certeza a la población trabajadora y a las relaciones laborales, bajo el manto extendido de la flexiseguridad, concepto que se instauró desde que en 2006 la Unión Europea lo hiciera suyo (Cebrián, 2016). Sin embargo, ninguna de estas reformas ha logrado romper la inercia de la temporalidad y conseguir que la contratación indefinida sea el contrato de referencia. Así se ha llegado hasta nuestros días, manteniéndose como objetivo imprescindible acabar con la segmentación del mercado de trabajo y poder ofrecer a la ciudadanía la tan ansiada y necesaria seguridad y estabilidad laboral. En este marco se publica el Real Decreto-ley 32/2021³ que establece los cambios normativos que marcan el nuevo rumbo de las relaciones laborales en España en lo que se refiere como “la reforma de 2021”. En la exposición de motivos se menciona el larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado acabar con la temporalidad, ni con el desempleo, y se pone de manifiesto la pretensión de corregir de forma decidida la temporalidad excesiva. Una de las principales ventajas de esta reforma es que ha llegado avalada por el diálogo social entre las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, elemento crucial para que el objetivo pueda ser alcanzado con éxito. Algunos de los resultados visibles apuntan ya en ese sentido.

Hasta el momento, una gran parte del contenido de las reformas previas se focalizó en fomentar el contrato indefinido, por ser considerado la principal ruta de acceso a un empleo de calidad, garantizando la protección en el empleo. Entre los instrumentos más utilizados para fomentar esta contratación se podían encontrar los incentivos económicos para ayudar a reducir los costes laborales de acceso al empleo, la rebaja de las cuantías indemnizatorias y la simplificación de las causas objetivas y los procedimientos administrativos de los despidos. Sin embargo, el elevado peso de la contratación temporal y el alto grado de rotación laboral del mercado se ha mantenido hasta nuestros días, avivando el debate político, económico y social que insistentemente reclama la revisión de las instituciones del mercado de trabajo para adecuarlas a las necesidades de un entorno económico que no deja de mostrarse cada vez más convulso e incierto.

² Cabe destacar las reformas encaminadas a reducir la temporalidad: Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Así como el Real Decreto Ley 1/1992 y la Ley 45/2002 que afectaron indirectamente a la temporalidad.

³ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

A lo largo de todos estos años han sido muy numerosos los trabajos de investigación que han tratado de demostrar y apostar por diferentes soluciones. Sirva como ejemplo la propuesta que se basa en el conocido como “contrato único” para lograr que el contrato de referencia sea el indefinido limitando la contratación temporal a determinados casos con clara causalidad temporal (Dolado y Felgueroso, 2010). En esta línea se encuentran algunas valoraciones críticas de la actual reforma que consideran que se puede dar un paso atrás al haber revertido algunos de los elementos de la reforma de 2012 o la falta de pasos hacia un nuevo modelo de despido (Domenech, 2022). Otras alternativas y propuestas son aquellas que insisten en recordar que el mercado de trabajo actúa como “mecanismo” de transmisión porque ni crea ni destruye empleo, sino que lo que hace es transferir al empleo la evolución de los mercados de productos (Toharia y Malo, 2009). No basta con mirar al mercado de trabajo, sino que hay que ver el origen del problema que podría encontrarse, entre otras razones, en el modelo productivo. Hay una parte de la temporalidad que proviene de determinados sectores productivos, lo que hace recomendable un cambio en el modelo que dote de mayor estabilidad al empleo, para poder reducir la temporalidad, no sólo la contractual, sino también la empírica (Garrido, 1997), basada en la duración de los contratos, como un elemento de análisis imprescindible y complementario de la temporalidad contractual, algo que requiere de cambios de largo alcance y por los que hay que apostar desde diferentes ámbitos económicos, no solo el laboral. La observación empírica de estos análisis sobre lo que acontece en el mercado de trabajo español indica que una amplia mayoría de contratos indefinidos son inseguros y precarios, poniendo en tela de juicio la conveniencia e idoneidad de medidas destinadas a combatir la segmentación laboral a través de la regulación normativa. La inestabilidad laboral no solo viene de la mano de la contratación temporal y del hecho de que los individuos registren sucesivos contratos de duración determinada antes de obtener un contrato por tiempo indefinido, si es que llegan a tenerlo. También se encuentra en la contratación indefinida, la cual, es eso, indefinida y también indeterminada, lo que no implica necesariamente que esté dotada de la necesaria estabilidad que se presume por sus características intrínsecas (Cebrián, Moreno y Toharia (2011), Cebrián y Moreno (2012)).

El problema es que los niveles de temporalidad en España siguen siendo relativamente altos y no han respondido a las reducciones de costes laborales, directos e indirectos, entre contratos indefinidos y temporales. Se podría argumentar que los cambios no han sido suficientemente significativos y de ahí la falta de respuesta. Tampoco parece que se trata de una cuestión “semántica” porque es previsible que ni en el caso de que todos los contratos sean indefinidos desaparecerá la temporalidad “empírica”.

La reforma de 2021 se ha centrado en ayudar a la empleabilidad, para lo cual, por un lado, se han reducido las modalidades de contratación, favoreciendo la contratación indefinida al establecer el contrato indefinido como referencia generalizada, dejando la temporalidad para determinados casos en los que la causalidad sea clara y esté debidamente justificada. En este sentido se mantiene como razón probatoria de la contratación temporal la necesidad de tener que sustituir a algún trabajador/a o porque las circunstancias de la producción requieran de una contratación especial. Pero también, porque desaparecen los

contratos de obra o servicio y se facilita el uso de la contratación indefinida conocida como “fija discontinua” para empleos de carácter cíclico y estacional. Además, se encarecen los contratos de muy corta duración y se reduce el tiempo durante el cual pueden realizarse los contratos temporales y su posible encadenamiento⁴ lo que acorta el tiempo que ha de transcurrir para que un contrato temporal haya de ser considerado indefinido. Así mismo, se mejora el acceso de jóvenes a los contratos de formación y de prácticas, la formación dual y se potencia la flexibilidad interna, a través de la figura de los ERTE y la regulación del Mecanismo RED en favor de la de flexibilidad y la estabilización del empleo.

El trabajo que se presenta a continuación trata de aportar alguna evidencia sobre de qué manera se están produciendo cambios en los niveles de empleo y tipo de contratación como consecuencia de algunas de las nuevas medidas para reducir la temporalidad y la precariedad del empleo. El escaso recorrido de los cambios introducidos, dado que algunos de ellos no fueron efectivos hasta el 30 de marzo de 2022, no permite valorar con garantías de acierto el impacto que están teniendo estas nuevas medidas en nuestro mercado de trabajo, aunque según se va a poner de manifiesto en este análisis, los resultados que se van obteniendo evidencian un mayor éxito en el logro de la estabilidad laboral que el de las reformas que la precedieron.

2. Evolución del empleo y de la tasa de temporalidad en el mercado de trabajo español

En España, cualquier acontecimiento que genere un shock negativo impacta inmediatamente en el mercado de trabajo. A lo largo de todos los años desde la llegada de la democracia a España, se ha evidenciado que existen problemas en el mercado de trabajo español originados en gran medida por desequilibrios estructurales que, a pesar de los intentos por corregirlos, no se han resuelto, alimentando la duda de si algún día se logrará resolverlos. La reforma de diciembre de 2021 trata de sentar las bases para que este mercado empiece a funcionar mejor, pero hay que esperar todavía cierto tiempo para poder afirmarlo con rotundidad porque, entre otras cosas, como se ha mencionado anteriormente, el mercado de trabajo actúa como mecanismo de transmisión de lo que acontece en la economía al empleo y el marco económico actual está sufriendo todavía el impacto de la pandemia Covid-19 y la aparición de nuevos y elevados niveles de inflación debido al alza de los precios de la energía.

⁴ El contrato temporal por circunstancias de la producción que se derive de un incremento ocasional e imprevisible de la actividad de la empresa, incluidas las oscilaciones por los periodos de vacaciones, queda acotado a un máximo de 6 meses, aunque el convenio colectivo sectorial podrá ampliarlo a un año, pudiendo ser prorrogado durante este periodo una sola vez. Ahora bien, si se tratara de atender situaciones ocasionales, previsibles con una duración reducida y delimitada, el contrato no podrá tener una duración superior a noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato, sin que estos 90 días puedan ser utilizados de manera continuada. (SEPE)

España se ha caracterizado por tener un nivel de empleo relativamente bajo, si se compara con países de nuestro entorno. En la actualidad, según la Encuesta de Población Activa (EPA) publicada por el INE, hay poco más de 20 millones de personas empleadas y todavía no se ha alcanzado el nivel de empleo que había a finales de 2007, tal y como se puede observar en el gráfico 1. Este gráfico representa la evolución del empleo a partir de un índice obtenido con los datos trimestrales de la EPA. Este índice toma valor 100 y se obtiene a partir del cociente del nivel de empleo de cada trimestre y el nivel de empleo del tercer trimestre de 2007, justo antes de que impactara la gran crisis financiera en el mercado de trabajo. Tras el hundimiento del empleo durante la recesión, la recuperación posterior que se inició en 2014 no había logrado recuperar el nivel de empleo cuando impactó de lleno la crisis sanitaria debida al Covid-19 en el segundo trimestre de 2020. En el primer trimestre de 2022, el empleo global sigue estando por debajo de los niveles de referencia de finales de 2007. Solo el empleo femenino, que partía de niveles inferiores al masculino, ha conseguido superar las cifras iniciales desde 2018 y se mantiene por encima de ellas, a pesar del descenso derivado de la pandemia. Sin embargo, una gran parte del empleo nuevo que se ha creado no ha estado exento de problemas, como el creciente peso de empleos con jornadas reducidas, tal y como se verá más adelante.

Otro de los principales problemas del mercado de trabajo español, desde siempre y con independencia del ciclo, es el desempleo cuyo nivel se ha mantenido entre los más altos de la Unión Europea, consecuencia no sólo del bajo nivel de empleo, sino también del elevado nivel de empleo temporal y la rotación que ha conllevado. Además, la llegada del Covid-19 ha puesto de manifiesto que el desempleo es alto, tanto en sentido estrictamente estadístico, como en sentido amplio. Porque según las circunstancias, hay que considerar a las personas que estando en edad de trabajar no tienen empleo, entre las cuales se en-

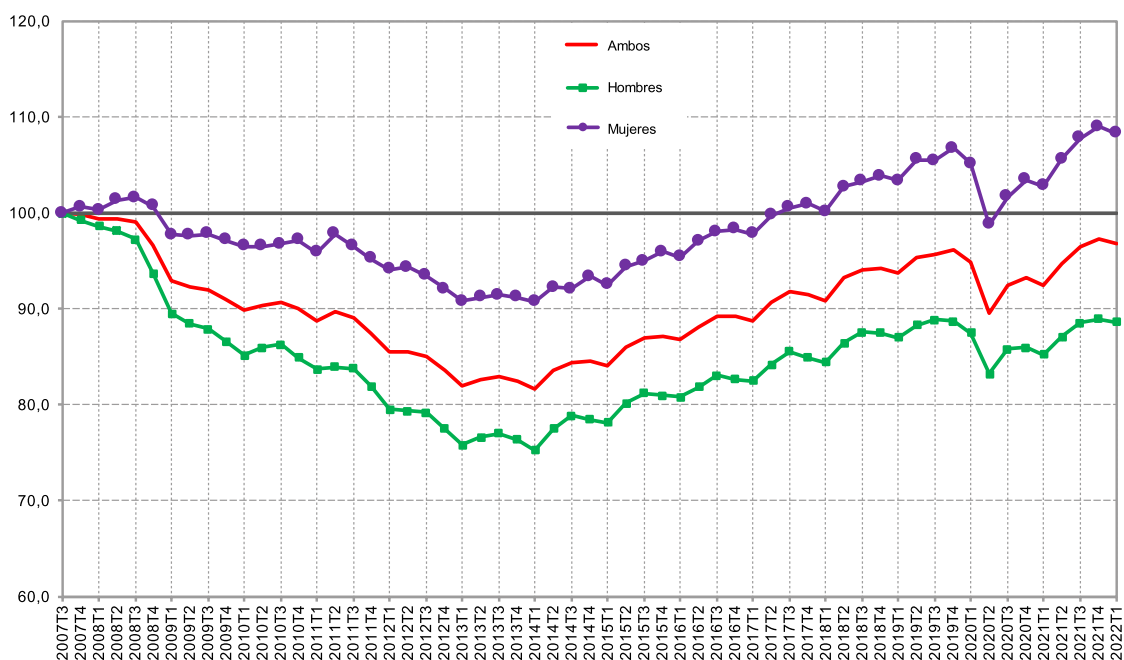


Gráfico 1. **Evolución del índice de empleo.** (Fuente: EPA, INE).

cuentran aquellas que cumplen todos los requisitos para ser desempleadas, pero otras no y pasan a ser consideradas inactivas a pesar de no querer serlo, tal y como ocurrió durante el cierre de la actividad decretado para contener el impacto de la crisis sanitaria que impidió que estadísticamente estuvieran en el mercado de trabajo (Alvarez et al, 2021).

A todo ello se añade el problema de la segmentación o dualidad derivada de la contratación temporal. Si nos centramos en la temporalidad, a partir de los datos de la EPA se puede ver de manera sencilla lo que ha venido pasando con el elevado uso (o abuso) de la contratación temporal. Algunos autores argumentan (Boeri y Garibaldi, 2007) que las altas tasas de temporalidad tienen mucho que ver con los elevados niveles de protección del empleo indefinido, sobre todo, por sus altos costes de despido, lo que en términos relativos hace muy atractivos a los contratos temporales, cuyos costes son más bajos. Un indicador muy utilizado para medir la “rigidez” de la contratación es el índice sintético de la OCDE que trata de reflejar el nivel de protección del empleo que, para el caso de España resulta casi paradójico en la contratación temporal porque se le asigna un valor relativamente alto⁵ debido a que está sometida a una regulación estricta. Sin embargo, el elevado uso que se hace de ella lleva a pensar que es fácil eludir la normativa (Gonzalez, 2016) y por eso, entre otras cuestiones, la actual reforma ha endurecido las sanciones que penalizan el incumplimiento de la legalidad.

El gráfico 2 muestra cómo ha evolucionado la temporalidad desde que la economía española lograra comenzar la recuperación tras la Gran Recesión. A pesar de que se observa un comportamiento relacionado con la estacionalidad anual, la salida de la crisis vino acompañada de un aumento de la contratación temporal que se estabilizó en 2019 pero cayó notablemente con la llegada de la Covid y, tras el control de la pandemia, la nueva recuperación iniciada en 2021 ha vuelto a elevarla, situando a las mujeres en una distancia notable con respecto a los hombres.

Estas diferencias por género se acrecientan cuando se distingue entre la temporalidad del sector privado y la del sector público, como puede observarse en el gráfico 3. La utilización de manera mucho más generalizada de la temporalidad en este último afecta sobre todo al colectivo de mujeres asalariadas porque al mismo tiempo que la temporalidad ha ido cayendo en el sector privado, ha ido aumentando en el sector público, apreciándose un incremento de la diferencia entre hombres y mujeres mayor que en los valores medios recogidos en el gráfico 2.

Cabe preguntarse hasta qué punto la utilización del contrato temporal en el sector público se puede explicar por la estructura productiva del mismo y el tipo de empleos que se necesitan, suponiendo además que la temporalidad va ligada a puestos de trabajo que requieren de menores niveles de cualificación para tareas de baja productividad que favorecen el uso de la contratación temporal por su mayor flexibilidad y menores costes. Además, en el sector público se planifica la contratación a través de normas de funcio-

⁵ Tras la modificación de la metodología utilizada por la OCDE para elaborar el índice, en España, el valor del índice de protección del empleo temporal es 2,47 en 2019, igual que en Noruega, pero por encima de Irlanda (0,86), Holanda (1,48), Alemania (1,67), Portugal (2,29) o Grecia (2,33), y por debajo de Francia (2,58) o Italia (2,82) (OECD Indicators of Employment Protection, 2022).

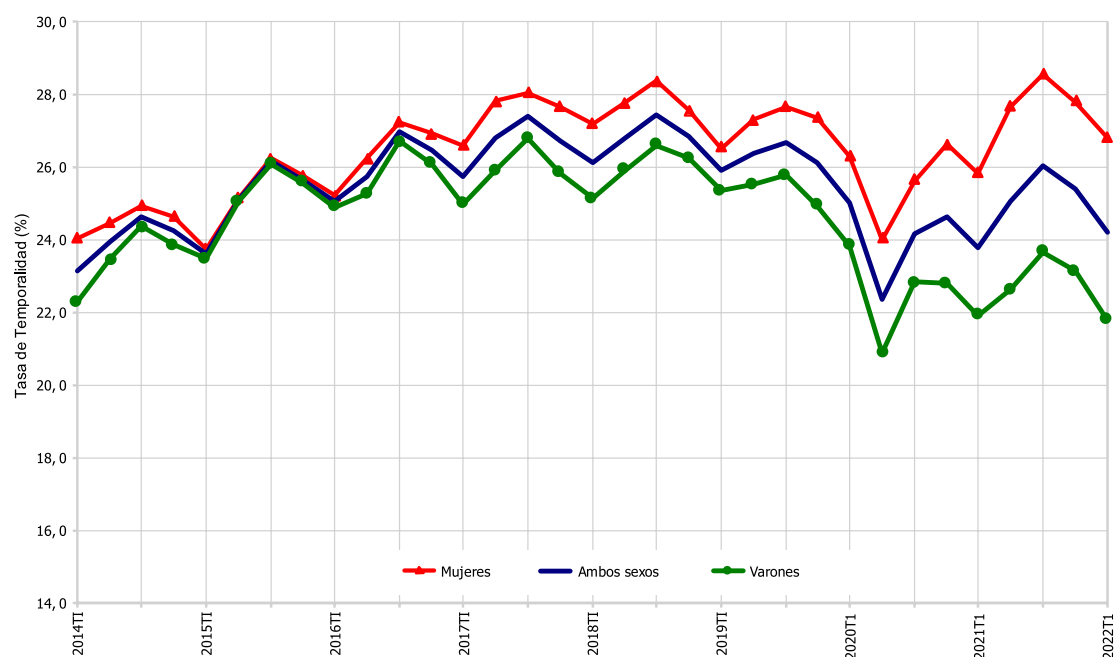


Gráfico 2. Evolución de la tasa de temporalidad media, hombres y mujeres, 2014-2022. (Fuente: EPA, INE).

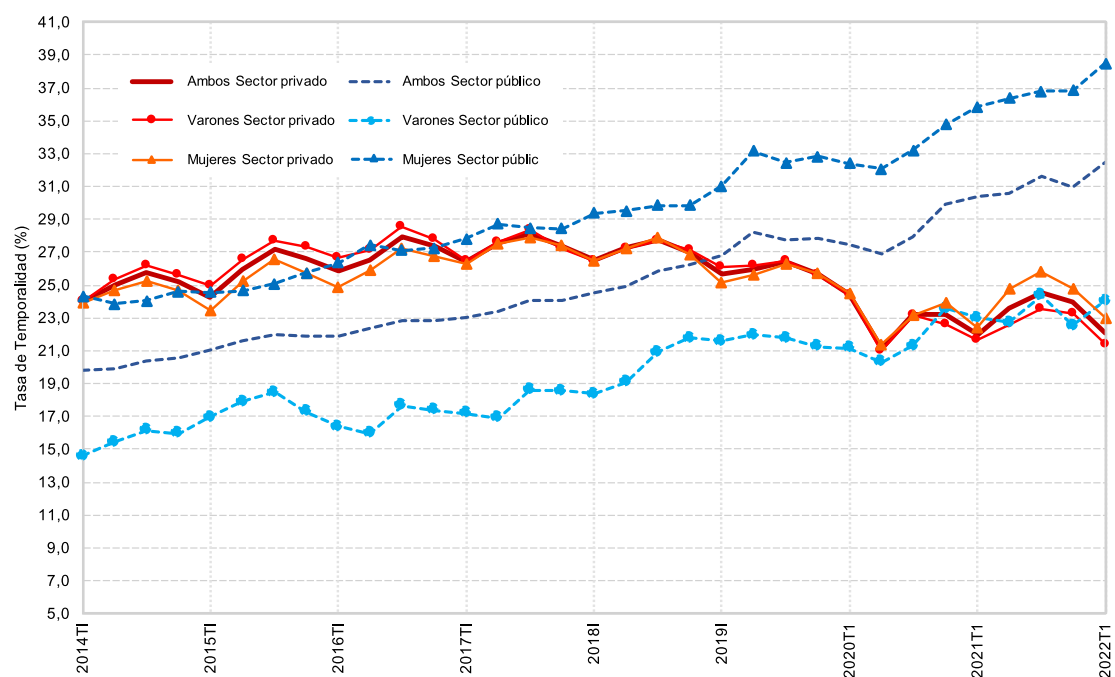


Gráfico 3. Evolución de la tasa de temporalidad media, hombres y mujeres, 2014-2022. (Fuente: EPA, INE).

namiento y financiación que en ocasiones hacen inviable la contratación de personas mediante la lógica habitual que se utilizaría en el sector privado.

Habrà que esperar todavía algùn tiempo para poder evaluar de qué manera se está procediendo a ajustar el empleo público para dar respuesta a sus necesidades de contratación sin acudir a los contratos temporales que tan habitualmente ha venido utilizando, sobre todo en determinados sectores como la educación o sanidad.

Esta “devaluación de la causalidad” de la contratación temporal (Del Pozo, 2016) es uno de los elementos que la reforma trata de resolver. Los cambios introducidos por la reforma laboral de 2021 pueden ayudar a reducir estos desequilibrios, aunque la información que se tiene del primer trimestre de 2022 no permite aventurar ninguna respuesta. Ahora bien, en el segundo trimestre será más obvio el ajuste al que habrán tenido que someter sus prácticas contractuales, quizás reduciendo la contratación temporal y fomentando la indefinida, quizás estableciendo figuras nuevas y específicas para el sector público. Si así fuese, podría reducirse la alta precariedad en el sector público, lo que redundará en beneficios sobre todo de las mujeres.

Ahora bien, no basta con mirar la temporalidad. La observación empírica de lo que ocurre en el mercado de trabajo español (Cebrián y Moreno, 2020) muestra que, además del análisis de la contratación según se establece en la legislación, hay un elemento determinante de la precariedad de la población trabajadora que tiene que ver directamente con la duración propiamente dicha de los contratos. Algunos contratos temporales han venido durando más que los contratos de carácter indefinido. Tanto es así, que hay una amplia mayoría de contratos indefinidos que son cada vez más inseguros, lo que los vuelve precarios y pone en tela de juicio la conveniencia e idoneidad del fomento de la contratación indefinida para combatir la segmentación laboral (Cebrián, Moreno y Toharia, 2011).

Por eso, además de analizar los datos sobre el volumen y el tipo de empleo que proporciona la EPA, se han de utilizar otras fuentes de información que permitan medir con cierta perspectiva temporal el comportamiento de los flujos de entrada y salida del empleo. Para ello, en el siguiente apartado se presenta un análisis de la contratación basado en los registros administrativos procedentes de los contratos registrados en el Servicio Público de Empleo (SEPE), los cuales sirven para conocer qué tipo de contratos se utilizan en el acceso al empleo y cuál es la duración prevista de los contratos de duración determinada, aunque no permiten conocer la duración efectiva, información que se puede conseguir a partir de las bajas registradas en las afiliaciones de la Seguridad Social, fuente no disponible, por lo que habrá que esperar hasta que se publique la MCVL de 2022 para poder abordar el análisis de la duración de la contratación tras la reforma de 2021.

3. Evolución de la contratación laboral en el acceso al empleo en España

Los datos procedentes de los contratos que mensualmente se registran en el Servicio Público de Empleo (SEPE) son una magnífica fuente de información para que, de manera ágil, se pueda ir conociendo la respuesta del mercado de trabajo a los cambios que tienen lugar en la economía y en la normativa que regula dicho mercado. Mes a mes se tiene conocimiento detallado sobre qué tipo de contratos se firman, en qué empresas y con qué personas.

En la actualidad, resulta especialmente interesante poder conocer en qué medida se van incorporando los cambios introducidos por la reforma de 2021 para lograr me-

jorar, sobre todo, la calidad del empleo que se va creando en España. A partir de estos registros se puede identificar si, como establece la nueva regulación, el contrato indefinido está siendo efectivamente la fórmula general utilizada para contratar a una persona, salvo en aquellos casos en los que resulte necesario proceder a una sustitución o porque haya que aumentar la contratación por motivos debidos a circunstancias de la producción. Otra ventaja es que se pueden identificar qué parte de los contratos registrados se está realizando mediante la firma de contratos fijos discontinuos, figura que hasta el momento se destinaban exclusivamente a actividades que poseían un factor estacional claro y evidente, pero que se ha abierto a otras opciones. Además, se puede mantener la diferenciación entre la contratación indefinida estrictamente nueva, de aquella que procede de un contrato temporal, manteniendo así la diferencia entre contratos iniciales y por conversión y observar la respuesta de la contratación a las diferentes modalidades de contratación temporal, tanto las que se renuevan, como el contrato de formación y prácticas, como las que se introducen como novedad, por ejemplo, la destinada a la mejora de la ocupabilidad.

Por otra parte, como ya se ha mencionado, se puede conocer la duración prevista de los contratos temporales que se van firmando, aunque con estos datos no se puede llegar a saber si efectivamente duran tanto más o menos. Hay que mencionar que entre los cambios más significativos de la reforma de 2021 se encuentra la introducción de nuevos límites, más reducidos, en la duración prevista de los contratos temporales, así como se encarecen los costes de la contratación con una duración inferior al mes y aumentan las sanciones por el uso indebido de la contratación temporal pudiendo llegar hasta los 10.000€ por cada contrato fraudulento que se detecte.

En el Cuadro 1 se recoge la información sobre la evolución de las cifras correspondientes al volumen de contratos registrados en el SEPE año a año desde el 2005, pudiendo identificar lo que ocurrió en plena ola expansiva, durante la Gran Recesión, en la salida de ésta y hasta 2021 tras la debacle del Covid-19, además de las cifras registradas en los primeros seis meses de 2022. También se ha añadido el dato que refleja el porcentaje de contratos indefinidos calculado sobre el total de la contratación, el porcentaje de contratos que se han registrado con jornada a tiempo parcial y el porcentaje de los contratos que han sido firmados por mujeres. De esta forma puede apreciarse, a lo largo de estos años, cómo se ha comportado la contratación que da acceso a un nuevo empleo a la población trabajadora, en qué medida la entrada se ha venido realizando a través de un contrato indefinido, cómo ha ido ganando posiciones la jornada a tiempo parcial y cómo el peso de la contratación femenina fluctúa durante las diferentes etapas, situándose siempre por debajo del 50 por ciento.

La evolución durante este periodo muestra cómo ha ido oscilando el número total de contratos registrados en las oficinas del SEPE conforme al momento cíclico de la economía, incrementándose la contratación hasta 2007, cuando se registraron 18,6 millones de contratos, y reduciéndose tras el impacto de la crisis, que cayó en 4,3 millones durante los años recesivos hasta 2012. La llegada del nuevo ciclo expansivo cambió la tendencia y el número de contratos volvió a aumentar cada año, alcanzando otro máxi-

Año de registro	Total de contratos registrados	Porcentaje de Contratos Indefinidos	Porcentaje de contratos a Tiempo Parcial	Porcentaje de Mujeres
2005	17.165,0	9,0	23,5	44,7
2006	18.526,8	11,8	23,5	44,9
2007	18.622,1	11,9	24,0	46,0
2008	16.601,2	11,5	25,6	47,1
2009	14.021,8	9,4	28,2	47,0
2010	14.417,2	8,5	29,5	45,8
2011	14.433,2	7,7	30,9	45,4
2012	14.241,0	10,1	35,0	47,1
2013	14.792,6	7,7	35,5	44,5
2014	16.727,1	8,1	35,4	43,6
2015	18.576,3	8,1	35,6	43,6
2016	19.979,0	8,6	36,0	43,9
2017	21.501,3	9,0	35,6	43,9
2018	22.291,7	10,3	35,8	44,6
2019	22.512,2	9,6	35,8	45,0
2020	15.943,1	9,7	31,3	43,0
2021	19.384,4	10,9	34,2	44,5
2022 (6 meses)	9.571,9	34,3	29,9	45,5

Cuadro 1. Contratos registrados en el Servicio Público de Empleo, 2005-2021. (Fuente: BEL, MITES).

mo en 2019, con 22,5 millones de contratos. Ahora bien, el impacto del Covid hundió sin ninguna duda la contratación registrada, se firmaron casi 6,5 millones de contratos menos, y en 2021 sólo se había recuperado la mitad.

Ahora bien, durante los primeros meses de 2022, la contratación responde positivamente, volviendo a recuperarse, aunque no tanto como en el periodo equivalente de 2019. Hasta junio de 2022 se registraron 1,4 contratos registrados menos que en 2019. En principio, esta cifra podría resultar alarmante, aunque, por otro lado, podría ser un buen indicador de que la rotación se ha reducido. De hecho, así parece ser pues, si se analiza el número de personas a las que corresponden los contratos registrados en el SEPE durante estos seis meses y se calcula el número de contratos que por término medio tuvo cada una, se obtiene que en 2019 una misma persona tuvo 2,2 contratos, mientras que en 2022 tuvo 1,9.

La distribución de la contratación entre indefinidos y temporales no se ha visto significativamente modificada hasta la reforma de 2021. Como se puede observar en el Cuadro 1 solo hubo un leve incremento del peso de la contratación indefinida en las expansiones, con la excepción de 2012, año en el que entró en vigor la reforma de 2012. La proporción de contratos indefinidos se mantuvo siempre en torno al 10 por ciento, variando dos puntos por arriba o por debajo, aunque cabe destacar que en 2021 fue casi del 11 por ciento. En los primero seis meses de 2022 la tendencia cambia notablemente, superando el tercio de contratos indefinidos, así como se reduce el porcentaje de contratos a tiempo parcial situándose por debajo del 30 por ciento de la contratación global. Podría decirse que este primer botón de muestra del impacto de la nueva reforma

se ajusta a las previsiones realizadas por el gobierno lo que resulta ser un indicador muy positivo para la economía y la sociedad española.

No obstante, como se verá a continuación, los valores medios, como es bien sabido, pueden esconder efectos composición que han de analizarse con atención para poder realizar una evaluación más precisa sobre el impacto de los cambios. Por ejemplo, cabe destacar el papel de la contratación a tiempo parcial que, a pesar de haberse reducido, ha pasado a concentrarse todavía más en el empleo de las mujeres.

También se aprecia en el Cuadro 1 que el volumen de contratos firmados por mujeres ha representado siempre menos del 50 por ciento del total de los registros, porcentaje que cae a lo largo de la crisis financiera llegando a situarse en el 43,6 por ciento en 2014. En lo que va de año 2022, está en el 45,5 por ciento, medio punto o un punto porcentual más de lo que estaba en 2019 o en 2021, respectivamente.

Para profundizar algo más en el impacto de la reforma de 2021 en la contratación e identificar en qué sentido se han producido los cambios derivados de ella, a continuación se va a analizar con mayor detalle algunas características de la contratación que se está registrando en España, a pesar de que por ahora resulta difícil identificar qué parte de lo ocurrido se debe a las secuelas de la pandemia y qué parte corresponde a los estragos que está empezando a causar la inflación originada por la crisis energética. Para ello, se compara la contratación durante los primeros seis meses de 2022 con la que tuvo lugar durante el mismo periodo en los tres años anteriores, 2019-2021.

3.1. Tipología de los de contratos registrados en España

Los contratos se agrupan según sean indefinidos o temporales. Entre los indefinidos se identifica si son iniciales o por conversión de un contrato temporal, así como si son fijos discontinuos (FD). Los temporales se clasifican según sean por obra o servicio, eventuales por circunstancias de la producción, el nuevo contrato de mejora de la ocupabilidad o con cargo a Fondos Europeos, interinidad, formación y prácticas, y otros (que son un grupo residual en el que se incluye el resto). En la medida en la que el volumen de datos lo permite, se añade información sobre si la jornada de es a tiempo completo o a tiempo parcial.

El Gráfico 4 recoge la distribución de los contratos registrados en el SEPE entre enero y junio de 2019 a 2022.

No parece que se aprecien diferencias significativas durante la primera mitad de cada año en la contratación indefinida registrada en 2019 y 2020, aunque el Covid-19 impactó brutalmente a partir de marzo de 2020. En el año 2021, durante los mismos meses el peso de la contratación indefinida aumentó, pero debido, sobre todo, a las medidas adoptadas por el gobierno que ayudaron a propiciar, y al mismo tiempo contener, la contratación en aquellas ramas de actividad que más empleo necesitaban. Ahora bien, el cambio en 2022 es notable y muy significativo. El empleo indefinido ha logrado llegar a ser un tercio de la contratación femenina, y algo más, un 35,4 por ciento de la masculina lo que, a pesar de la ligera diferencia por sexo, es un resultado alentador.

Ahora bien, las diferencias entre tiempo completo y tiempo parcial son abrumadoras cuando se compara la contratación de mujeres y hombres. Resulta preocupante ver cómo crece el peso de la contratación a tiempo parcial entre los contratos de carácter indefinido en 2022. Este resultado debe ser observado y analizado de cerca por las autoridades, ya que se podría deber a un efecto no deseado de la reforma. Ante la “obligación” de firmar contratos indefinidos, las empresas podrían estar eligiendo contratos a tiempo parcial que conllevan menores costes de extinción, pues se estos se establecen en función de la de la jornada.

El aumento de la contratación de indefinidos “fijos-discontinuos” es, en sí mismo, un buen resultado de la reforma pues facilita el acceso a la seguridad de un grupo importante de la población trabajadora que hasta ahora habría tenido acceso al empleo a través de la contratación temporal. La cuestión futura es analizar en qué sectores y en qué actividades, ocupaciones y tipo de empresas se están registrando estos contratos y con qué salarios. Además de ver de dónde proceden, si es que tuvieron registrado algún episodio de empleo anterior, y si se mantiene, mejora o empeora su situación. Por ahora, puede afirmarse que entre los motivos del auge de este tipo de contratación está la caída de la contratación por obra o servicios que ya se aprecia en estos primeros meses de 2022, aunque quedan unos cuantos de estos contratos, que tuvieron que ser firmados hasta finalizar marzo, y que explican su peso del 16 por ciento y del 11 por ciento entre la contratación masculina y femenina respectivamente. La imposibilidad de seguir firmándolos hará caer su peso a lo largo de este año.

Por otro lado, a partir de marzo han ido apareciendo tímidamente los contratos nuevos “para la mejora de la ocupabilidad” y más recientemente los contratos de duración determinada vinculados a programas financiados en el marco del Plan de Recupe-

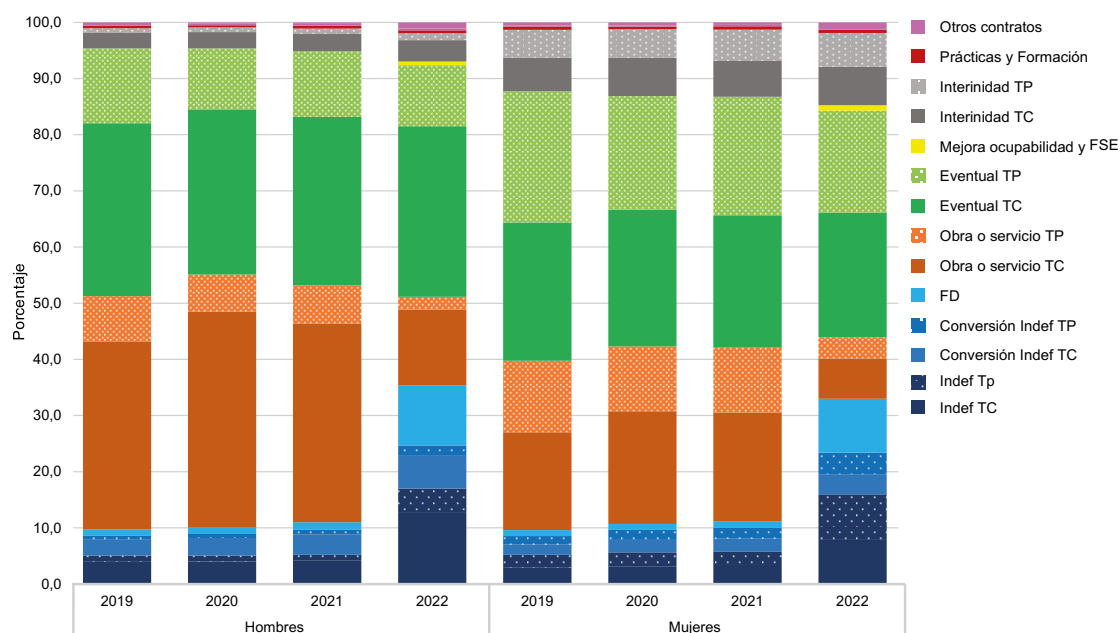


Gráfico 4. Distribución de los contratos registrados en los seis primeros meses del año según su tipología, hombres y mujeres, 2019-2022. (Fuente: Microdatos de Contratos Registrados, SEPE).

ración, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea. Todavía hay que esperar para poder valorar el papel que han de jugar para conseguir activar e incorporar al empleo a una buena parte de la población que tiene necesidades especiales, así como lograr renovar y modernizar la Administración Pública.

Entre los contratos ya existentes y renovados se aprecia que los contratos por circunstancias de la producción (eventuales) mantienen una proporción similar en el total de la contratación durante todo el periodo, mientras que las interinidades han aumentado ligeramente en 2022, y los contratos específicos para la formación y la obtención de la práctica profesional (modalidad contractual que ha sustituido al anterior contrato en prácticas) siguen sin mostrar su capacidad para incorporar a la población más joven y ayudarla a adquirir la cualificación específica necesaria, pues siguen representando un porcentaje insignificante.

3.2. El tamaño del establecimiento como factor determinante de la contratación en el mercado de trabajo español

El tamaño del establecimiento de la empresa que registra el contrato siempre ha sido una variable importante a tener en cuenta, pero desde la reforma de 2012 se convirtió en un elemento determinante de cualquier análisis, ya que condicionaba la posibilidad de poder acogerse a las medidas de fomento del empleo indefinido. Además, por otra parte, algunos trabajos han mostrado cómo se trata de un factor que explica la rotación de la contratación indefinida en la medida en la que las empresas de menor tamaño son las que más empleo indefinido registran, pero al mismo tiempo las que más empleo indefinido destruyen (Cebrián y Moreno, 2020).

El análisis del tamaño de la empresa ayuda a comprender cómo ha cambiado el peso de la contratación indefinida y qué papel puede estar jugando dentro de las empresas. En esta ocasión, para evitar el efecto del Covid-19, se compara el comportamiento de la contratación en los cuatro primeros meses de 2019 con los mismos meses de 2022 tras la reforma de 2021.

En primer lugar, el Gráfico 5 recoge para 2019 y 2022 cómo se distribuye la contratación según el tamaño de las empresas que registran los contratos. Los establecimientos han sido agrupados en 7 categorías. En el límite inferior se encuentra el grupo que integra a las empresas muy pequeñas, aquellas que tienen menos de 5 personas en su plantilla, y en el límite superior se encuentra el grupo que forman las empresas que tienen 250 personas o más en su plantilla. Así se puede identificar el peso de cada grupo en el total de la contratación, diferenciando si la contratación ha sido de hombres o de mujeres.

Se observa que las empresas más pequeñas, las que tienen menos de 5 personas contratadas, son las que, en comparación con el resto, registran el mayor número de contratos, abarcando algo más del 20 por ciento de la contratación en el caso de los hombres. Mientras que, en el caso de las mujeres, los tamaños extremos son los que más contratos registran, con porcentajes en torno al 20 por ciento las más pequeñas, y

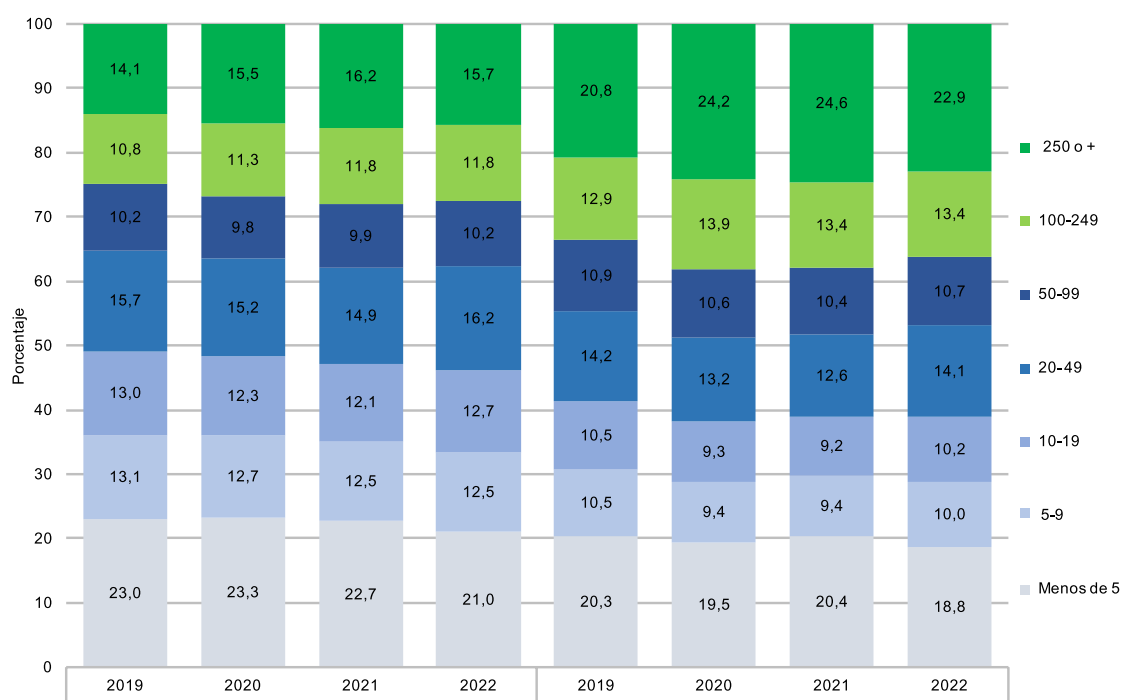


Gráfico 5. Distribución de los contratos registrados en los seis primeros meses del año según el tamaño del establecimiento, hombres y mujeres, 2019-2022. (Fuente: Microdatos de Contratos Registrados, SEPE).

casi 5 puntos porcentuales más las más grandes, es decir, las que tienen plantillas con más de 250 personas. En todo caso, las empresas con menos de 50 trabajadores son la que registran más del 50 por ciento de los contratos, porcentaje algo mayor entre los hombres que entre las mujeres. No cabe duda de que el tipo de estructura empresarial que predomina en España, con más del 90 por ciento de empresas con plantillas que están formadas por menos de 50 personas, justifica que estas empresas sean las que más contratos registran.

Ahora bien, cabe preguntarse qué tipo de contratación es la más utilizada, información que queda reflejada en el gráfico 6 y cómo explicar que también sean las empresas de menor tamaño las que más contratos indefinidos registran, sobre todo entre las mujeres, tal y como se aprecia en el gráfico 6. Esta observación obliga a seguir de cerca qué va ocurriendo con la contratación con el paso del tiempo, dado que también son las empresas de menor tamaño las que registran un número mayor de bajas de contratos indefinidos (Cebrián y Moreno, 2020). Si las empresas de menor tamaño tienen una estructura contractual más estable en el acceso al empleo (mayor flujo de entrada al empleo), que se puede ver compensada por la menor duración efectiva de sus relaciones laborales, incluso las basadas en contratos indefinidos (mayor flujo de salida desde el empleo), pudiera ocurrir que quedara finalmente inalterado el volumen global de empleo en este conjunto de empresas.

Hay que destacar que las empresas más grandes registran más contratos de interinidad en términos comparativos, hasta tal punto que la proporción es del 25 por ciento entre las mujeres, prácticamente sin diferencia entre los dos años.

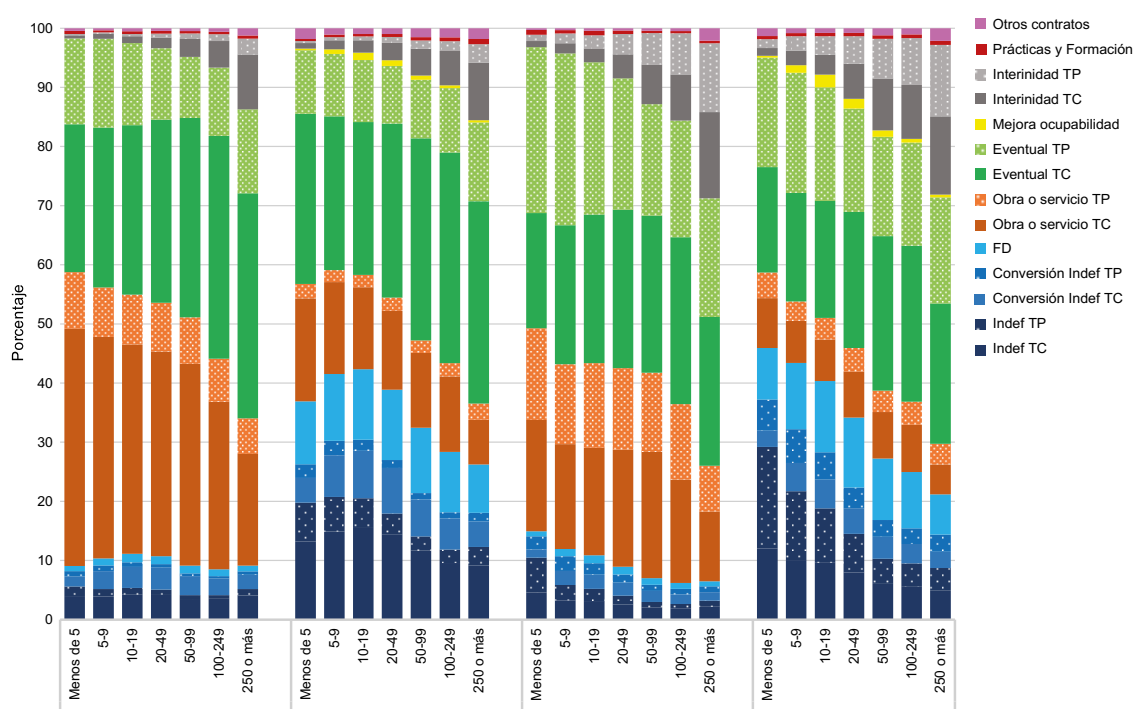


Gráfico 6. Distribución de los contratos registrados en los seis primeros meses del año según el tamaño del establecimiento y su tipología, hombres y mujeres, 2019 y 2022. (Fuente: Microdatos de Contratos Registrados, SEPE).

También se aprecia la previsible caída de los contratos por obra o servicio que hasta ahora habían ocupado un lugar predominante sobre todo en las empresas de menor tamaño. Así como se mantiene que el peso de los contratos de formación es muy pequeño, quizás algo mayor en las empresas de mayor tamaño, tal y como venía ocurriendo.

Por último, es importante subrayar el aumento adicional que ha experimentado la contratación a tiempo parcial, que ha venido creciendo en los últimos años en todas las modalidades de contratación, pero que ha ganado peso en los contratos indefinidos y de manera más pronunciada en las empresas más pequeñas y entre las mujeres en los meses analizados de 2022 lo que de nuevo afianza la necesidad de estudiar con más detalle qué está sucediendo para que esta modalidad contractual vaya ganando peso y su uso se incline mayoritariamente hacia las empresas de menor tamaño y entre las mujeres.

3.3. Duración prevista de la contratación registrada en el mercado de trabajo español

Ya se ha mencionado anteriormente que una característica muy importante de los contratos es su duración, que solo se puede aproximar en el caso de la información utilizada, a partir de la duración prevista en el momento del registro de los contratos, siempre y cuando ésta pueda conocerse. Porque los contratos indefinidos tienen una duración indefinida e indeterminada, siendo esta última una característica que también acompaña a las interinidades y a una parte importante de los contratos por obra o servicio que han existido hasta el momento.

La reforma de 2021 ha modificado los límites de la duración de los contratos temporales. Así, aquellos que se expliquen por circunstancias de la producción no podrán tener una duración superior a 6 meses, o 12 si así se contempla en el convenio colectivo, siempre y cuando se trate de causas ocasionales e imprevisibles. En cambio, si se trata de situaciones ocasionales y previsibles la duración máxima habrá de ser de 90 días. Las interinidades por sustitución de una persona trabajadora no tienen límite temporal si se trata una ausencia con reserva del puesto de trabajo o por reducción de jornada. Sin embargo, si la sustitución se debe a la necesidad de cubrir una ausencia por un proceso de selección o promoción, el contrato habrá de durar como máximo de 3 meses. Los contratos relacionados con la formación tendrán duraciones que rondarán entre tres meses y un máximo de dos años. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que se reduce el umbral para la concatenación de contratos que pasa a ser de 18 meses en un periodo total de 24 meses. En caso de que dicho umbral se superara, la persona trabajadora será considerada indefinida.

En el gráfico 7 se recoge únicamente la duración prevista en el caso de los contratos temporales en los que así queda registrada, por lo que se han retirado aquellos con duraciones indeterminadas, diferenciando por año de registro y entre hombres y mujeres. Puede observarse que el peso de los contratos sin duración prevista se ha reducido (medido por lo que falta hasta llegar al 100 por cien), resultado seguro de la desaparición de la contratación por obra o servicio, así como la importancia de las interinidades. Por otro lado, llama la atención que se mantenga el peso de la contratación de muy corta duración (1 día), situado por encima del 15 por ciento en el caso de los hombres y un punto menos en

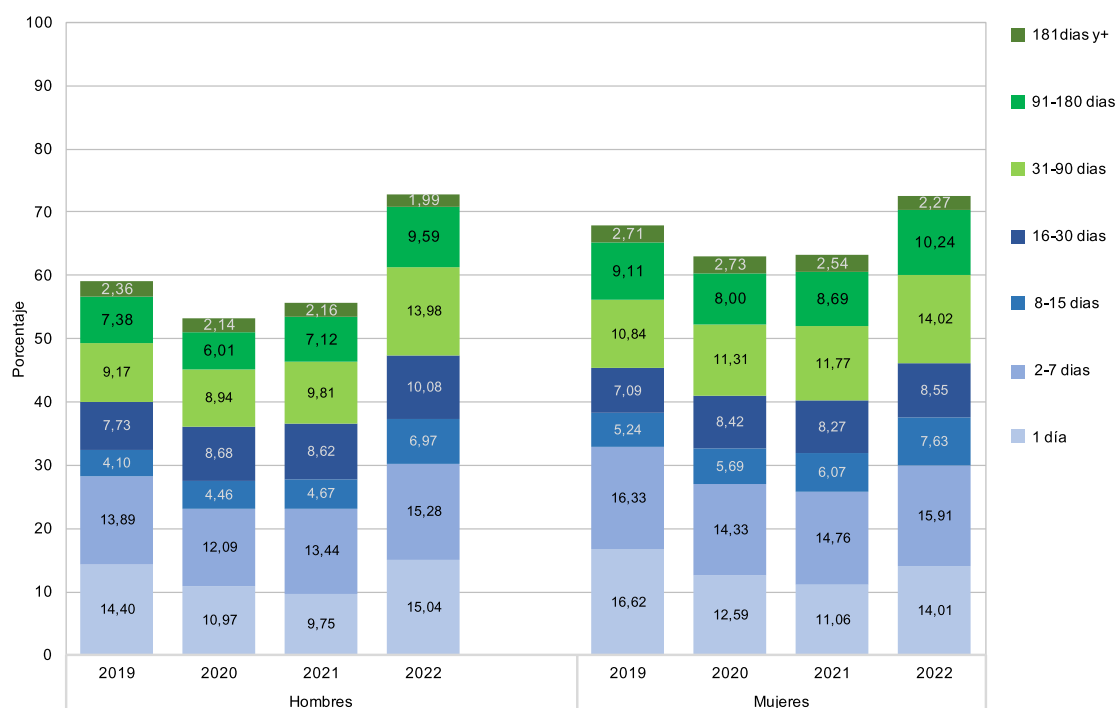


Gráfico 7. Distribución de los contratos temporales registrados en los seis primeros meses del año según la duración prevista que consta en su registro en el SEPE, hombres y mujeres, 2019 - 2022. (Fuente: Microdatos de Contratos Registrados, SEPE).

el caso de las mujeres. Es más, un 30 por ciento de los contratos tienen duraciones de una semana o menos, sin que se aprecie un cambio significativo en 2022 con respecto a 2019, solo un leve aumento. Y casi llega a ser el 50 por ciento la proporción de contratos con una duración máxima de un mes, indicando que todavía hay muchos contratos temporales de corta duración que habrán de seguir siendo analizados en el futuro con el objeto de poder seguir su comportamiento y tendencia temporal, habida cuenta que la reforma apuesta por controlar sus duraciones y limitar su uso en el tiempo. No obstante, también se observa un aumento de la proporción de contratos con duraciones más largas.

A partir de esta información y desconocer la duración efectiva poco más se puede ahondar para evaluar el impacto de la reforma en la estabilidad laboral. En el futuro será necesario analizar con más detalle la duración que efectivamente van a tener estos contratos temporales, detectando los posibles encadenamientos, así como el tiempo que efectivamente van a durar los contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos. Este tipo de análisis no podrá realizarse hasta que se ponga a disposición de la investigación los datos que permitan observar la duración efectiva para poder valorar en qué medida se están respetando los límites impuestos a las duraciones, saber si se está reduciendo la concatenación de contratos temporales y si la contratación indefinida es realmente estable.

4. Conclusiones

En el año 1984 se abrió la puerta a la contratación temporal sin causa con el contrato para el fomento del empleo, y en los primeros años del siglo XXI se empezó a debatir la necesidad de equilibrar las fuerzas de las empresas y su demanda de flexibilidad con los trabajadores y su necesaria e imprescindible seguridad laboral dando paso a la conocida flexiseguridad. Desde entonces, en España se han vivido números intentos para conseguirla, lo que ha venido de la mano de cambios legislativos con consecuencias dispares que han llegado a generar importantes sesgos, como ocurrió con la reforma de 2012 que apostó por dar más poder al lado empresarial a costa de un fuerte sacrificio por parte de la población trabajadora (Escudero, 2016). La combinación de la flexibilidad para las empresas y la seguridad en el empleo para los trabajadores que requiere la flexiseguridad ha necesitado de cambios en las políticas económicas para adaptar no sólo el mercado de trabajo, sino la economía en general (Cebrián 2016). En cambio, todavía no se han terminado de producir estos cambios y la segmentación laboral entre contratos indefinidos y temporales no ha dejado de existir e incluso de extenderse, sobre todo en el sector público, lo que explica que todavía hoy se siga poniendo énfasis en la reducción de las asimetrías existentes entre los diferentes tipos de empleos, considerados unos peores y otros mejores, diferenciándolos única y exclusivamente por el tipo de contrato en el que se basa la relación laboral. Esta segmentación ha abonado la precariedad laboral incrementando el peso de los empleos inestables y precarios generando mayor nivel de desigualdad laboral.

Pero el problema de la temporalidad no se deriva exclusivamente de la forma jurídica del contrato, sino que la existencia de puestos de trabajo inherentemente

inestables hace pensar que el problema de la “temporalidad empírica” pueda mantenerse si en nuestra economía siguen apareciendo puestos de trabajo de corta duración. Además, la inseguridad en el empleo es un factor determinante de precariedad que puede ir más allá de la modalidad de contrato que se tenga. Existen relaciones laborales inestables por la falta de ajuste entre el trabajador y el puesto de trabajo y por las propias características del puesto de trabajo. Por lo tanto, el problema de la segmentación del mercado de trabajo debe debatirse más allá de las modalidades de contratación. Porque tener contratos es importante, pero es imprescindible que haya calidad además de cantidad.

La reforma de 2021 ha incorporado medidas que restringen sin duda la temporalidad y luchan contra la temporalidad injustificada y contra la dualidad del mercado de trabajo de un modo mucho más decidido a como se había hecho hasta ahora. A pesar del escaso recorrido de los cambios introducidos se ha puesto de manifiesto en este análisis que los resultados del mercado de trabajo avanzan por el buen camino hacia el objetivo de lograr incrementar la estabilidad laboral, algo en lo que prácticamente fallaron las reformas que la precedieron.

El aumento de la contratación indefinida es digno de mención, el que haya pasado de representar menos del 10 por ciento de la contratación, a más del 30 por ciento, es un dato que hay que ensalzar, aunque todavía no es posible estimar qué va a pasar con la duración de los contratos, porque el peso de la contratación de muy corta duración ahí sigue, con casi un 50 por ciento de contratos temporales que duran un mes o menos, a pesar del encarecimiento que han sufrido sus costes.

No obstante, hay que mantener la vigilancia para garantizar el cumplimiento de la legalidad existente, poniendo para ello los medios administrativos y judiciales necesarios para perseguir el uso fraudulento de la contratación.

Por último, enfatizar la necesidad de realizar análisis futuros que se adentren en el papel que está jugando la contratación a tiempo parcial porque se sabe que el empleo a tiempo parcial en España es mayoritariamente involuntario y su peso en la contratación registrada tras la reforma ha aumentado notablemente, sobre todo entre la contratación indefinida de mujeres. Esta tendencia a reducir la duración de las jornadas laborales ha de ser vigilada para que no se estén produciendo usos flexibles de las horas de trabajo que escondan algún patrón de comportamiento que vaya más allá de los efectos previstos por la reforma.

5. Referencias

Álvarez, C., Cebrián, I., Cueto, B., Davia, M. A, Legazpe, N. y Moreno, G. (2021), Crisis sanitaria y cambios en el mercado de trabajo de España y Euskadi: situaciones transitorias y riesgos de desactivación laboral en 2020, en *Ekonomiaz*, nº 100 “Covid-19. Efectos socioeconómicos de la crisis sanitaria y medidas de recuperación.

- Boeri, T. and Garibaldi, P. (2007): Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?, *The Economic Journal*, Volume 117, Issue 521, June 2007, Pages F357-F385 .
- Cebrián, I. (2016): *Precarización y empobrecimiento de la población trabajadora en España*. Editorial Universidad de Alcalá, Obras colectivas. Humanidades, 56. ISBN: 978-84-16978-02-1.
- Cebrián, I.; Moreno, G. (2012), El debate sobre la temporalidad contractual, la temporalidad empírica y la duración de los contratos. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, ISSN 1889-4135, N.º. 19, págs. 91-112.
- Cebrián, I.; Moreno, G. (2020), Análisis de las transiciones al empleo indefinido. Editorial: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. ISBN: 9788484175438
- Cebrián, I.; Moreno, G. y Toharia, L. (2011): “La Estabilidad Laboral y los Programas de Fomento de la Contratación Indefinida”, *Revista de Hacienda Pública*, n.º 198: pp. (103-127)
- Comisión de expertos para el diálogo social (2005) “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”.
- Del Pozo, A. (2016): “ De la dualidad a la precariedad generalizada en Cebrián (2016), págs. 375-392.
- Dolado, J. J. y Felgueroso, F. (coord.) (2010): *Propuestas para la reactivación económica en España*. Madrid: FEDEA
- Doménech, R. (2022): La reforma laboral de 2021: una evaluación preliminar, *Cuadernos de Información Económica*, N.º 287 (marzo-abril 2022).
- Garrido L.(1997) “Apuntes generacionales para la reforma del mercado de trabajo” en *Unión Europea y Estado del bienestar* de Luis Moreno editor, págs.. 301- 332. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- González A. (2016): Origen y consecuencias de la precariedad laboral como generador de pobreza y desigualdad en España, en Cebrián (2016), págs. 277-302.
- Toharia, L. (2002) El modelo español de contratación temporal, *Temas Laborales* N.º 64/2002. Pgs. 117-139.
- Toharia, L. (dir), (2005) *El problema de la temporalidad en España: Un diagnóstico*, Colección Economía y Sociología del Trabajo Madrid, 2005.
- Toharia, L. y Malo, M.A. (2009): “¿Qué se puede esperar de las reformas del mercado de trabajo?” en Gómez, V. (editor) *La reforma laboral en España*, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, págs. 121-156.

Los salarios mínimos en la España y la Europa que vienen. Algunas reflexiones interdisciplinarias

Minimum wages in the coming Spain and Europe. Some interdisciplinary thoughts

Pablo Gimeno Díaz de Atauri

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-3484-3968

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7068>

1. Un punto de partida: efectos posibles del establecimiento de salarios mínimos

Las teorías económicas clásicas parten de la base de la eficiencia de los mercados y, por tanto, cualquier intervención externa sobre ellos implica necesariamente un resultado negativo, siempre que se den ciertas condiciones. De forma sencilla, se entiende que hay competencia perfecta, y que por tanto la libre fijación de precios es la solución socialmente óptima, cuando hay información perfecta (todos los sujetos conocen todas las características del objeto del contrato) y no hay costes de transacción ni información. Aplicando esta lógica al mercado de trabajo, la fijación de un salario mínimo será o bien irrelevante (si se establece por debajo del salario de mercado) o bien generará desempleo, al impedir que acuerdos entre empresas y personas trabajadoras se lleven a cabo.

Esta ideas puramente liberales no tienen ya hoy una aceptación general entre la doctrina económica, sino que se establecen argumentaciones más elaboradas. No pretendo en estas líneas hacer un análisis del impacto del salario mínimo, sobre lo que la literatura especializada ha publicado mucho, tanto con carácter general como específicamente para el caso de España. En primer lugar, no puede olvidarse que la negociación colectiva es, en sí misma, una forma de fijación de salarios mínimos, si bien acotada a su ámbito¹; por otra la evidencia nos muestra que los salarios pagados por las empresas no son exactamente iguales a la productividad marginal de los trabajadores, sino que hay cierto margen. Así, por ejemplo, si observamos la distribución de salarios de las personas trabajadoras a

¹ Precisamente sobre esta cuestión, Dolado, Juan J., Felgueroso, Florentino y Jimeno, Juan F., *The effects of minimum bargained wages on earnings: Evidence from Spain. European Economic Review* 1997. vol. 41, no. 3-5, pp. 713-721.

tiempo completo en el año 2018, justo antes de que comenzaran las fuertes subidas del SMI, se aprecia como en torno al valor del SMI (858.55€ prorrateando las pagas extraordinarias, más oscuro en el gráfico) se “apelotonan” los datos. Una distribución lógica no debiera tener discontinuidades, pero en ese punto se aprecia un “salto”. Se trata de las personas que, en ausencia de SMI obligatorio, estarían percibiendo salarios más bajos, pero que al incrementarse aquel no se ven expulsadas del mercado, sino que su salario sube.

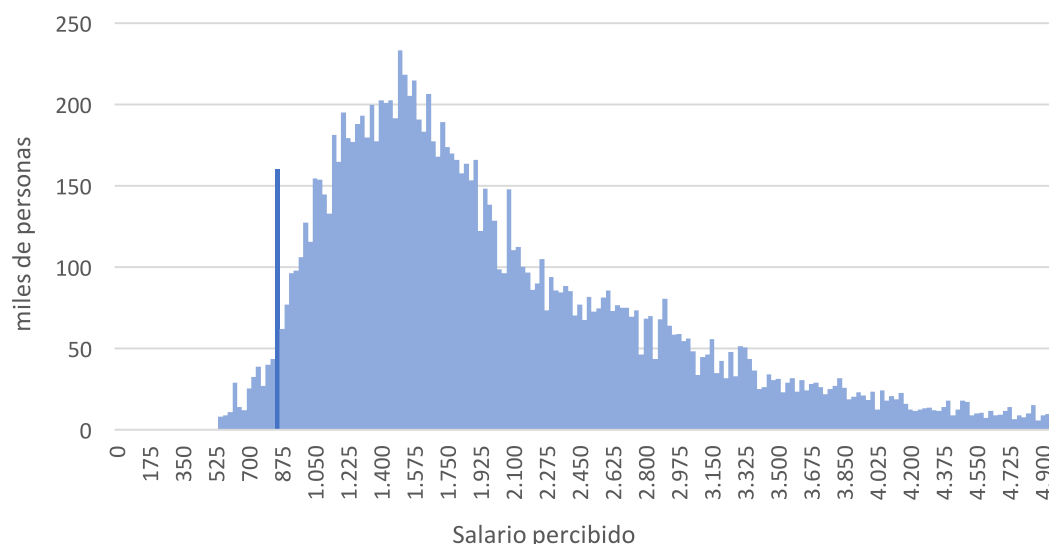


Gráfico 1. **Distribución de las personas asalariadas según su nivel salarial (2018).** (Elaboración propia con microdatos de salarios de la EPA).

La negociación colectiva también presenta evidencias similares. A título meramente ejemplificativo, se ha escogido un convenio al azar que cumpliera dos requisitos: tener en 2018 salarios pactados por debajo de los 900 euros y haber publicado una actualización en 2021². En el gráfico 2 se aprecia una clara concentración de los salarios. El incremento del salario mínimo ha obligado a subir los salarios más bajos, pero no arrastra todos los demás, sino que se produce una “compresión salarial”, es decir, se disipan las diferencias entre las diferentes categorías o grupos profesionales. Desde la perspectiva del incremento salarial, aquellas personas que partían de una retribución menor obtienen hasta un 20% más de salario en la revisión del convenio en 2021 frente al punto de partida en 2018; por el contrario, el resto de la plantilla apenas ve incrementado su salario en un 6%, que se reduce a la mitad en el caso del grupo superior.

En términos relativos, la diferencia entre la mejor y la peor retribución en la empresa se reduce de forma considerable: de ser más del doble pasa a ser tan sólo un 75% más. En algunos casos, como la categoría de “andarines/as”, pasan de cobrar en 2018 cien euros más que las que integran en grupo profesional más bajo a percibir exactamente lo mismo.

² El texto seleccionado, sin que tenga especial significatividad, más allá de lo ilustrativo, es el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Gozálbiz y Díaz, S.L., para sus centros de trabajo de Gandia y Puerto de Sagunto. (Código 46101474012018.). Publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de

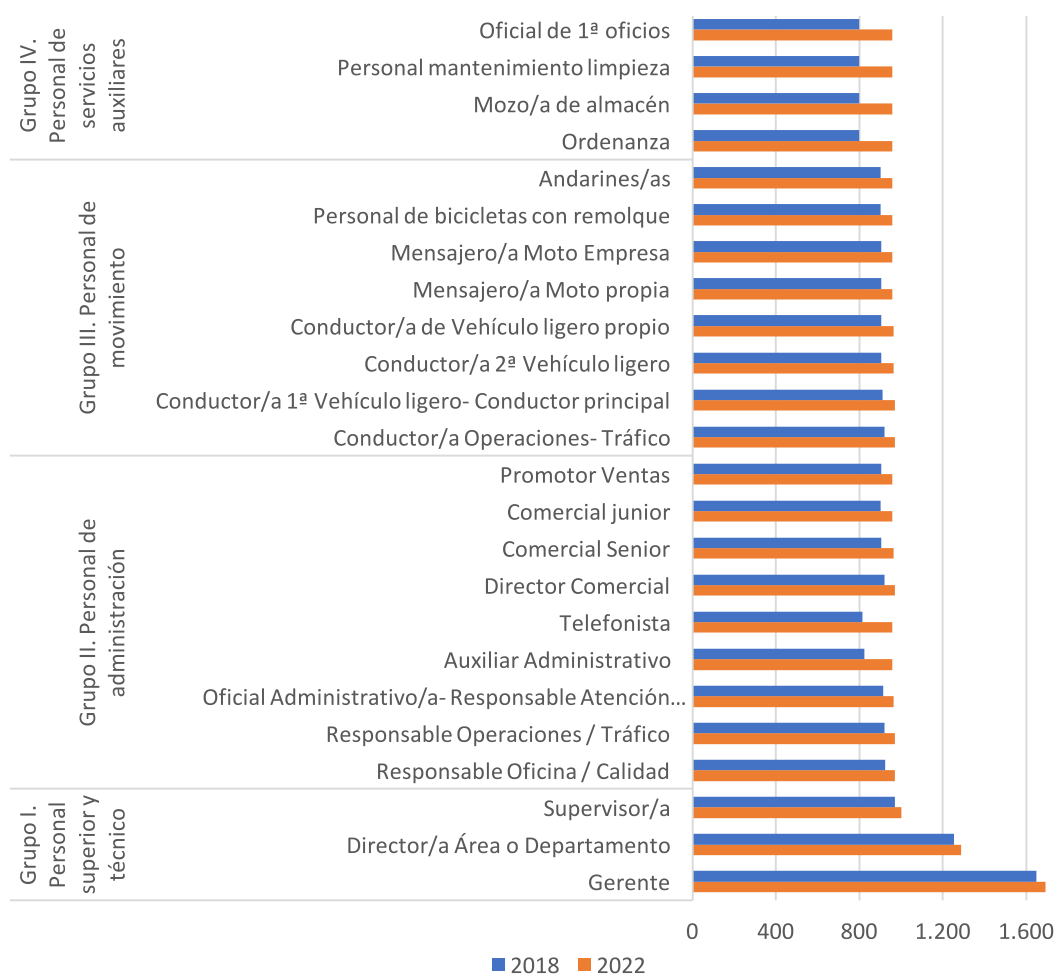


Gráfico 2. **Ejemplo de compresión salarial en la negociación colectiva por efecto del SMI.** (Elaboración propia con datos del convenio citado).

Esta visión de la negociación colectiva, por más que no pretenda ser generalizable –se seguirán distintas estrategias de ajuste de la masa salarial en la empresas y sectores afectados por el incremento del SMI– sirve para entender un primer efecto que es relevante. El impacto del SMI en el empleo puede amortiguarse no sólo vía cantidades (es decir, reduciendo la demanda de factor trabajo por las empresas, al encarecerse) porque hay otro posible ajuste vía precios. No se trata sólo, como se ha argumentado más arriba, de que el incremento de salarios más bajos pueda afrontarse vía una menor rentabilidad empresarial (es decir, por la presencia de beneficios económicos que en las teorías de la competencia perfecta no deberían existir), sino también a través de una redistribución entre los trabajadores y trabajadoras de distinto grado de cualificación.

Esto implica pasar de una lógica de negociación individual a otra de negociación agregada. En la lógica de la masa salarial³ la empresa y la representación legal de las

³ Por ejemplo, el acuerdo de prórroga y modificación del Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (código de convenio 90004952011986), publicado en el BOE de 13 de abril de 2022, se indica que “Para el año 2022 se garantiza un incremento de la masa salarial teórica global del 1% que tendrá carácter consolidable y que tras los deslizamientos supone una subida del 0,4% en las tablas salariales.”. A

personas trabajadoras pueden negociar sobre la base del incremento del coste salarial total, aceptando un reparto no proporcional, sino que de lugar a aumentos mayores en categorías inferiores.

Por otra parte, asumir la destrucción de empleo derivada del incremento del SMI (o del salario de convenio) supone implícitamente entender que la productividad del trabajo es exógena a la empresa. Sin embargo, resulta claro que, si los salarios que deben abonarse son mayores, serán también más intensos los incentivos para que la empresa invierta en su plantilla. Así, en caso de que reducir el número de personas sea empresarialmente inviable (porque implicaría parar la producción o dejar de usar recursos de capital físico disponibles) la empresa tendrá interés en invertir en formación o tecnología que haga más productivas a las personas a su cargo⁴, de forma que cubran ese mayor salario. Igualmente, desde la perspectiva de las personas trabajadoras el riesgo de perder el empleo puede llevar a un mayor esfuerzo; en cierto modo, puede entenderse como una necesidad de “ganarse el (incremento de) sueldo”⁵.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el incremento del SMI tiene como consecuencia inmediata un incremento de la renta disponible para aquellas personas que mantengan su empleo. Incluso cuando se mantuviera la masa salarial total (o la que se habría abonado en ausencia del incremento del SMI), esto puede suponer un aumento del consumo, lo que generaría nuevos empleos. En este punto creo que es necesario recordar la noción de proporción marginal al consumo. Es fácil de entender que, en rentas bajas en las que estén sin cubrir las necesidades principales (no solo de subsistencia, también de ocio y calidad de vida), cada euro adicional que se ingrese se destinará a satisfacerlas. Por el contrario, en rentas más elevadas parte de ese euro adicional se destinará al ahorro o a la inversión (propensión marginal al ahorro o a la inversión, respectivamente⁶). Pues bien, en ese contexto, la redistribución de los incrementos salariales en favor de las personas de rentas más bajas supondrá un mayor consumo y, por tanto, una mayor demanda de bienes y servicios. Para producir estos, se requerirá más mano de obra, por lo que puede mitigarse (e incluso anularse) el efecto negativo sobre el empleo.

ello se suma un incremento lineal de 150 euros, con lo que se garantiza (implícitamente) que los niveles más bajos alcanzan el salario mínimo de 2022: el resultado es que estos llegan a 14.023,51€ justo por encima del SMI anual de 14.000 euros. Al sumar el 0,4% a los 150 euros lineales, se incrementa su salario un 1,49%, frente al 0,89% de las categorías más altas, dando lugar de hecho a una compresión salarial dentro del incremento pactado del 2% total de la masa salarial. El hecho de que el total sea superior al de cualquiera de las categorías se explica por lo que el convenio llama “deslizamientos”, que son las promociones automáticas de nivel por el mero transcurso del tiempo (Art. 13 del convenio).

⁴ Belman, Dale y Wolfson, Paul J., *What Does the Minimum Wage Do? [en línea]* W.E. Upjohn Institute. 2014., p. 261 y ss.

⁵ Estas cuestiones se describen, con apoyo empírico en un caso concreto en KU, Hyejin, *Does Minimum Wage Increase Labor Productivity? Evidence from Piece Rate Workers. Journal of Labor Economics* 2022. vol. 40, no. 2, pp. 325-359.

⁶ En este sentido, con datos para hogares chinos, se ha descrito un incremento fuerte del consumo en hogares con hijos, pero no así en aquellos en los que no hay menores a cargo, en los que la propensión al ahorro es de dos terceras partes. Dautović, Ernest, Hau, Harald y Huang, Yi, *Consumption Response to Minimum Wages: Evidence from Chinese Households. ECB Working Papers* 2019. no. 2333.

Desde una perspectiva de género, tampoco el SMI es irrelevante. Debe tenerse en cuenta que la brecha salarial no sólo viene determinada por la infrarretrotribución de puestos iguales, sino por la infravaloración social de puestos a menudo feminizados. Lo cierto es que si atendemos a cómo se distribuyen mujeres y hombres en función de su salario las diferencias son claras. Así, en el año 2020 (último para el que se dispone de información detallada en la Encuesta de Población Activa) un 6,6% de los hombres que declaraban en la EPA ser trabajadores a tiempo completo⁷ percibieron⁸ un salario igual o inferior al SMI para ese periodo, mientras que entre las mujeres esta circunstancia se dio para un 9,8% de las trabajadoras a tiempo completo. La barrera de los 1400 euros es la que marca la mayor diferencia en la distribución de hombres y mujeres. Así, mientras que sólo un 26,3% de los varones asalariados a tiempo completo cobra una cantidad menor a ese umbral, entre las mujeres este porcentaje es ocho puntos mayor, pues se eleva hasta el 34,8%.

En ese contexto, es claro que las mujeres se verán afectadas en mayor medida que los hombres por un aumento del SMI, pues es mayor la proporción de ellas que percibe rentas bajas por su empleo.

El impacto de los distintos elementos mencionados, relacionados tanto con la calidad como con la cantidad del empleo, dependerá de muchos factores, y de hecho, sin perjuicio del indudable valor de los trabajos que evalúan el impacto agregado, variará por motivos culturales, productivos, estructurales y sociales. El impacto en diferentes activi-

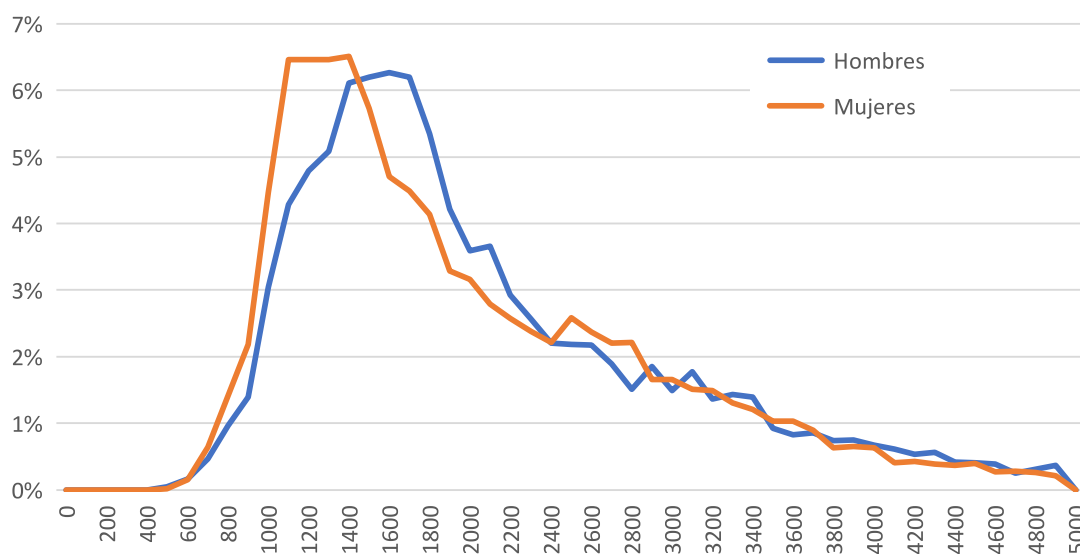


Gráfico 3. **Distribución de las personas trabajadoras a jornada completa según salario (porcentaje de cada sexo).** (Elaboración propia a partir de Microdatos de salarios de la EPA [2020]).

⁷ Los microdatos disponibles, para garantizar la anonimidad, no indican el número de horas trabajadas, con lo que no resulta razonable evaluar con esta fuente el salario de las personas a tiempo parcial, pues el SMI debe evaluarse de forma proporcional a la jornada.

⁸ Según fuentes tributarias. El fichero de microdatos de salarios se realiza vinculando los datos del entrevistado con la declaración de ingresos del trabajo en el empleo principal en el IRPF. El dato de salarios, por tanto, es el oficial –no se computan ingresos no declarados– mientras que el resto de datos relativos al empleo son declarados por la persona que responde a la encuesta.

dades o simplemente en distintas culturas empresariales será diverso y requerirá, para un conocimiento en profundidad, de estudios específicos.

Además, no puede olvidarse que las empresas españolas producen en el marco de una economía globalizada. En consecuencia, aun cuando el aumento del Salario Mínimo pueda trasladarse a precios –lo que implica una redistribución de su impacto entre los perceptores de rentas distintas al trabajo de baja cualificación– ello supondrá una pérdida de competitividad internacional. En consecuencia, y en la línea con lo anteriormente señalado, el efecto es potencialmente más negativo en sectores de bienes y servicios exportables que en los que agotan su mercado en el ámbito local

2. La evolución del Salario Mínimo en España

El reconocimiento constitucional del derecho a una “retribución suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” reconocida en el art. 35 de la Constitución Española a todas las personas trabajadoras choca frontalmente con la existencia de lo que se ha venido a llamar “trabajadores pobres”. El art. 27 ET trata de dar cumplimiento a ese mandato a través del SMI, cuya fijación corresponde, anualmente, al gobierno de la nación previa consulta –que no negociación– a sindicatos y organizaciones más representativas, con una revisión semestral si la inflación no coincide con las expectativas.

La aprobación se realiza mediante real decreto, sobre cuya naturaleza se han planteado dudas; como señala la STS (3^a) de 29 de octubre de 2015⁹ se “podría haber dictado un reglamento de desarrollo de ese precepto de vigencia indefinida y, anualmente, mediante un acuerdo fijar su cuantía”, pero se ha optado por esta otra vía. Se trata, por tanto, de un acto del gobierno¹⁰ que, adoptando forma de Real Decreto, “tiene en sí un contenido decisorio o resolutorio que no es de naturaleza normativa”¹¹.

En particular, se ha señalado que la consulta a organizaciones sociales no se encuadra en la fase “externa” sino en la “interna” de la elaboración de la norma. Ello implica que no está sometido a los formalismos ni plazos previstos para las consultas “externas” preceptivas. Se trata de una consulta que se enmarca en el art. 26.5 de la Ley del Gobierno, dentro del “cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto”. En consecuencia, es admisible que la consulta sea brevísima, sin someterse a plazos estrictos¹².

Además, esta particular naturaleza excluye la necesidad de dictamen del Consejo de Estado, pues la fijación de la cuantía es una atribución puramente gubernamental¹³,

⁹ ECLI:ES:TS:2015:4523

¹⁰ Sometido, por tanto al art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

¹¹ STS (3^a) de 29 de abril de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1499.

¹² En este sentido, la citada STS (3^a) de 29 de octubre admite que se someta el borrador a consulta el 26 de noviembre “para que emitiesen su parecer antes de las 9’30 del 27 siguiente”.

¹³ STS (3^a) de 29 de abril de 2021, citada, en su FJ quinto. Igualmente STS (3^a) de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3031).

lo que conlleva, igualmente, que no le sea de aplicación la limitación en cuanto a la entrada en vigor que se impone en el art. 23 de la Ley del Gobierno¹⁴. Por ello, son válidas las normas que establecen su impacto desde el 1 de enero, aun cuando la aprobación y publicación sean posteriores.

Todo ello está profundamente relacionado con la naturaleza esencialmente política de la decisión. Es cierto que el art. 27 ET, en cierto modo, regula cómo debe fijarse, al señalar ciertos parámetros¹⁵, pero el gobierno tiene amplia libertad para su valoración. Debe entenderse, no obstante, superada la doctrina de hace ya tres décadas la sala tercera del Tribunal Supremo, cuando limitó su capacidad de control a los aspectos competenciales al afirmar que tales criterios “son de contenido político al menos en sus efectos y significación, según se deduce del enunciado de los mismos en el art. 27 del ET, en que figura alguno tan significativo como “la coyuntura económica general”, que viene a refundir los que anteriormente enumera el precepto” y que por ello es una “competencia directamente atribuida por la Constitución, no controlable jurisdiccionalmente en los aspectos sustantivos”¹⁶. En la actualidad la misma sala afirma que aun cuando el control no puede sustituir la acción política del gobierno, sí que cabe analizar que en su procedimiento no se hayan superado los límites constitucionales y, en particular, la interdicción de actuar arbitrariamente¹⁷. Por tanto “el quantum de variación del SMI no es imperativamente la consecuencia o resultado necesario de una operación reglada”, dado que el art. 27 ET ni pondera ni prioriza sus criterios, dejando un amplio margen al gobierno, en el que caben objetivos de política social, como la convergencia con el 60% del salario mediano recomendado en textos internacionales. En definitiva “lo que tenga de criticable por exceso o defecto, será valorable política y no jurídicamente”¹⁸

A la vista de estas valoraciones, que interpretan también las obligaciones internacionales adquiridas por España (como el Convenio 135 OIT o el art. 4 de la Carta Social Europea revisada), resulta clara la amplísima discrecionalidad para su fijación.

En cuanto a la evolución histórica de estas decisiones, mirando al pasado puede observarse diferentes momentos (vid. gráfico 4). Así, hasta el año 2004 se produjo de forma continuada una pérdida de poder adquisitivo del SMI, con crecimiento que, salvo un breve intervalo a finales de los años ochenta del siglo pasado, fue sistemáticamente

¹⁴ “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación”.

¹⁵ En concreto “*teniendo en cuenta:*

a) *El índice de precios de consumo.*

b) *La productividad media nacional alcanzada.*

c) *El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.*

d) *La coyuntura económica general.”*

¹⁶ STS (3ª) de 24 de julio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:4398).

¹⁷ STS de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3143).

¹⁸ STS de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3031).

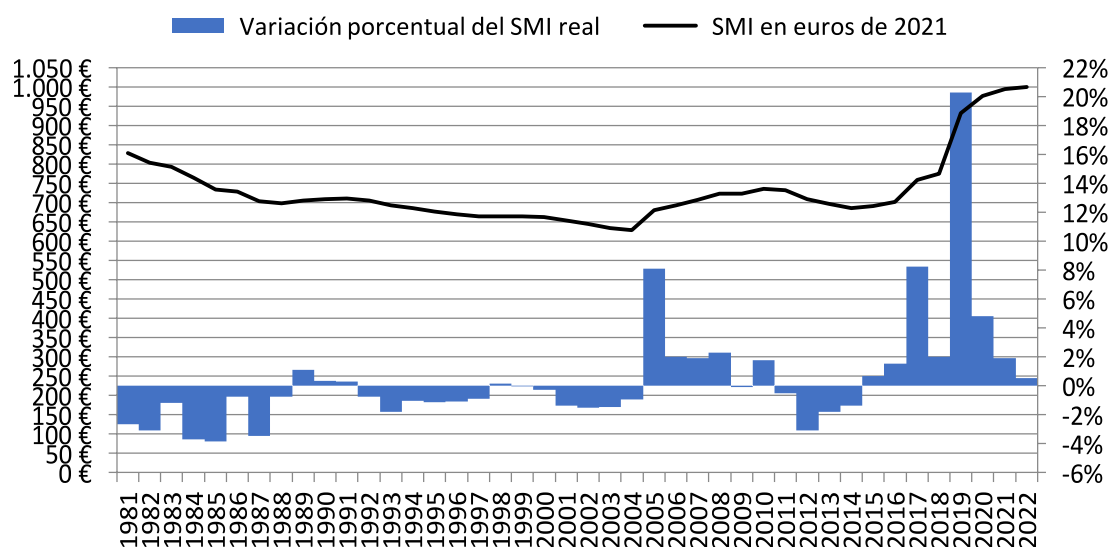


Gráfico 4. **Evolución del salario mínimo interprofesional en España (en euros reales de 2021)**. (Fuente: Elaboración propia con datos del Boletín Oficial del Estado (SMI) y del INE [IPC]).

menor que la inflación. Esa situación se revirtió en el año 2005, cuando se inició un proceso de progresiva recuperación de poder adquisitivo. Posteriormente, como consecuencia (o al menos coincidiendo) con la crisis financiera global, se interrumpió este proceso. No ha sido hasta los últimos años –primero en 2017, pero sobre todo a partir de 2019– cuando la tendencia se ha invertido de forma clara, de modo que tras un inédito en nuestro sistema aumento del 23%, ha continuado la senda alcista, con el objetivo declarado del Gobierno de alcanzar el 60% de la renta mediana al finalizar esta legislatura. En todo caso, en términos reales nos encontramos ante el SMI más elevado desde que existen registros.

3. ¿Hacia una convergencia europea en salarios mínimos?

El pasado 7 de junio el Consejo Europeo publicó un comunicado de prensa informando de que “la Presidencia del Consejo y los negociadores del Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo político provisional con respecto al proyecto de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE”. Con este proceso –si finalmente se culmina– se dará forma a una idea que se ha discutido desde principios del siglo. Ya en el año 2006 el posteriormente presidente del consejo Jean-Claude Juncker reclamaba la creación de un Salario Mínimo Europeo y el año siguiente el comisario Joaquín Almunia defendía que “todo país europeo debería tener un salario mínimo”¹⁹.

La homogeneización de normativa laboral por medio de directivas es siempre una cuestión políticamente compleja, cuya dificultad varía en función de la diversidad

¹⁹ Ambos citados en Schulten, Thorsten, *Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe*. *European Journal of Industrial Relations* 2008. vol. 14, no. 4, pp. 421-439

de puntos de partida. En el caso del Salario Mínimo, estos puntos de partida son muy diversos, como recoge la propia estadística comunitaria. Así, a 1 de enero de 2022 (sin recoger, por tanto, el incremento publicado para España en el RD 152/2022, de 22 de febrero, aunque tuviera efectos retroactivos de conformidad con la disposición final tercera) seis estados de los 27 carecen de un salario mínimo impuesto por el Estado, y los 21 restantes se distribuyen con gran disparidad, desde los 332,34€ mensuales de Bulgaria hasta los 2.256,95 € de Luxemburgo. Nótese que no es trivial la diferencia en las afirmaciones de Junker –por aquel entonces primer ministro de este último estado– y Almunia. Mientras que el primero habla de Salario Mínimo Europeo –que cualquiera que fuera su nivel no afectaría a Luxemburgo– el segundo piensa en una pluralidad de salarios mínimos, de una individualización de los mismos en cada país.

Como es de esperar y se puede intuir a partir de los dos casos extremos, los Salarios Mínimos están fuertemente relacionados con el nivel de renta del país en cuestión. Así, en el Gráfico 5 se combina la información de este Salario Mínimo (en el eje vertical, es decir, cuanto más arriba esté el punto más alto será) con la renta de los trabajadores (en el eje horizontal, cuanto mayor sea, más a la derecha estará el punto). Para esta variable se ha utilizado la información de la que también dispone la oficina estadística comunitaria: la renta neta (esto es, después de impuestos y cotizaciones sociales) de un trabajador sin hijos que gana el salario medio del país en precios de paridad de poder adquisitivo.

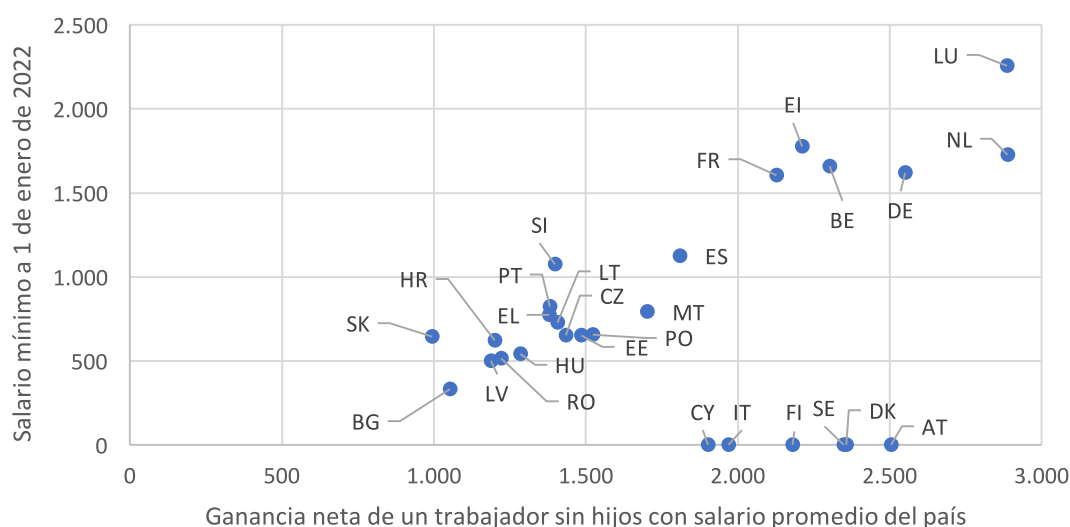


Gráfico 5. **Salario Mínimo y renta media de las personas asalariadas.** (Elaboración propia. Datos de Eurostat).

Son varias las informaciones que pueden deducirse de esta primera figura. En primer lugar, resulta irreal pensar que es posible establecer un salario mínimo europeo al modo de lo que conocemos hoy en cada uno de los estados. No sólo porque algunos importantes estados miembros no tengan esa tradición, lo que sin duda sería una fuente de resistencia, sino porque cualquier nivel en el que se fijara chocaría con la realidad: o sería inasumible para los países más pobres, que no podrían hacer frente a esos salarios

más elevados, o sería de una cuantía ridícula para los países que lideran la clasificación; Nótese que los países que no tienen salario mínimo no son precisamente los de rentas más bajas.

Este planteamiento sirve para entender la lógica de partida de la Comisión cuando propone esta Directiva. El objetivo no es la homogeneización de los niveles de salario mínimo; ni siquiera la generalización de la imposición de este por los gobiernos, sino la garantía de un mínimo nivel de ingresos como contraprestación del trabajo.

No pretendo llevar a cabo un análisis detallado de la directiva, aun en procedimiento de aprobación y por tanto sujeta a cambios²⁰ pero sí destacar sus principales líneas de trabajo y el potencial impacto que puede tener en nuestro sistema²¹.

La propuesta de directiva se organiza en 19 artículos distribuidos en cuatro capítulos, en los que, como es habitual en el derecho comunitario, se incluyen definiciones y disposiciones relativas a la aplicación y entrada en vigor.

En primer término, destaca que la finalidad de la directiva es combatir la inequidad social y reducir las desigualdades salariales; en la línea del efecto “compresor” de los salarios al que más arriba he hecho referencia, se centra en establecer un marco para alcanzar la exigencia de salarios mínimos obligatorios que garanticen la calidad de vida y condiciones de trabajo decente, pero sin descuidar el papel de los agentes sociales. Se trata no sólo de establecer previsiones de ingresos decentes a las personas trabajadoras, sino también de los mecanismos para que aquellas sean efectivas.

Desde este punto de partida, se reconoce de forma tajante que el papel central corresponde a los estados, que deberán establecer los niveles de salario mínimo y las garantías jurídicas para su efectividad, ya sea a través de la legislación nacional o de los convenios colectivos, que expresamente quedan protegidos: expresamente se indica que nada en esta directiva puede interpretarse como una obligación para los estados en los que la formación de salarios corresponde exclusivamente a la negociación colectiva ni, en sentido contrario, para imponer la eficacia universal de los convenios.

Resulta interesante en el plano formal la expresa inclusión del sector público en la obligación de respetar salarios mínimos –en España no existe formalmente, aunque los salarios públicos han sido históricamente suficientes para cubrir el nivel del SMI–. También merece la pena destacar la incidencia en la necesidad de que, si se pretende cumplir con las obligaciones de la directiva por la vía de la negociación colectiva, ésta ha de tener una cobertura suficiente, entendida implícitamente como un 80% de las personas trabajadoras²². Para ello el art. 4 de la propuesta exige que facilite –siempre de acuerdo con

²⁰ Un excelente análisis, con una buena exposición de contexto puede leerse en Álvarez Alonso, Diego, *Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021. no. 151, pp. 33-55, particularmente en las páginas 43 y ss.

²¹ Tomaré como referencia el texto remitido el pasado 15 de junio por el Presidente del Comité de Representantes Permanentes (Fabrice Dubreuil) al presidente de la Comisión de Empleo del Parlamento Europeo, que recoge el acuerdo entre ambas instituciones y el compromiso de que se si ese texto es aprobado –a salvo de correcciones lingüísticas y jurídicas– por el parlamento, el Consejo también lo hará.

²² El art. 4.2 del texto pactado por Consejo y Parlamento eleva ese porcentaje desde el 70% propuesto por

la legislación y prácticas nacionales— la fijación de salarios, haciendo hincapié en el nivel sectorial y recogiendo —y esto se ha añadido sobre el texto de la comisión— una serie de garantías de indemnidad y no injerencia para los negociadores. Al margen de la dificultad de la determinación del nivel de cobertura²³, es interesante el papel proactivo que en este sentido se atribuye a los Estados.

En los criterios de fijación del salario mínimo legal guardan cierta relación con los establecidos en el art. 27 ET , aunque no son idénticos:

Art 27 ET	Texto pactado por el Parlamento y el Consejo (art. 5.2) ¹
a) El índice de precios de consumo.	a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;
b) La productividad media nacional alcanzada.	b) la cuantía general de los salarios y su distribución;
c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.	c) la tasa de crecimiento de los salarios;
d) La coyuntura económica general.	d) la evolución de la productividad laboral en el largo plazo.

¹ Elimina, respecto a la propuesta de la Comisión Europea, las referencias a cotizaciones sociales e impuestos, así como la mención de salario bruto. En materia de productividad, añade la referencia al largo plazo.

Las diferencias tienen su interés; en materia de precios se centra expresamente en el poder adquisitivo, lo que se debe vincular con lo establecido en el apartado primero de este mismo art. 5: debe garantizarse un nivel de vida digno, promoverse la cohesión social y la reducción de la brecha salarial de género. Además, hay un elemento de política económica que es interesante, pues supera visiones cortoplacistas y atiende a la productividad de la economía en el largo plazo, a diferencia de la legislación española que, en este punto, mira hacia el pasado (productividad alcanzada).

La intervención de los agentes sociales es otro de los elementos clave de esta directiva propuesta. En particular, se señala que deben tener la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones que implique:

- La determinación de los criterios concretos de fijación del Salario Mínimo, particularmente si se establecen mecanismos de indexación o actualización automáticos.
- La selección de los valores de referencia tomados para establecer salarios adecuados.
- La actualización de los salarios mínimos
- Las decisiones relativas a la selección y análisis de datos que se provean a las autoridades y demás agentes involucrados en la fijación de salarios.

la Comisión; si no se alcanza los estados deberán promover las condiciones para que la negociación colectiva pueda tener lugar, con un plan de acción con una planificación clara y medidas concretas para que mejore la tasa de cobertura, siempre con respeto a la autonomía de las partes. Este plan debería evaluarse y revisarse periódicamente y, en todo caso, cada cinco años.

²³ Álvarez Alonso, Diego, *Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España*. Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021. no. 151, pp. 33-55, p. 45.

Debe hacerse notar que este grado de participación de agentes sociales puede no diferir demasiado del “previa consulta” al que hace referencia el art. 27 ET. Sin embargo, a la luz de la laxitud con la que la sala tercera del Tribunal Supremo ha tratado esta exigencia, el cambio, si finalmente es aprobada en estos términos, sí que puede ser relevante. La intervención, aun si ser necesario alcanzar acuerdos (lo que daría derecho de veto a los intervinientes) es mucho más intensa que la actual remisión formal, casi de trámite, de la propuesta o borrador de incremento del SMI en España.

En materia de control se exige dotar de garantías efectivas para que la inspección pueda exigir el cumplimiento, y se obliga a los estados a establecer planes de detección y sanción de los empresarios que incumplan. Desde la perspectiva individual se exige el acceso a medios resolución de disputas que sean “puntuales e imparciales”; no parece que en España existan problemas en este sentido, más allá de la existencia de dilaciones excesivas en la resolución de algunos procesos²⁴. Igualmente se establece una obligación de especial protección a la representación legal de las personas trabajadoras en relación con las quejas y reclamaciones vinculadas al cumplimiento de esta normativa (art. 12.2). En todo caso, deben establecerse sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 13).

Además, el art. 10 de la propuesta de directiva recoge el mandato de recopilar datos sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de salario mínimo, que se plasmaran en un informe bianual a la comisión que recogerá la tasa de cobertura de la negociación colectiva, así como los supuestos en los que, en su caso, existan variaciones o deducciones sobre el salario mínimo para ciertos grupos de personas trabajadoras, así como el número de afectadas siempre que los datos existan. Asimismo, cuando la fijación del salario mínimo se atribuya exclusivamente a la negociación colectiva –no es nuestro caso– se indicarán los niveles más bajos pactados y la proporción de personas no cubiertas por los convenios.

Igualmente, en materia de información se impone un deber de publicidad sobre los salario mínimos, que recoja los principales extremos, de forma comprensible y accesible.

Son también de interés las previsiones que denomina “horizontales”, en las que se establece la obligación de los contratistas y subcontratistas públicos de respetar las condiciones pactadas en los Convenios Colectivos aplicables, en una concreción de la obligación que ya recoge el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, que el art. 71.1 de la misma extiende, por remisión, a las subcontrataciones. En nuestro derecho nacional el art. 35.1.n de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (que transpone expresamente la directiva) ya recoge esta obligación, por lo que en ese punto el cambio no es significativo.

²⁴ Conforme a las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, la duración media de un proceso de reclamación de cantidad en el conjunto del estado es 14,5 meses, más del triple de lo que duraban al inicio de la serie temporal (en 2002 la duración media fue de 4,4 meses). El caso extremo es el de Andalucía, donde la duración media –lógicamente habrá asuntos resueltos en mucho más o menos tiempo– llega ya a los 21,3 meses.

4. El futuro de los salarios mínimos

La adopción de esta directiva no supondrá, formalmente, un cambio radical en nuestro sistema jurídico. Los principales cambios, como ocurre en otros países, se refieren en realidad al procedimiento de determinación de los salarios mínimos, con un refuerzo de la participación de agentes sociales y en consecuencia de la negociación colectiva, así como a obligaciones estadísticas o de control general²⁵.

Esta misma conclusión se ha recogido por autores analizando el impacto en su sistema jurídico; así, se ha dicho que en Polonia supondrá un punto de inflexión en la debilitada negociación colectiva²⁶, aunque no se espera un impacto significativo. En el caso de Francia, asumiendo que no es el “*target*” de esta directiva, se ha afirmado que el impacto será muy moderado, aun cuando la definición de los criterios de salario decente y suficiente pueden alterar la forma en que se negocie el nivel de salarios mínimos²⁷.

No obstante, comparto un pensamiento que está presente, de forma más o menos clara en los diversos autores que han sido citados en estas páginas. La relevancia de esta directiva no es realmente el cambio que directamente vaya a producir en los sistemas nacionales, sin perjuicio de ciertos cambios metodológicos u organizacionales que puedan ser necesarios. Lo importante, a mi juicio, no es lo que provoca sino de dónde trae causa.

El contenido evidentemente social de la directiva propuesta, la apuesta por la dignidad y suficiencia del trabajo, suponen un paso más en la construcción de una Europa Social. La tendencia creciente del Salario Mínimo en España se ve protegida políticamente por este tipo de decisiones.

En un mundo de incertidumbres, con las múltiples amenazas sobre el trabajo (robotización, inteligencia artificial, el crecimiento o retroceso de la globalización) y sobre las condiciones de trabajo (cambio climático, mundo postpandémico, inestabilidad geopolítica) no es trivial que las instituciones estén apostando por proteger a los más débiles. El salario mínimo, por definición, no afecta ni debe afectar directamente a la mayoría de personas trabajadoras, pero su protección es un importante mensaje, en el sentido de optar por un sistema inclusivo, en detrimento por la apuesta por la flexibilidad en los márgenes, la precarización y la competencia como fin último.

²⁵ En este mismo sentido, sobre el texto de la propuesta, Álvarez Alonso, Diego, *Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2021. no. 151, pp. 33-55, p. 52-54.

²⁶ Surdykowska, Barbara y Pisarczyk, Łukasz, *The Impact of the Directive on Adequate Minimum Wages in the European Union on Polish Labour Law*. *Italian Labour Law e-Journal* Italian Labour Law e-Journal. 2021. pp. 91- 103 Pages, p. 102.

²⁷ Pasquier, Thomas, *Proposal for a Directive on adequate minimum wages in the European Union: a look at French law*. *Italian Labour Law e-Journal* 2021. vol. 14, no. 1, 1, pp. 77-89, p. 88.

MISCELÁNEA

El trabajo digital. Análisis de la economía de plataformas en Cuba y Ecuador

Digital work. Analysis of the platform economy in Cuba and Ecuador

Eduardo Díaz Ocampo*

Dr. C. Pedagógicas. Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Máster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador.

ORCID ID: 0000-0002-9086-1095

Alexandra Morales Sornoza**

Master. Docente de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. UTEQ Ecuador.

ORCID ID: 0000-0002-2774-5788

Alcides Antúnez Sánchez***

Dr. Hc. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Baja California. México. Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Currículo hospedado en Cielo Laboral. Italia. Lattes en Brasil.

ORCID ID: 0000-0002-8561-6837

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7070>

Resumen:

Objetivo: el artículo analiza desde la doctrina del Derecho del Trabajo, al trabajo 3.0 en el contexto de la economía colaborativa en la plataforma web 2.0, a partir del reconocimiento en el texto constitucional de 2019, al empresario privado como actor económico en la actualización del modelo económico y social cubano, como su contextualización en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Metodología: desde las ciencias sociales a partir de la revisión bibliográfica realizada, el uso del análisis-síntesis, inducción-deducción, la comparación jurídica, y el histórico permitieron analizar el trabajo 3.0 en la nación cubana. Resultados: se demostró que el trabajo 3.0 realizado por el trabajador digital ha revolucionado la manera tradicional del Derecho al Trabajo en la relación

*rector@uteq.edu.ec

**amorales@uteq.edu.ec

***aantunez@udg.co.cu

jurídica laboral, con la presencia de notas de la laboralidad, la ajenidad, la dependencia, la autonomía, en esta relación jurídica laboral. Necesitado de actualización desde la teoría y la normativa jurídica desde el Derecho Laboral en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano.

Contribuciones: la carrera de Derecho, tributará en la actualización de contenidos en la materia del Derecho Laboral, para que los operadores jurídicos se actualicen como operadores jurídicos en la asistencia legal a los empresarios privados.

Palabras clave: laboralidad, relación jurídica, trabajador digital, autonomía.

Abstract:

Objective: the article analyzes from the doctrine of Labor Law, to work 3.0 in the context of the collaborative economy in the web 2.0 platform, based on the recognition in the constitutional text of 2019, the private entrepreneur as an economic actor in the update of the Cuban economic and social model, as its contextualization in the Ecuadorian legal system.

Methodology: from the social sciences based on the bibliographic review carried out, the use of analysis-synthesis, induction-deduction, legal comparison, and the historical analysis allowed us to analyze the 3.0 work in the Cuban nation.

Results: it was shown that the 3.0 work carried out by the digital worker has revolutionized the traditional way of the Right to Work in the labor legal relationship, with the presence of notes of employment, alienation, dependency, autonomy, in this legal relationship labor. In need of updating from the theory and legal regulations from Labor Law in the Cuban and Ecuadorian legal system.

Contributions: the Law career will pay tax on the updating of contents in the field of Labor Law, so that legal operators are updated as legal operators in providing legal assistance to private entrepreneurs.

Keywords: employment, legal relationship, digital worker, autonomy.

Introducción

Las innovaciones tecnológicas han producido y producen una revolución en el mercado laboral, al imponer nuevas reglas en la búsqueda y selección de empleos. La manera tradicional de la búsqueda de empleo y la selección de personal se basaba en el contacto directo entre el postulante y el empleador, cambia esta forma con el uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC) en la plataforma web 2.0 en el nuevo siglo.

Hoy en día existen otras posibilidades para ambas partes en la futura relación laboral. Al mutar en la manera de buscar empleos que hace unos años se basaba, en la consulta de los periódicos o en los clasificados laborales. Hoy las formas de contactar la oferta y demanda de empleo han cambiado con las bondades de las TIC en el siglo XXI con el uso de la plataforma digital. Las redes sociales constituyen una de las máximas expresiones de la web 2.0, se han convertido en una de las principales formas de interacción social que permiten el intercambio entre personas, grupos o instituciones, unidas por uno o varios tipos de relaciones de diversa índole. La economía colaborativa está aquí

para quedarse y se presupone que incidirá en muchos cambios a nivel social, político y económico, que llevarán a una adaptación jurídica de las consecuencias de estos nuevos modelos de negocios.

Como consecuencia, ante esta nueva realidad digital, impone un reto legislativo a los juristas a nivel global, que permita calificar la relación telemática laboral que existe entre las plataformas virtuales mediante las que hoy en día se presta servicios y las personas que prestan el servicio de manera presencial con su empleador. Del cuál el ordenamiento jurídico laboral cubano y el ecuatoriano, no están ajenos, necesitados de actualización y modernización desde la teoría y la normativa legal.

El trabajador digital, realiza labores en base al uso de la red de internet, de las computadoras, las aplicaciones u otras herramientas informáticas, con independencia del espacio o lugar físico desde donde lo ejecuta –las instalaciones de una empresa, su domicilio o un espacio público– y si la prestación del servicio se implementa físicamente (off-line) o virtual (on-line). Se confirma con la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019, es un aporte esencial para abordar el trabajo digital y promover el debate jurídico sobre el trabajo digital en la web 2.0 en el desarrollo del artículo.

1. El derecho al trabajo. Análisis histórico jurídico. Definición desde la teoría en la sociedad de la información

El Derecho del Trabajo es concebido desde la teoría como una rama del Derecho, sus principios y normas jurídicas tienen como fin la tutela de los trabajadores, regulan las relaciones entre los sujetos de la relación laboral: trabajadores, empleadores, sindicatos, y Estado. Se encarga así, de normar la actividad humana lícita, prestada por un trabajador en relación de dependencia a un empleador –persona física o jurídica– a cambio de una contraprestación dineraria.

En sí, el trabajo es toda actividad realizada por el hombre, sea a través de esfuerzo físico o intelectual, dirigida a la producción, modificación o transformación de materias en bienes y servicios. El Derecho del Trabajo, es concebido como la ordenación de la relación jurídica surgida con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero al que denominamos empresario o empleador.

De Buen Lozano (1980), considera en sus aportes que las primeras manifestaciones sobre la regulación normativa del Derecho al Trabajo aparecen en Europa en el siglo XIX, las que se consolidan en la segunda década del siglo XX.

El Derecho del Trabajo, es admitido por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2019), los que afirman que en su historicidad surge como un derecho especial de tutela y protección de los trabajadores, actúa como compensador frente a la situación que como contratante tiene el trabajador individual, y como poder limitador de extralimitaciones empresariales que pudieran sobreexplotar o no tomando en consideración la dignidad y los derechos del trabajador, en una situación jurídica y fáctica de subordinación.

A ello, se valora por los articulistas que este desarrollo del Derecho del Trabajo, es cierto que se consolida en el siglo XX, pero en el siglo XXI evoluciona hacia otras formas de conformar la relación laboral, con el uso de las TIC, ello es un hecho jurídico en la denominada economía de plataformas en la web 2.0 donde el trabajador digital interactúa.

1.1. Análisis histórico del Derecho del Trabajo en el mercado laboral del siglo XXI

El siglo XXI, se destaca por haber revolucionado el Derecho del Trabajo, construido a partir de delimitar qué tipo de trabajos se regulaban en el mismo, se inicia desde el diseño de la regulación de los actores presentes en el mercado laboral, con la impronta de un trabajo subordinado, articulado en el intercambio de servicios profesionales, con un contrato de trabajo, denominado Trabajo por Cuenta Ajena desde la teoría analizada (De Buen Lozano, 1980).

La aplicación del Derecho del Trabajo a las actividades por cuenta ajena es pertinente de manera automática, solo basta con la presencia de las notas de la laboralidad definidas por el legislador como son: la ajenidad y dependencia, que no son las únicas, pero le caracterizan de forma distintiva en este análisis (De Buen Lozano, 1980).

Otro elemento que está presente en este análisis por su relación con el objetivo del artículo, es el trabajo autónomo, al ser el centro del análisis, como la forma no asalariada que tiene mayor presencia en el mercado laboral en el mundo y mayor grado de regulación, convirtiéndose en un modelo alternativo de ordenación del trabajo. De esta manera, se aprecia como compite con el trabajo asalariado, aunque le faltan notas distintivas que lo identifican como la ajenidad y la dependencia, siendo un trabajo por cuenta propia y autónomo, es un trabajo no asalariado, ejecutado por el sector privado.

Desde aquí, que, en este nuevo milenio, desde la teoría del Derecho del Trabajo, se justiprecie que las figuras de las prestaciones de servicios no encajan en estos modelos tradicionales analizados desde la teoría del Derecho del Trabajo tradicional, es por ello, que deberá regularse esta modalidad de relación jurídica laboral en plataformas, al modificarse sus pautas tradicionales.

Este nuevo modelo que emerge en el siglo XXI, se distingue en sus notas distintivas por la finalidad del intercambio, la falta de empleador por trabajar para la economía doméstica (trabajo familiar y doméstico), y se le distingue además por tener un marco jurídico alternativo para el intercambio, conocido como trabajo cooperativo en la plataforma digital web 2.0.

El Derecho del Trabajo, al emerger como una disciplina jurídica autónoma, en un momento histórico determinado y estrechamente vinculado a un modelo económico y de producción, ha tenido efectos sobre la organización del mercado de trabajo en particular. La explicación del orden causal del Derecho del Trabajo, exige identificar su surgimiento con una etapa en la que la prestación de trabajo asalariado se configura en forma generalizada, al influjo de la sociedad liberal y cuando dicha realidad social, por ende, se convierte en elemento de identidad del sistema. Con el advenimiento del capitalismo

y las innovaciones técnicas que transformaron la estructura de la producción –principalmente industrial– comienza a proliferar el trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y salarialmente retribuido, reemplazando así la organización productiva anterior (Palomeque y Álvarez de la Rosa, 2016).

Como se destacó por la OIT (2020): “...*Casi todos los términos de servicio de las plataformas contienen cláusulas de acuerdo con las cuales los trabajadores afirman ser trabajadores independientes o contratistas independientes [...A pesar de ello,] muchos términos de servicio también imponen restricciones a la autonomía del trabajador que son incompatibles con el empleo independiente...*”

Con posterioridad, la OIT publica en el año 2021 el informe “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”, partiendo de la afirmación del cambio en el mundo del trabajo a raíz de la influencia de las plataformas, en el marco de las economías digitales, situación acelerada y consolidada por la pandemia del Covid-19. En consecuencia, se justiprecia como el Derecho del Trabajo, tanto desde el punto de vista del concepto y extensión tradicional del elemento de la subordinación, como de sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades que hoy se contextualizan en el siglo XXI, como es el caso del trabajo 3.0 en la economía de plataformas.

1.2. El trabajador digital. La laboralidad en la economía de plataformas

La definición desde la plataforma Nubelo, define al trabajo 3.0 como “la nueva forma de trabajar, y se lleva a cabo a través de plataformas de gestión de trabajo online en la web 2.0”. En la enciclopedia de Wikipedia, en la pesquisa realizada, aparece otra definición, más precisa de la aportada por Nubelo, se denomina al trabajo 3.0 (en inglés: work 3.0; en francés: travail 3.0) a la modalidad de trabajo desarrollada exclusivamente online, y basada en las plataformas de gestión de trabajo y negocios ofrecidas por las TIC, herramientas colaborativas que permiten la gestión del trabajo a distancia por los trabajadores digitales.

Se denomina Trabajo 3.0 (en inglés: work 3.0; en francés: travail 3.0) a la modalidad de trabajo desarrollada exclusivamente en línea, y basada en las plataformas de gestión de trabajo y negocios ofrecidas por las TIC, herramientas colaborativas que permiten la gestión del trabajo a distancia.

El trabajo 3.0, implica cambios en el mercado laboral tradicional: tanto para los particulares y las empresas, pueden contratar trabajadores en cualquier lugar del mundo a través de la plataforma digital, y el trabajador con ello no necesita acudir a una oficina, sino que puede hacer su trabajo desde cualquier ordenador o dispositivo móvil que posea conexión a internet y el software adecuado para desarrollar su trabajo en línea. El término 3.0 se utiliza para describir la evolución de más actualidad en el uso de internet y de las formas de interacción en la web 2.0

De este modo, se analiza como el trabajo 3.0, permite reunir en un mismo escenario on line a trabajadores híbridos y trabajadores *freelance*, los que no necesariamente

necesitan de una plataforma para trabajar por proyectos, sino que se conectan de manera offline con las compañías. El trabajo 3.0 plantea nuevas reglas en las cuales los trabajadores dejan de pertenecer de forma exclusiva a una organización, para desarrollarse de manera mixta.

Se demuestra, en este análisis que en el trabajo 3.0, hay una mutación con la aparición de nuevas formas de dependencia, concebidas por las herramientas que aportan las TIC, dando lugar a lo que denominan algunos autores dependencia tecnológica, dependencia que se deriva de las nuevas manifestaciones del poder del empresario, a través de medios informáticos, según la postura de Sempere Navarro (2002).

El trabajo 3.0 de reparto de alimentos y otros bienes y servicios a través de plataformas digitales, es una actividad que se concentra mayoritariamente en los hombres jóvenes como característica. Que pueda ser por los riesgos que conlleva en la acción de reparto en los lugares de entrega. El que estuvo acelerado por el confinamiento con el Covid-19.

De acuerdo con Suárez (2018), la figura del trabajador autónomo ha sido reconocida por la legislación y la doctrina internacional como una forma de prestación de servicio realizada por una persona física a cambio de una remuneración y de manera personal, habitual, directa y por cuenta propia y que, por ende, no se encuentra bajo la dirección y administración de la organización para la cual presta su servicio. Básicamente, es la forma de prestación de servicio que se relaciona con las actividades propias de la economía de plataformas y que como tal estas personas no se consideran en sí mismas como trabajadoras por cuenta propia, sino más bien como colaboradoras.

Según Arrieta & Pizza (2017) son tres los elementos esenciales de una relación laboral: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación; precisamente la subordinación laboral es el elemento fundamental para que surja un contrato de trabajo, pues ante la ausencia del mismo el tipo de contrato sería de prestación de servicios. Permite consignar que, la laboralidad en la economía de plataformas está presente, en la que el trabajador lo hace por cuenta propia y es con ello es su mismo empleador. Claro la deuda del legislador es su reconocimiento en normas dentro de los ordenamientos jurídicos en la materia laboral. Este hecho jurídico, debe estar asentado en los ordenamientos jurídicos a partir del texto constitucional, por su vínculo con los derechos fundamentales de los trabajadores, que lo hacen a través del trabajo 3.0 en este nuevo mercado laboral apoyado en el internet, desarrollado en normas especiales en la materia laboral por el trabajador digital.

1.3. Las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones y el mercado del trabajo en plataformas digitales

Las TIC toman trascendencia en el panorama de la sociedad de la información, son instrumentos que en gran medida han facilitado la globalización y sus efectos en todas las facetas de la sociedad. Como todas las innovaciones tecnológicas fomentadas en el siglo XXI, se aprecia cómo se ha producido una reorganización del mercado de trabajo, reorganización que ha supuesto la desaparición y a su vez la aparición de nuevos empleos

y formas de trabajo, formas de trabajo en algunos casos atípicas, uno de los elementos característicos es el uso de las TIC, referenciado en sus aportes por Kahale Carrillo (2006), Llamosas Trapaga (2012), y Cuadros Garrido (2017).

El pronunciamiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), expresa: El surgimiento de las plataformas digitales de trabajo ha supuesto uno de los cambios más importantes acontecidos en el mundo del trabajo en los últimos años. La economía de plataforma se basa en las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (una modalidad también conocida como *crowdwork*), y las aplicaciones (o apps) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas. Estas tareas suelen llevarse a cabo a nivel local y están orientadas al servicio, como el transporte, las compras o la limpieza de casas, la OIT ha estado estudiando las plataformas laborales digitales con miras a comprender las repercusiones de esta nueva forma de organización del trabajo en los trabajadores y el empleo en general (OIT, 2015).

Otros autores, como Cedrola Spremolla (2017), refiere que una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla entre los individuos, las que favorecen de esta manera la conexión entre la oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente).

En este análisis Rodríguez (2019), considera desde su postura que las diversas plataformas digitales que hoy se utilizan generan diversas fuentes de empleo, las que generalmente se los cataloga como autónomos, porque el trabajador de cierta manera puede decidir sobre algunas cuestiones inherentes a la actividad, pero está subordinado a patrones técnicos y de calidad que son muy rígidos y que se traducen a que son dependientes en un mercado altamente competitivo.

Por ello, se analiza como la calificación jurídica de las plataformas digitales, al decir de Martín (2019), al referir que dependerá mucho de la forma en que estas realicen la actividad, ya sea operando como intermediadoras o prestando un servicio físico, y su relación con los terceros o colaboradores y en simultáneo una posible relación de carácter laboral entre aquella y los últimos.

De aquí, que el reto del desarrollo de las tecnologías, y la aparición de las plataformas digitales denominadas "*gig economy*" ha venido a desconfigurar las relaciones tradicionales de trabajo, y la nueva concepción del modelo de empresa, una parte de la doctrina la denomina "huida del derecho de trabajo", como elementos que han planteado un reto para los estudiosos desde diversos saberes. Desde el Derecho Laboral este fenómeno social analizado desde la impronta digital, se ha ido multiplicando a escala mundial con la pandemia del Covid-19 (Martín, 2019) ante el confinamiento en los hogares para mitigar el índice de contagiados.

Empero, no todas han sido reconocidas dentro de los ordenamientos jurídicos, lo que ha generado desproporción en el reconocimiento de derechos, garantías hacia los

trabajadores y la implementación de políticas públicas relativas al uso y aplicación de plataformas digitales como un medio de empleo digno (Rifkin, 2003). De aquí se valore la necesidad de su estudio desde la academia y de su regulación normativa.

Se aprecia en el análisis, como algunos autores han llegado a confundir el subempleo como una forma de emprendimiento, llegando a reconocer que esta modalidad de empleo se traduce a un modelo por cuenta propia, que no considera los mínimos derechos laborales como son salario digno, estabilidad laboral, y seguridad social, entre otros aspectos fundamentales que conlleva una relación laboral.

En consecuencia, se colige que es pertinente que en base al estudio de la economía colaborativa, la que como se analiza agrupa a los trabajos que se realizan a través de estas plataformas digitales con la ayuda de las TIC, con la nota distintiva de un modelo empresarial distinto al tradicional, para que desde la norma suprema tenga un reconocimiento, incorporándole en el Código de Trabajo dentro de sus articulados, con estudios desde la academia por ser un tema transdisciplinario, que permita el fomento de políticas públicas que promuevan un efectivo goce de los derechos fundamentales en el ámbito del estudio del trabajo 3.0 a los trabajadores digitales.

Su génesis ha sido el teletrabajo, concebido como la utilización total o parcial de las TIC en la plataforma 2.0, esta les permite el acceso a los trabajadores a ejecutar su actividad laboral desde un lugar físico fuera de su centro laboral. Puede ejecutarse en la modalidad trabajo en casa o móvil utilizando para ello las herramientas tecnológicas. En su evolución, se aprecia cómo en la actualidad, se impone con gran fuerza nuevas formas de relación laboral, caracterizado por un trabajo desarrollado enteramente online a través de plataformas diseñadas específicamente para ello, y contratando profesionales en régimen laboral como *freelance*. Se propicia con ello el fomento del trabajo 3.0 en las naciones con la pandemia del Covid-19 como ya fue precisado con anterioridad.

Son elementos que demuestran que, el trabajo 3.0 constituye una evolución del teletrabajo, como modalidades del trabajo a distancia. Las dos formas citadas realizan trabajo a distancia, utilizan TIC en la plataforma digital web 2.0, y revolucionan los referentes teóricos del Derecho Laboral en lo referente a la relación jurídica laboral tradicional a una relación jurídica laboral telemática.

1.4. La economía colaborativa en la plataforma digital

A principios del siglo XXI, se visualiza como las empresas empiezan a implementar sistemas de producción de bienes y servicios diferentes a los tradicionales, debido a los avances en las TIC y las novedades con respecto a la forma en que los consumidores usan y comparten bienes y servicios como era tradicional en el pasado siglo. Estos nuevos modelos y sistemas de producción es lo que se denomina economía colaborativa, al decir de Sastre-Centeno & Inglada-Galiana (2018).

La economía colaborativa (*sharing economy*), se aprecia como originalmente se concibe como una nueva forma de organizar las relaciones económicas sin la mediación

de los mercados y de los mecanismos jurídicos de intercambio tradicionales desde la teoría analizada. Se apoya en soportes tecnológicos, basada en relaciones de confianza, sin el uso de medios de cambio. Trae consigo una nueva realidad instaurada a través de los medios informáticos con nuevas formas de trabajo en la web 2.0.

El trabajo en las plataformas digitales, se valora como tiene poco que ver con la economía colaborativa, a pesar de que en unos primeros momentos adoptara esta denominación y se apropiara de algunos elementos culturales de esta. El elemento en común era la idea de mercado digital, a través del que se hacen intercambios impensables en los formatos tradicionales, con una mayor rapidez acortando la distancia, con el uso de los celulares inteligentes (APK).

Muchos de estos modelos de negocios se insertan dentro de la denominada “economía colaborativa”, definida por la Comisión Europea (CE) como: modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos por particulares. En su inicio, era concebida como un intercambio entre particulares de forma temporal de bienes y servicios, en una segunda fase se introdujo el elemento tecnológico, las plataformas, por medio de las cuales se comunicaban los oferentes y demandantes de bienes y servicios. La definición aportada por la CE, se habla de un intercambio, que responde a una necesidad o demanda (Plaza Angulo, 2018), (Martín Carretero, 2018).

Para el Comité Económico y Social Europeo (CESE) “puede representar una oportunidad para retomar la senda de un desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social, y armónico con el planeta en lo ambiental”. Ejemplo de manifestaciones de la economía colaborativa se aprecian en el contexto mundial con la plataforma digital Spotify, para la música en streaming. Para las viviendas de alquiler están la plataforma digital HomeAway y AlterHome; queda claro que, la economía colaborativa implica cambios a nivel jurídico, especialmente en el ámbito tributario y en el ámbito laboral como ya se ha señalado.

Se cierra, afirmando que la economía colaborativa es una nueva realidad que trae el siglo XXI, se encuentra regulada en tanto que pueda existir, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, etc., y se avizora que permanecerá por muchos años. Por ello requiere estudios desde la academia para su adecuado asentamiento legal en la teoría del Derecho Laboral, y fomentar políticas públicas que protejan los derechos laborales por la Administración Pública.

1.5. El trabajador autónomo. Las nuevas formas de relación laboral

La evolución de la red internet en la plataforma 2.0, ha introducido cambios en la forma de relación de los ciudadanos a escala global desde su antecesor, el teletrabajo. El mercado laboral no es ajeno a esta situación, puesto que, en la búsqueda de empleo, la selección de los recursos humanos se aprecia como hoy impactan a los trabajadores ante esta realidad digital del siglo XXI, hoy reta a las empresas del sector público como actores económicos,

desafiándolas a incursionar y mantenerse actualizadas en el uso de los medios que Internet pone a disposición con el uso de herramientas digitales como se ha citado.

A través de la plataforma 2.0, hay nuevas formas de buscar empleo en la web o en las redes sociales, y de seleccionar el personal. Cambios que se manifiestan en la forma en que se contextualiza el trabajo, evolucionando desde el teletrabajo como se refirió, al trabajo 3.0, basados en las herramientas y aplicaciones de las TIC, y la prestación a distancia, incorporando la figura del trabajador *freelance online*, que es su propio jefe y decide cuándo y dónde trabajar, y que desarrolla su actividad a través de plataformas diseñadas a estos efectos.

Con la llamada revolución *freelance*, supone la multiplicación de formas de trabajo autónomo o de microempresas, diferentes del trabajador por cuenta propia tradicional, que se está generalizando en las economías desarrolladas. Es una nueva forma de afrontar la actividad profesional para las personas, como otra manera de obtener servicios y bienes en el mercado para satisfacer necesidades de consumidores y empresas del sector público y el privado.

Hoy la figura del *freelance* se convierte en un nuevo paradigma del mercado de trabajo, junto al asalariado y al autónomo más convencional; con una relación menos continua con el mercado y una menor inversión en infraestructura que éste último, comparte sin embargo un mismo esquema jurídico para articular la prestación de sus servicios. Las plataformas digitales que ofrecen servicio de entrega a domicilio y sus trabajadores convienen en contratos de naturaleza civil y mercantil.

Nos apoyamos con esta afirmación, al analizar como la OIT (1999) quien definió al teletrabajo como “un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías”.

Luego en el año 2005, la propia OIT lo hace de la siguiente manera “Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”.

Opinan Cataño & Gómez (2014) al describir en su análisis que, de acuerdo a la OIT el teletrabajo es una modalidad de empleo en donde su característica principal es la que la actividad la realiza fuera de la oficina habitual de trabajo, alejándose así de su rutina y contacto con los demás compañeros de trabajo y de su empleador, utilizando para ello las tecnologías de la información y comunicación.

Queda claro que, las innovaciones tecnológicas han producido una revolución importante en el mercado laboral, imponiendo nuevas reglas de búsqueda y selección de empleo. Tradicionalmente la búsqueda de empleo y la selección de personal se basaban en el contacto directo entre el postulante y el futuro empleador, donde el siglo XXI no necesariamente concurre de esta forma. La plataforma 2.0 brinda servicios interactivos basados en internet, permite a las personas colaborar y compartir información, al contener cuatro componentes esenciales: contenidos creados por los usuarios, las redes sociales, las aplicaciones en línea y las herramientas de colaboración.

Las plataformas digitales a través de aplicaciones informáticas ofrecen servicios de entrega a domicilio ya sea de productos o servicios que deseen adquirir los consumidores, las personas que laboran para estas plataformas son consideradas por ellos como trabajadores autónomos. Aunque claramente existe un debilitamiento de las clásicas notas de laboralidad relacionadas con el tiempo de trabajo, procede determinar si este, atendiendo a las demás características de la prestación de servicios, es suficiente para desvirtuar la existencia de un trabajo dependiente y, por tanto, excluir la aplicación de derechos y obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social.

Desde el punto de vista de Gurruchaga (2018) las relaciones laborales, en determinadas circunstancias es complicado discernir entre los contratos mercantiles o civiles y el contrato laboral. Hay ocasiones en las que las líneas que separan unas relaciones y otras son imprecisas. En el caso que nos ocupa, el grado de dependencia entre los prestadores de servicios y la plataforma es muy bajo comparado con los de un trabajador tradicional vinculado a una sociedad por un contrato laboral. Esa es una de las líneas que entrañan mayor dificultad a la hora de calificar una relación como laboral o para diferenciarlo de otras figuras similares. Lo que a consideración de los autores del artículo requieren estudios e investigaciones desde la academia y la praxis jurídica, incidentes en la creación de la futura normativa jurídica.

1.6. El trabajo digital en plataformas

El trabajo 3.0 se ha generalizado en todas las economías, ello ha sido como consecuencia de los cambios tecnológicos, organizativos, económicos y productivos con el uso de las TIC. Aunque se identifica de forma unitaria, presenta una marcada diversidad en su ejecución, toda vez que cada una de sus modalidades genera su propia problemática. El trabajo 3.0 o en plataformas en la era digital, se basa en un elemento no sólo tecnológico sino también organizativo, el de la plataforma como el punto de intercambio virtual a través del cual contactan oferta y demanda de servicios. La denominación de plataforma se ha generalizado para denominar a múltiples de éstas, y las mismas empresas que las constituyen la utilizan, en muchos casos en combinación con la idea de economía colaborativa. Se habla, así, de “plataformas de economía colaborativa” para referirse a multitud de éstas, en realidad con una gran diversidad entre ellas.

Ejemplo de lo señalado se contextualiza con el curriculum vitae (CV) de un profesional, como la herramienta para quienes buscan empleo, para ello, surgen formas innovadoras las que permiten lograr mayor visualización de las aptitudes laborales, a través de los llamados curriculums por infografía, al permitir tomar y asociar los datos a la red LinkedIn; aunque hay varias herramientas de este tipo que se encuentran disponibles en la web 2.0 para socializar la hoja de vida profesional. Los postulantes pueden valerse es del teléfono inteligente, toda vez que se han desarrollado aplicaciones que permiten recibir ofertas de empleo en el dispositivo celular (APK), como de otros medios informáticos.

Se afirma con ello que, el uso de Internet ofrece nuevos conceptos como el de teleselección o el *e-recruiting* para hacer referencia a la selección y contratación de personal a través de Internet. Los postulantes y las empresas encuentran en Internet un ámbito de comunicación e intermediación laboral más amplio, diverso y en menor tiempo.

Otros ejemplos clásicos del trabajo 3.0 en plataformas es el *Deliveroo*, se dedica a la comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio. Para llevar a cabo esta actividad establece contratos con terceros para que actúen como repartidores, los productos transportables se realizan a través de bicicletas o motocicletas con mochilas preparadas para el traslado de alimentos (térmicas) y uniformes. Para hacer llegar estos productos a los clientes la empresa cuenta con trabajadores denominados “*glovers*”, los cuales disponen de una aplicación propiedad de la empresa para la prestación del servicio, mediante la cual reciben los pedidos y se comunican con la empresa. Usa para ello la plataforma digital *Telegram* a través de un grupo de chat.

Otro clásico del trabajo en plataformas es el Uber, esta se dedica a la transportación de pasajeros, dispone para ello de una aplicación easy taxi en los celulares inteligentes al poner en contacto al pasajero y al conductor. Esta plataforma nació en Estados Unidos en 2009 y hoy en día opera en la mayoría de los países. Otros ejemplos son Bla Bla Car, Airbnb, Wallapop, Globo, Taxi Cabify, Taxibeat, Didi, Easy, los que tienen por objetivo conectar la oferta con la demanda a través de la web 2.0.

En este análisis, Gustavo Gauthier (2016) indica que el desafío del Derecho Laboral no pasa por forzar la aplicación de sus normas y categorías a realidades que difieren a las que originaron su surgimiento, el desafío pasa por plantearse una nueva regulación que contemple estas nuevas realidades con el uso de las herramientas de las TIC para el trabajador digital. Ello se constata con la incidencia de las TIC en el contrato de trabajo y la relación empresario-trabajador, la introducción de estas herramientas tecnológicas ha propiciado una mutación de las características básicas del trabajo como se concebía en el siglo XX, modificándolo y adaptándolo a la nueva realidad del actual siglo. Hoy hay una dependencia tecnológica, la que se robustece con el uso de los teléfonos inteligentes, con las APK como ha sido reseñado.

Una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla, entre individuos, favoreciendo de esta manera la conexión entre oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente).

Son elementos que signan a criterio de los articulistas que, la economía colaborativa ante esta nueva realidad se encuentra regulada en tanto que, pueda existir en el actual siglo, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, en el servicio de alimentos, y otras actividades que se irán sumando.

El nuevo campo generado por la economía colaborativa, con el uso de la inteligencia artificial, el big data, y la internet de las cosas, inobjetablemente producen cambios en

materia laboral, hecho que provoca nuevos retos al Derecho Laboral en esta 4^{ta} Revolución Industrial. La OIT en este sentido, tiene el reto de regular estas nuevas modalidades de trabajo, las que aún no han sido resueltas en la materia laboral, en particular con el mercado laboral. De aquí los Estados la reconocerán en sus ordenamientos jurídicos.

2. Análisis del trabajo digital en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano

El Programa Regional de Empleo en América Latina (PREALC), aporta una definición sobre el sector informal, compuesto de una fuerza de trabajo, que es creada por las limitaciones estructurales que han sido puestas al sector formal. Dice que el origen del sector informal ha dado (como consecuencia) un crecimiento urbano, que es capaz de absorber la mano de obra. Es decir, los desplazados se encuentran sin tener trabajo en el sector privado y generan sus propias oportunidades de empleo.

Según la postura de Hernando (2013) un emprendedor es: "...Una persona que identifica oportunidades de negocios y organiza los recursos necesarios para aprovechar estas circunstancias. Los emprendedores pueden ser trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena..."

Teniendo en cuenta al aporte de Giurfa (2010), quien reflexiona en relación al debate que se genera en torno a cuál es el término correcto, si emprendedurismo o emprendimiento, se refiere al emprendimiento como: "la actividad iniciada por el emprendedor con objetivos y medios para llevarlos adelante"; y finalmente se refiere al término emprendedurismo: "cuando se mencionan los estudios, las dinámicas sociales, las teorías, la herramienta, la política que tiene su atención en el emprendedor o en su actividad en general".

Contexto cubano: se puede precisar que los antecedentes históricos y legislativos que aparecen en el ordenamiento jurídico sobre la actividad vinculada al Trabajo por Cuenta Propia (TCP), comienzan aparejado a la llegada de los colonizadores a Cuba, toda vez, que por el primitivo grado de desarrollo social existente, los actos vinculados a la actividad del comercio eran incipientes, incluso las primeras relaciones comerciales fueron de tipo exterior, entre grupos geográficamente distantes que practicaban el trueque como una de las formas de esta actividad mercantil.

Es así, que a ello se le unió un nuevo elemento: el transporte y hasta que ello no cobró fuerzas no se multiplicó y sistematizó la actividad comercial. Para ello, el uso de la moneda como un medio de pago e instrumento para adquirir mercancías de otras especies, trajo consigo la disminución paulatina de las "permutas" directas.

Hay que referir que, por el nexo con la actividad mercantil, se demuestra en el Código de Comercio de España de 1885, surge para Cuba una legislación mercantil, la que comenzó a regir en el país por Real Decreto de 1886, como una legislación de ultramar. Aunque desde el 1876, se había fundado la Junta General de Comercio de La Habana, que agrupaba bajo su directiva a varios comerciantes e industriales de la época. Institución mercantil, que fue transformándose al cambiar de nombre varias veces, hasta

que en el 1927 adoptó la denominación de Cámara de Comercio de la República de Cuba, la cual solo pasó a ser un organismo autónomo mediante la Ley N°. 1091 de 1963 (Cañizares Abeledo, 2012).

Con el triunfo de la Revolución en 1959, toda la base económica y social del país sufrió transformaciones radicales, pasando a las formas de gestión estatal todos los sectores de la producción mercantil, desde los grandes hasta los pequeños negocios. Siendo estos, los últimos en desaparecer tras la ofensiva revolucionaria de finales de la década del 60' del siglo XX, con lo que se abrió paso a la preponderancia del sector estatal sobre el sector privado a partir de la nacionalización realizada.

Como consecuencia, derivó que la actividad privada en Cuba durante la primera etapa revolucionaria tuviera varios momentos, a pesar de que las reformas económicas y sociales llevadas a cabo para la naciente construcción del socialismo con la nacionalización; empero, siguieron coexistiendo algunos trabajadores privados, concentrados fundamentalmente en campesinos individuales, transportistas y algunos médicos y estomatólogos (con títulos otorgados antes del triunfo revolucionario).

Para armonizar todo el proceso que se estaba llevando a cabo en el orden interno en la nación, fue proclamada en 1976, la Constitución de la República de Cuba, regulando en sus artículos, los derechos, deberes y garantías fundamentales para los trabajadores, así como el reconocimiento de la propiedad personal, sobre ingresos, ahorros, bienes provenientes de trabajo propio, medios e instrumentos de trabajo, siempre que no sean utilizados para la explotación del trabajo ajeno, como lo pondera Mondelo Tamayo (2015).

La figura jurídica analizada, es reconocida en el orden legal en Cuba mediante la implementación del Decreto Ley N°. 14 de 1978, del extinto Comité de Trabajo y Seguridad Social, con el objetivo de revitalizar el trabajo por cuenta propia, a raíz de que con el triunfo de la Revolución toda la economía pasó a manos del Estado.

Como consecuencia de estas modificaciones constitucionales, continuaron decretándose normas jurídicas con el propósito de regular las relaciones laborales del sector estatal de la economía, sin descuidar las enmarcadas en el sector privado; a tales efectos se dictó la Ley N°. 49 Código del Trabajo de 1984; cuerpo jurídico que reguló lo concerniente a las relaciones entre las administraciones y los trabajadores y entre los propietarios del sector privado y los trabajadores asalariados. Siendo oportuno recabar que, el sector privado en esta etapa estaba representado fundamentalmente por los pequeños agricultores y en proceso de acomodo a los TCP.

En su devenir en el tiempo, no es hasta la década de los 90' que concurren otros cambios, que han tenido una mayor reapertura, debido, entre otras causas, a la crisis económica, a la insuficiencia del surtido de la oferta estatal a la población, y a la incapacidad por parte del Estado de generar nuevos empleos. Por lo que, resultó necesario tomar algunas medidas económicas, en aras de satisfacer las demandas del pueblo, como fue la ampliación de las actividades por cuenta propia, como alternativas de empleo, disminuyendo así la economía sumergida en el país dentro de este período de tiempo. Su consecuencia estuvo vinculada a la debacle del bloque socialista en los países europeos.

Luego, con la modificación ejecutada en 1992, con la Ley de Reforma Constitucional, se introducen reformas en el país, que requerían de respaldo constitucional y legal. En este sentido, se implantaron en el país otras formas de propiedad, como la tuyen conforme a la Ley. Además, fue necesario incluir en el texto constitucional las obligaciones y derechos de los extranjeros, como se refiere por Antúnez Sánchez (2013) y Mondelo Tamayo (2015).

En septiembre de 1993, en las normas de desarrollo en materia laboral, entra en vigor el Decreto Ley N° 141, el que derogó al Decreto Ley N° 14 del 1978. Mediante la implementación esta nueva norma, se aprecia cómo se amplió el trabajo por cuenta propia, al considerarlo como un sujeto de la economía cubana.

Posteriormente en su evaluación, en el año 2002, fue modificada nuevamente la Constitución cubana, con el fin de proporcionarle mayor protagonismo a la actividad de los organismos estatales, la necesidad de encontrar vías para hacer aún más representativas las instituciones democráticas y en consecuencia adoptar decisiones con vistas a perfeccionar sus estructuras, atribuciones y funciones de dirección en sus instituciones. A partir de este momento y hasta la actualidad, continuó vigente la Constitución promulgada en 1976, con las modificaciones realizadas en los años 1978, 1992 y 2002.

En resumen, se demuestra que, con el decursar de los años, el Estado cubano facilitó un mayor espacio del ejercicio de la actividad por cuenta propia y se estima que las actividades recogidas en las disímiles normativas aprobadas al respecto no sólo han constituido una fuente emergente de empleo, sino que complementan la actividad estatal y la oferta de bienes y servicios no existentes en los mercados estatales con esta nueva forma de gestión, con la conducción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS).

Luego de varios estudios realizados desde el año 2010 por parte del Estado, arrojaron la necesidad para el propio Estado de dejar de tutelar algunos renglones de la economía y así descentralizar la carga que este tenía, en respuesta al proyecto de los Lineamientos del Partido Comunista; se avizora con ello lo relacionado con la modificación de la estructura del empleo, la reducción de las plantillas infladas, así como el fomento e incremento del trabajo no estatal. Considerando que es a partir de este momento que el TCP recibió un fuerte impulso en Cuba en la actualización del modelo económico, el que como ya se ha citado no ha tenido una mirada adecuada desde la impronta del Derecho Mercantil, con su regulación en el Código de Comercio de la nación desde ultramar.

Se pondera que, sobre el análisis del emprendimiento en Cuba, no surge en el 2010 del siglo XXI, desde mucho antes ya existían experiencias de apertura a los emprendimientos. Puede colegirse que en 1979 y también en los años de la década del 90' se realizaron aperturas en las que estuvieron presentes, aunque sin un desarrollo adecuado ni reconocimiento como tal al emprendimiento como institución jurídica. Su causa fue la debacle del campo socialista y los efectos adversos a la economía nacional que trajo como consecuencia.

En este sentido, Ferriol Molina (2009), es del criterio de que, junto a la introducción creciente de los logros de la microelectrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque hay que reconocer que no para todos ni de modo equitati-

vo, se propugna además la disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social.

Se afirma que, las diversas regulaciones que se han realizado en el ordenamiento jurídico cubano al TCP, cuyo organismo rector de su control público es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en otorgar la licencia, y que concomitante con este OACE también interactúan el Ministerio de Salud Pública quien otorga la licencia sanitaria, el Ministerio de Finanzas y Precios (ONAT) sobre la política tributaria, y otros OACE en atención al tiempo de permiso a tramitar.

Sin embargo, no es sino hasta el año 2011, que se aprecia como el TCP resurge con fuerza y se convierte en una alternativa de empleo y búsqueda de calidad de vida para una parte importante de la población cubana. La continuidad de los cambios legislativos, la relación jurídica del TCP aparece regulada en el Código de Trabajo, Ley N.º 116 de 2013 y su Reglamento Decreto No. 326 de 2014.

Con la aprobación de las licencias del trabajo por cuenta propia otorgadas por el MTSS, la complementación de los negocios a la cadena de bienes y servicios nacionales se ha hecho cada día más visible. Un claro ejemplo, se visualiza con los hostales y restaurantes, los que han jugado y aún juegan, un rol importante en la oferta turística del destino Cuba para los que nos visitan. No quedan detrás los transportistas privados, quienes son un sostén fundamental de la movilidad en el país ante la falta de transporte público por el Estado; también, los contratistas y cooperativas de la construcción tienen cada vez mayor presencia en los procesos constructivos de obras públicas y privadas.

Establecidas como se reseñó en el ordenamiento jurídico a tenor del Código de Comercio, donde se le reconoce personalidad jurídica al empresario individual mercantil (o comerciante), siempre que cumpla con los requisitos legalmente establecidos de capacidad legal, ejercicio habitual del comercio, ejercicio del comercio en nombre propio y que la actividad a desarrollar esté autorizada por la Ley. Por lo tanto, se afirma que en Cuba el TCP es un empresario mercantil individual, pero que por una decisión del Estado (Administración Pública), se regula su actividad de forma diferente a la establecida en el ámbito mercantil internacional doctrinalmente. También se puede mencionar que al TCP se le pudiera ver en dos aristas; una desde la mercantil fundamentándose con los criterios antes expuestos y, otra, desde la óptica laboral, viéndolo como una persona que realizando algunas de las tareas reguladas para ello lo haga sola, de forma que no necesite la intervención de un tercero para su desarrollo no tiene una relación jurídica de carácter laboral porque no se encuentra subordinado jerárquicamente a ninguna otra persona, el resultado de su trabajo le es propio, no posee salario, está sujeto a la ley de la oferta y la demanda y sus ingresos varían en dependencia de esta.

La Ley N.º 116 de 2013, Código del Trabajo, en su artículo 4 sobre la relación entre el empleador y las personas nacionales y extranjeras. Señala como sujetos el trabajador y el empleador. Labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración; disfruta los derechos de trabajo y de seguridad social y cumple los deberes y obligaciones que por la legislación le corresponden. Concertada bajo un contrato de trabajo escrito o verbal. Pero no se regula el trabajo 3.0 en la plataforma digital.

Con la aprobación de la Constitución en el 2019, en la actualización del modelo económico y social, se regula en el artículo 22: Se reconocen como formas de propiedad, las siguientes: d) privada: la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía. Elemento incidente, en el desarrollo del ordenamiento jurídico, con nuevas modificaciones en su marco jurídico, con la promulgación del Decreto-Ley N° 356 Sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia en 2018, con el Decreto-Ley N° 366, De las Cooperativas No Agropecuarias en 2018, y el Decreto Ley N° 383 Modificativo del Decreto Ley N° 356 Sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia de 2019.

Lo que, concomitante con este análisis en el desarrollo del artículo, se valora que los campesinos y la producción agropecuaria del país son otro punto a estudiar. Entre las cooperativas y los campesinos independientes son responsables de alrededor del 80% de la producción agropecuaria del país, y son empresarios privados.

En su continua evolución, en su normativa legal han sido establecidas nuevas modificaciones, con el Decreto Ley N° 44 de 2021, Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia. Cuerpo legal que define en el artículo 2: El trabajo por cuenta propia es la actividad o actividades que, de forma autónoma, realizan las personas naturales, propietarios o no de los medios y objetos de trabajo que utilizan para prestar servicios y la producción de bienes.

También, vinculante al tema, se dispone en el Decreto Ley N° 46 de 2021, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas, se dispone en el artículo 1: El presente Decreto-Ley tiene por objeto regular la creación y funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, en lo adelante MIPYMES.

Artículo 3.1: A los efectos de esta norma se entiende como MIPYMES, aquellas unidades económicas con personalidad jurídica, que poseen dimensiones y características propias, y que tienen como objeto desarrollar la producción de bienes y la prestación de servicios que satisfagan necesidades de la sociedad.

2. Las MIPYMES pueden ser de propiedad estatal, privada o mixta

Artículo 11: Las MIPYMES se constituyen como sociedades mercantiles, que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, en lo adelante SRL, mediante escritura pública, la que se inscribe en el Registro Mercantil y con su inscripción adquieren personalidad jurídica.

Otro cuerpo jurídico vinculado al tema analizado, es el Decreto Ley N° 47 de 2021, De las Cooperativas No Agropecuarias, en su Artículo 7. La cooperativa es de trabajo y se constituye como mínimo por tres personas, denominadas socios, donde cada uno tiene como principal contribución su trabajo personal, sin perjuicio de los aportes que realicen por mandato de la ley o voluntariamente, con arreglo a lo dispuesto en este Decreto Ley.

Se adiciona además un nuevo Organismo de la Administración Pública, para emitir la aprobación de las MIPYMES, el Ministerio de Economía y Planificación y en la

parte normativa para su constitución el Ministerio de Justicia, a través de la institución del notario público para su conformación como persona jurídica como una forma asociativa de Sociedad mercantil de Responsabilidad Limitada desde la teoría del Derecho Mercantil. Los que se unen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a la ONAT, para los procedimientos administrativos.

La reforma del Trabajo por Cuenta Propia precisa, antes que todo, de un reconocimiento de su personalidad jurídica como ente capaz de relacionarse con cualquier otro tipo de organización y con las responsabilidades y derechos reconocidos en el Código de Comercio. Aunque se hace la acotación que es contrario a lo establecido al Código de Comercio, en relación al registro de los comerciantes y su autorización.

El Plan 2030 en su eje estratégico Potencial Humano, ciencia, tecnología e innovación, plantea en su quinto objetivo el fomento de “una cultura que propicie la vocación científica, innovadora y emprendedora en todos los niveles de la sociedad, especialmente en edades tempranas” (PCC, 2016). Este es un reto que le corresponde a la universidad cubana fomentar acciones de capacitación para potenciar la cultura del emprendimiento y el estudio de los cuerpos jurídicos vinculantes al tema.

En el contexto ecuatoriano: para empezar a laborar en estas plataformas como requisito se necesita un teléfono Smartphone y un vehículo, ya sea una moto o bicicleta. Como trabajadores autónomos, le son negados los beneficios laborales contemplados en la Constitución de 2008 y el Código del Trabajo. El artículo 8 del Código del Trabajo: 1.- Que los servicios sean lícitos y personales, 2.- Que exista una relación de dependencia y 3.- Que exista una remuneración.

El Estado, mediante el Ministerio de Trabajo, se justiprecia que no ha regulado este tipo de trabajo en las plataformas digitales de manera adecuada, eso sí ha generado oportunidades de empleos, pero se vulneran los derechos laborales de los trabajadores digitales. Es un reto para el legislador, reformar el Código del Trabajo e implementar una nueva modalidad de contrato. El ordenamiento jurídico deberá estar adaptado a una sociedad globalizada donde la tecnología es el eje principal del desarrollo económico y social.

Hay que destacar, que el contrato en estas plataformas se encuentra redactado como una actividad comercial, adolece de particularidades del Derecho Laboral para dar protección al trabajador. Así como su marco regulador en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo y en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo.

Por ende, las plataformas digitales al no establecer una relación laboral adecuada con sus trabajadores, no son considerados empleadores, por tanto no tendrán las obligaciones establecidas en el artículo 42 del Código del Trabajo, y el trabajador no goza de sus derechos laborales, no percibe una remuneración justa, no posee un seguro social, no tiene derecho a indemnización en caso de despido intempestivo y de recibir beneficios laborales como el pago de horas extras, bonificaciones, utilidades, vacaciones, entre otros.

En este sentido, las empresas transnacionales con el fin de brindar un mejor servicio a sus consumidores han desarrollado nuevas formas de ofrecer sus productos y la

mano de obra que trabaja en la empresa sea menos costosa y no implique el cumplimiento de obligaciones laborales a los trabajadores, empezando por el teletrabajo, definido como “...Una forma de trabajo desarrollada por el empresario o cliente, un trabajador autónomo o a domicilio y efectuada regularmente desde un lugar distinto al puesto de trabajo tradicional teniendo como medio de interacción la comunicación tecnológica...”

A partir del 2018, se constata como empezaron a operar en las plataformas digitales dedicadas a brindar el servicio de Delivery, término inglés que hace referencia al servicio de entrega a domicilio. En ello, Uber Eats, Glovo, Rappi son las empresas transnacionales que trabajan en estas plataformas en ciudades como Quito y Guayaquil.

2.1. Política cubana y ecuatoriana relacionada con la laboralidad desde el marco regulatorio del trabajo digital

Ferriol Molina (2019), discurre sobre la política en la relación laboral que se produce en las plataformas digitales que, junto a la introducción creciente de los logros de la microelectrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque hay que reconocer que no para todos ni de modo equitativo, se propugna además la disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social. Por otra parte, la desregulación y la flexibilización de las relaciones laborales, que han provocado sustancial afectación a los procesos de negociación colectiva y a los derechos de los trabajadores también se manifiestan como parte de los cambios expresados.

El autor del artículo considera que las políticas cubanas sobre el fomento del gobierno digital están en avances, tienen un marco jurídico que

En Ecuador, producto de la pandemia por Covid-19 se reguló por la Asamblea Nacional de Ecuador la denominada: Ley de Apoyo Humanitario que dentro de sus disposiciones reformativas establece que: Del teletrabajo.- El teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. En esta modalidad el empleador ejercerá labores de control y dirección de forma remota y el trabajador reportará de la misma manera (2020).

En el Ecuador la normativa de trabajo a criterio de los articulistas es bastante ambigua, a pesar de que la Constitución (2008) brinda una tutela general a los derechos de los trabajadores, no así la norma de desarrollo (Código de Trabajo) que no ha regulado las nuevas realidades mundiales, al no reconocer el trabajo 3.0 a través de las aplicaciones digitales y móviles en la web 2.0; por tanto, se está vulnerando los derechos de los trabajadores, al no encuadrarse dentro de la norma legal, coadyuva a que exista precarización laboral, informalidad a gran escala, e inseguridad jurídica.

2.1.2. Formas de manifestación del trabajo 3.0 en la plataforma digital (APK) en Cuba y Ecuador

En Cuba: Las formas de manifestación del trabajo 3.0 en el territorio cubano se contextualizan en el transporte privado, la entrega de comida elaborada de por restaurantes y cafeterías privadas a domicilio, en las artes, en los servicios, y otras; estas utilizan las APK en la plataforma digital con las denominaciones mandao, mercazona, comprando en Cuba, Lucy, D'Taxi, Alamesa, ToDus, E-firma, Viajando, Sandunga, Sijú, Trabajar en Cuba, Cubaempleo, Ya va, Excelencia, entre otras. Se utilizan accediendo a las redes sociales WhatsApp y Telegram.

En el Ecuador: se analiza que esta relación se ejecuta en condiciones justas, con contratos justos, de gestión justa y representación justa en las APK Uber, Cabify, Glovo (ahora PedidosYa), Rappi, Encargos y Envíos y Ocre. En realidad, son contratos de adhesión porque el prestador carece del poder para negociar las condiciones con la plataforma 2.0.

Por consiguiente, los indicios de laboralidad se constituyen sobre las características del trabajo asalariado en el modelo industrial del siglo pasado, pero el modelo de negocio de las plataformas es distinto. Por lo que, en palabras de Todolí (2018) al señalar, “es necesario buscar herramientas que permitan identificar correctamente los sujetos que necesita protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los “nuevos indicios de laboralidad” derivado de la digitalización”. Así, el test de laboralidad debe tener la flexibilidad en adaptarse a estos datos de la realidad en las plataformas digitales en la web 2.0.

Hay otra serie de características de las labores en las plataformas que pueden prestarse como indicios de laboralidad: proveer de formación, adiestramiento, guía o entrenamiento a los prestadores respecto al servicio que prestan; elegir o limitar el precio que el prestador puede percibir; realizar funciones de inventario o logística en beneficio del prestador; establecer controles de entrada en la plataforma; desactivar a los prestadores por razones de rendimiento o disciplinarias; establecer posibilidades de evaluar al prestador; no permitir que el prestador pueda compartir su reputación on line en otras plataformas; limitar las posibilidades del prestador de elegir a sus clientes; entregar al prestador algún elemento productivo necesario para la realización de la labor; exigir la exclusividad al prestador de servicios; proveer de seguro o cualquier otro elemento que reduzca el riesgo; gestionar los impuestos en nombre del prestador; etc.

APK en la nación de Ecuador: las de mayor presencialidad son Glovo, Uber Eats, Rappi, Glovo, les ofrece como opción servicios tributarios a través de la Compañía DATILS. Legalmente la figura de contrato que usa Glovo con su repartidor o Glover es un contrato Mercantil en donde GLOVOAPP ECUADOR S.A de procedencia española. Los conflictos se promueven al amparo de la Ley de Arbitraje y Mediación Uber Portier B.V es una empresa transnacional de sociedad de responsabilidad limitada constituida en Países Bajos. La forma de trabajo en esta plataforma es similar a la de Glovo, ya que igualmente se dedica a la entrega de pedidos de comida a domicilio u otros productos

disponibles en la Aplicación Uber eats. De existir controversia se soluciona a Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional.

En Ecuador, funcionan en la plataforma digital 2.0 Glovo, empresa española, Uber Eats empresa estadounidense, Rappi empresa colombiana y Picker, empresa creada en Guayaquil. Se aprecia en este análisis que, todas estas empresas tienen en común que el funcionamiento de sus aplicaciones es de manera similar y también consideran a los trabajadores de estas plataformas como “independientes” sin ningún tipo de relación contractual laboral de tipo formal.

2.2. Insuficiencias en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano del trabajo 3.0

En Cuba:

- el TCP en el ordenamiento jurídico ha sufrido diversas modificaciones desde el pasado siglo XX hasta el actual siglo XXI, lo que
- el reconocimiento del empresario privado aparece esta desde el Código de Comercio de Cuba y se reconoce en el texto constitucional de 2019
- La Ley No 116, Código de Trabajo, no reconoce el trabajo 3.0 en la relación jurídico laboral, requerido de actualización
- En la política cubana la emisión de permisos se ejecuta indistintamente por el MTSS y el MEP, en contradicción con lo establecido en el Código de Comercio, también participan el MINAL, ONAT, MINSAP, MITRANS
- La teoría del Derecho Laboral en Cuba no hace alusión al trabajo en plataformas
- No ha sido habilitado en Cuba el Registro de Comerciantes para el empresario privado, a pesar de esta establecido en el Código de Comercio de Cuba
- No hay una Ley de emprendimiento en el ordenamiento jurídico
- No hay una Ley de competencias en el ordenamiento jurídico
- No hay una Ley de empresas en el ordenamiento jurídico
- Ley de ordenación del Transporte en el ordenamiento jurídico

En Ecuador:

- Ley de Defensa de los Comerciantes Minoristas y Trabajadores Autónomos requiere actualización donde se reconozca los derechos del trabajador digital.
- Actualizar la norma laboral, que permita un contrato de trabajo y las garantías que dispone la Seguridad Social a los trabajadores digitales
- Modernizar el Estado y con ello la legislación a tono con el cambio tecnológico: invención, innovación y difusión en atención a las nuevas tecnologías disruptivas que han modificado al mercado.
- Garantizar a los trabajadores digitales los derechos sindicales a través de los gremios

3. Conclusiones

Las primeras empresas que desarrollaron un modelo de producción y distribución propio de la economía colaborativa nacieron hace más de 10 años, el Derecho tanto a nivel nacional como internacional como ciencia social, no ha sido capaz todavía de dar una respuesta clara al respecto, en favor del principio de seguridad jurídica. Las únicas líneas legislativas al respecto son las dictadas por los Tribunales, siendo estas diferentes y contrarias dependiendo del país en el que estemos.

Con la aprobación del texto constitucional cubano en el 2019, en el ordenamiento jurídico, urge actualizar el Código de Comercio, y el Código de Trabajo que permita armonizar ambos cuerpos jurídicos en relación con el empresario privado y el trabajo 3.0. Es un reto para el legislador cubano, concomitante con normas que regulen las competencias de los actores económicos en materia de empresarial, los derechos del consumidor, como se establecerá el emprendimiento, como se ordenará el transporte vinculados a la concesión de permisos que tienen los organismos de la Administración Pública en el sector privado.

Desde el Derecho Mercantil cubano, hay que establecer el Registro Mercantil como lo dispone el Código de Comercio, concomitante con los cuerpos jurídicos de las sociedades mercantiles y de asociaciones que permita la armonía jurídica y robustez cuando sean dispuestos por el legislador.

Las nuevas tecnologías rompen el patrón igualitario, y la Industria 4.0 genera un nuevo modelo de trabajo. El nuevo modelo económico, apuntalado en las tecnologías de la informática y las comunicaciones, cuestiona el sistema tradicional de relaciones laborales desde el Derecho del Trabajo ante estos nuevos paradigmas dentro de un Estado Social de Derecho en Cuba y Ecuador.

El Estado de Derecho en Ecuador y Cuba tienen un rol fundamental, desarrollando capacidades que le permitan estar presente en la periferia, en las zonas rurales, en las zonas marginales, garantizando derechos a los nuevos emergentes trabajadores digitales, e incorporando las dinámicas propias de cada territorio, de cada población, propiciando esquemas de producción de políticas con la sociedad civil, el sector privado y el sector científico.

A la universidad le corresponderá ejecutar cursos de capacitación en materia de Derecho Laboral a partir de la integración de contenidos para dotar de conocimientos a los operadores jurídicos de los medios digitales, los que han transformado la concepción de hacer negocios desde el modelo tradicional, mucho más rentables y eficientes desde la economía colaborativa, y porque no a los empresarios privados cuyo escenario laboral en las plataformas digitales en la web 2.0.

4. Referencias bibliográficas

Antúnez Sánchez, A. (2008) *El teletrabajo en Cuba*. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo N°. 51. Argentina.

- Antúnez Sánchez, A. (2013) *Un análisis a partir de la Constitución Cubana sobre el ejercicio del autoempleo, incidencias en el relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*, Revista Foro N° 1, España.
- Antúnez Sánchez, A. (2013) *Algunas consideraciones sobre el trabajo no estatal, incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI*. Revista Derecho Comercial. Uruguay.
- Antúnez Sánchez, A. (2014) *El ejercicio del autoempleo, incidencias en el nuevo relanzamiento en el modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI en torno a la protección del medio ambiente*. Revista Jurídica Ulpiano. Venezuela.
- Antúnez Sánchez, A. (2016) *La relación jurídica laboral del empleador autónomo y sus empleados en el ordenamiento jurídico laboral cubano*. Revista Derecho y Cambio Social. Perú.
- Antúnez Sánchez, A. (2016) *El Trabajo autónomo: una opción de empleo para los jóvenes en la actualización del modelo económico cubano*. Revista Derecho del Trabajo Universitatis. Venezuela
- Antúnez Sánchez, A. (2018) *El empresario privado, reconocimiento en el ordenamiento jurídico cubano*. Revista Derecho y Cambio Social No. 52. Perú.
- Antúnez Sánchez, A. (2018) *El emprendimiento en la mujer rural del siglo XXI*. Revista Derecho & Paz No. 39. Brasil.
- Antúnez Sánchez, A. (2019) *El emprendimiento en la mujer rural empresaria en Ecuador*. Revista Derecho & Paz No. 41. Brasil.
- Alfonso Sánchez, R. (2016) *Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social*. Revista jurídica de economía social y cooperativa No. 88, CIRIEC. España.
- Alonso García, M. (1958) *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Editorial Bosch, España.
- Alonso Olea, M. (1994) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, Madrid.
- Alonso Olea, M. y De Las Casas Baamonde, M. (2006) *Derecho del Trabajo*. Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, 24ª edición, España.
- Bauman, Z. (2010) *Mundo consumo*. Editorial Paidós. España.
- Bauman, Z. (2013) *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.
- Barbagelata, H. (2007) *Derecho del Trabajo*, 3ª edición, Editorial FCU, Montevideo.
- Bayón Chacón, G. y Pérez Botija, E. (1978) *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Bustamante, C. (2008) *Manual de Derecho Laboral: El contrato individual de trabajo*. Editorial Jurídica del Ecuador. Ecuador.
- Beccaria, L. & Maurizio, R. (2019) *Algunas reflexiones en torno al empleo en plataformas y los mecanismos de protección*. Disponible en: <https://alquimiaseconomicas.com/2019/02/27/algunas-reflexiones-en-torno-al-empleo-en-plataformas-y-a-los-mecanismos-de-proteccion/>
- Cabanellas, G. (2001) *Compendio de Derecho Laboral*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Cabanellas, G. (1989) *Tratado de Derecho Laboral*, 3ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

- Calvo Gallego, F. (2017) *UBERPOP como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.
- Canessa Montejo, M. (2008) *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- Cañizares Abeledo, D. (2012) *Derecho Comercial*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Cataño, S. y Gómez Rúa, N. (2014) *El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo*. Revista CES, España, pp.82-91.
- Cedrola, G. (2017) *El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 31, Uruguay.
- Cuadros Garrido, M. (2017) Tesis Doctoral: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Universidad de Murcia, España.
- Díaz, I. y Barreiro, L. (2017) *Potencialidades del sector cuentapropista en la economía cubana, El emprendimiento: una aproximación internacional al desarrollo económico*, Editorial Universidad de Cantabria, Santander,
- De León, L. y Pizzo, N. (2019) *Trabajo a través de plataformas digitales*, Editorial FCU, Montevideo.
- De Buen Lozano, N. (1980) *El nacimiento del Derecho del Trabajo*, 5a edición, Editorial Porrúa, México.
- De las Heras, A. & Landadera, E. (2019) *El trabajo en plataformas digitales, puro y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral*. Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, pp.55-83.
- Fernández, H. (2016) *Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno 'Uber': la llamada 'economía disruptiva*, Revista Derecho Laboral N°. 261, FCU, Montevideo.
- Ferriol Molina, G. (2019) *Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico*, Disponible en: <http://www.unjc.cu>
- Formichela, M. (2002) *El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local*. Argentina: Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria.
- TicLaude (2013) *El reto de emprender*, España: Serrei de pub.
- Hernández-Bejarano, M. et al. (2020) *Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- Hernández-Bejarano, M. y Todolí Signes, A. (2018) *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Editorial Aranzadi. España.
- Hernández-Bejarano, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (2017) *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.
- Hernández-Bejarano, M. (2017) *Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos: un análisis de las cooperativas de impulso empresarial y las cooperativas de facturación. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.
- Gauthier, G. et al. (2016) *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*. Fundación de Cultura Universitaria, España.

- Galantino, L. (1992) *Diritto del lavoro*, Editore Giappichelli, Torino.
- Gorlich Peset, J. (2018) *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España.
- Guevara Ramírez, L. (2010) *El Trabajo por Cuenta Propia en Cuba*, Revista Cubana de Derecho N° 10, La Habana.
- Gurruchaga, C. (2018) *El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad*. Revista Derecho de las relaciones laborales, Vol. 1,
- Gordo, Á., De Rivera, J. y Cassidy, P. (2017) *La economía colaborativa y sus impactos sociales en la era del capitalismo digital*. Ciberpolítica: gobierno abierto, redes, deliberación, democracia. INAP. España.
- Rodrigo Uría y Menéndez A. (2001) *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid.
- Rojas, P. (2010) *Reclutamiento y selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*. Editorial UOC, España.
- Rodríguez-Piñero, M. (2017) *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa, Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, España.
- Rodríguez-Piñero, M. (2018) *La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios. El trabajo en plataformas digitales, análisis de su situación jurídica y regulación futura*, Editorial Wolters Kluwer,
- Todoí Signes, A. (2018) *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. España.
- Todoí Signes, A. (2020) *Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI*. Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Todoí Signes, A. (2017) *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Triguero Martínez, L. (2018) *Gig economy y prestación de servicios profesionales: puntos críticos*. Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Editorial Aranzadi. España.
- Tyc, A. (2021) *Global Trade, Labour Rights and International Law. A Multilevel Approach*, Routledge, London.
- Martín Moral, M. (2017) *Economía colaborativa y protección del consumidor*, Revista de Estudios Europeos N°. 70, España.
- Martín, O. (2019) *El trabajo en plataformas digitales: pronunciamientos y opiniones divergentes respecto a su calificación jurídica*. International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies (IJISEBC), España.
- Martin Valverde, A. et. al (2016) *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid.
- Mercader, J. (2016) *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Montoya Melgar, A. (2019) *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España.
- Mondelo Tamayo, J. (2015) *La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*, Revista electrónica Derecho y Cambio Social, Perú.

- Mercader Uguina, J. (2017) *El futuro del trabajo en la era de la globalización y la robótica*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- OIT (2019) *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2021) *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*. Ginebra.
- Pagés, C. y Ripani, L. (2017) *El empleo en la Cuarta Revolución Industrial, Robotlución*. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina N° 42, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Palomeque, M. y Álvarez de la Rosa, M. (2016) *Derecho del Trabajo*, 24 edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Pérez Amorós, F. (2019) *Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital*, Editorial Thomson Reuters. Brasil.
- Pérez Botija, E. (1969) *Derecho del Trabajo*, Editorial Marcial Pons. España.
- Pérez Capitán, L. (2019) *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado*. El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales. 1ª edición, Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, España.
- PCC (2016) *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, Documentos del VII Congreso del PCC, La Habana.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1990) *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, España.
- Poquet Catalá, R. (2018) *Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa. Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. España.
- Rifkin, J. (2003) *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Revista Chilena de Derecho Informático. Chile.
- Rodríguez- Piñero Royo, M. (2019) *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*. Revista de internet, derecho y política, España, pp. 3-16.
- Sánchez-Urán Azaña, M. (2017) *Uber como plataforma digital de servicios de transporte*, Revista Foro N°. 2, España.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2020) *Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo: el debate sobre la laboralidad en el contexto internacional y europeo*. Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Editorial Tirant lo Blanch, Madrid.
- Sastre-Centeno, J. & Inglada-Galiana, M. (2018) *La economía colaborativa: un nuevo modelo económico*, CIRIEC N° 94, España, pp.219-250.
- Serrano Olivares, R. (2017) *Economía colaborativa- o mejor, economía digital bajo demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, España.
- Ka hale Carrillo, D. (2006) *Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?*, Revista de Derecho N° 25, España.

- Llamosas Trapaga, A. (2012) Tesis Doctoral: *Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las relaciones laborales*, Universidad de Deusto. España.
- Vareles, J. (2007) *Derechos Fundamentales y el Código del Trabajo Ecuatoriano*. Guayaquil.
- Vida Soria, J. et al. (2009) *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª edición, Editorial Comares, España.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

LAHERA FORTEZA, J. *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*. Tirant lo Blanch, 2022, 128 páginas.

Doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7071>

En su nuevo libro titulado “La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021” (Tirant lo Blanch, 2022), el profesor Lahera nos propone un recorrido por los territorios en los que impacta la reforma de la negociación colectiva llevada a cabo por el RD-Ley 32/2021.

Se trata de una reforma consensuada entre los agentes sociales y entre las áreas del Gobierno que, como apunta el autor, tienen “distintas ideas en materia económico-laboral”. Más allá de la esfera de los legítimos intereses de cada actor en este proceso de reforma y de las ideas de los diferentes Ministerios implicados, coincido en que el logro de esta reforma, al menos en lo que toca a la materia de la negociación colectiva, se beneficia de la “evaluación técnica sosegada de las reformas anteriores”, de los “análisis académicos jurídicos o económicos” y de la “influencia de la jurisprudencia”. Todo este bagaje digamos técnico ha allanado mucho el camino, como reconoce el propio autor. Él mismo publicó, hace muy poco tiempo, un libro titulado “La reforma de la negociación colectiva” (Tirant lo Blanch, 2021), planteando los problemas estructurales del sistema convencional y aportando propuestas concretas de reforma, que sin duda han influido de manera directa en la elaboración de los textos que ahora conforman los vigentes artículos 42.6, 84.2 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores.

El lector del nuevo libro encontrará en él, en primer lugar, un repaso del camino recorrido hasta hoy, una aproximación

muy sintética y medida de las reformas de 1994, 2010, 2011 y 2012. Al margen de la “sobreactuación mediática y política”, como bien expresa el autor, en relación con estas reformas pasadas, y en especial la de 2012, lo cierto es que el debate en 2021 estaba ya claramente decantado hacia la corrección de los excesos de devaluación salarial, particularmente en contextos de subcontratación.

El autor abre, sin embargo, el ámbito del análisis a otros objetivos reformistas de 2021 que inciden en la negociación colectiva, y creo que aquí acierta al presentarnos un estudio que no solo comprende las reformas específicas de la negociación colectiva (arts. 84, 42, 86), sino que se extiende a la incidencia de ésta en la reducción de la temporalidad laboral, que es el otro gran eje de la reforma de 2021. A este respecto, me parece justo el balance que el autor expresa sobre la negociación colectiva tradicional en materia de contratación temporal como “factor añadido de normalización de la temporalidad”, “un rasgo del consolidado modelo dual”. Es algo que la reforma de 2021 pretende alterar, transitando hacia un modelo de reducción de la temporalidad cuyo éxito, en parte, depende de la negociación colectiva. Dedicó aquí el autor atención a los llamados planes de reducción de la temporalidad, con sugerencias prácticas de interés, y advierte también acerca de la posible ampliación anual del contrato por circunstancias de la producción, cuya masiva extensión en convenios de sector podría “frustrar parte de este objetivo reformista”. Dado la extraordinaria ampliación del espectro del contrato fijo discontinuo, el autor propone a la negociación colectiva una suerte de “modelos convencionales sectoriales de fijos discontinuos flexibles”, modelo propio que será especialmente interesante en

el sector de las ETT. Todo un reto para nuestra negociación colectiva sectorial en los próximos tiempos.

Las reformas específicas de la negociación colectiva se analizan por separado en sendos capítulos. El que lleva el número 3 se centra en el tema de los salarios y las nuevas reglas de concurrencia convencional. Las que el libro denomina “aperturas convencionales hacia la empresa”, que se producen en las reformas de 2010-2012, llevan al lector no solo al análisis del contexto en que se produce la modificación del artículo 84.2 ET y, lógicamente, a sus implicaciones y significado, sino también a una visión complementaria del tema a través de una revisión de lo que se “conserva”, lo que no se modifica e, incluso, se “revaloriza”: el descuelgue, al que se dedica el capítulo 6 (“mantenimiento y revalorización de los cauces de inaplicación convencional causal”), y los acuerdos colectivos de empresa de flexibilidad laboral, a los que el autor se refiere como “modelo confirmado” en el capítulo 7. Por lo que hace a dichas implicaciones y significado, es importante destacar que la reforma del 84.2 no supone una vuelta a la versión anterior a 2012. No hay, por tanto, una recentralización de la negociación colectiva, sino que, de manera quirúrgica, se trata de dar respuesta precisa a los que el autor llama “desajustes salariales” en supuestos donde la unidad convencional de empresa se aprovechaba para devaluar salarios “en empresas multiservicios con poder sindical débil”.

Es importante reseñar que de las complejas reglas del artículo 84 sigue en pie la quizá más elemental de todas, la del respeto al convenio colectivo primero en el tiempo. El autor se ocupa suficientemente de ello, lamentando la oportunidad perdida para aclarar cuándo un convenio colectivo es primero en el tiempo y las re-

glas de afectación de convenios colectivos en ultractividad, lo que “ahora en salarios resulta fundamental”. Se apunta, además, una posible tendencia futura, que es la de propiciar acuerdos sectoriales del art. 83.2 ET que conduzcan al establecimiento de auténticos salarios mínimos sectoriales.

El problema de devaluación salarial ha sido especialmente escandaloso en contextos de subcontratación y en empresas de escasa capitalización dedicadas a actividades de bajo valor añadido. La referida reforma del artículo 84 va dirigida también a estos casos, aunque se refuerza con una disposición específica en sede de regulación de la subcontratación (artículo 42). La solución que proporciona la reforma de 2021 encuentra un precedente en la Ley 9/2017, que ya desplazaba la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. Esta solución de la legislación de contratos públicos ha inspirado la redacción del nuevo artículo 42.6 ET. En opinión del autor, esta solución hizo girar el debate desde una posición difícil de sustentar (referencia convencional de la empresa principal) a una posición razonable, que, además, debiera haber contado con el consenso político, ya que la Ley 9/2017 fue aprobada bajo el Gobierno del PP, como apunta el autor.

Es más, como elabora con detalle el libro, el nuevo artículo 42.6 “sigue la senda jurisprudencial, sin mayor innovación”. Aunque de redacción mejorable, el artículo 42.6 debe leerse “de abajo a arriba”, prefiriendo, como primera de tres opciones, la del convenio colectivo propio de la empresa contratista, lo que no deja de presentar algunas aristas derivadas del alcance del artículo 84 en relación con convenios empresariales primeros en el tiempo, concluyendo el autor que el precedente de los contratos públicos es “mucho más contundente en

imponer un salario mínimo sectorial”. Dicho de otro modo, “si se pretendía corregir una devaluación salarial en contratos privadas ejecutadas por empresas multiservicios con convenio propio, motivación principal del cambio normativo, el objetivo sólo se consigue si el convenio sectorial es anterior y el de empresa posterior en el tiempo”.

La segunda opción, la del convenio sectorial aplicable a la empresa contratista plantea también varios problemas. Uno de los que el autor señala es especialmente importante: ¿puede referirse al convenio sectorial que aplica la empresa principal? Existen ya precedentes en este sentido, convenientemente referenciados en el libro, y plantean el hondo problema de la legitimación de los negociadores de un convenio sectorial para afectar a empresas que no están representadas en la negociación por pertenecer a otro sector de actividad. Especialmente si estamos hablando de lo que el autor llama “cláusulas inclusivas”, ciertamente “arriesgadas” y de “dudosa legalidad”.

El otro gran aspecto del marco de la negociación colectiva afectado en la reforma es la vigencia temporal y, más en concreto, la ultractividad. Suscribo la conclusión del autor calificando de “sobrevalorada” la “restitución” de la ultractividad indefinida. Resulta desde luego llamativo que una norma dispositiva, como era la regla de ultractividad tras la reforma de 2012, pudiera dar lugar a tantos agravios, pero, como señala bien el autor, la limitación anual de la ultractividad -regla, insistimos, dispositiva- tuvo una aplicación práctica muy minimizada por efecto de la conocida jurisprudencia sobre contractualización y por la voluntad de los propios sujetos negociadores, aprovechando la mencionada dispositividad.

La vuelta a la ultractividad indefinida como regla también dispositiva era uno de

los asuntos más cantados de la reforma y, como el autor apunta, con conocimiento de los entresijos del proceso reformista, ello daba satisfacción a las “aspiraciones sindicales”, sin “exceso de sacrificio para la posición empresarial ni para el ala del Gobierno más proclive a mantener la regla del 12”.

Creo que acierta el autor en su inteligente reflexión acerca de que la “recuperación” de la ultractividad indefinida ha llevado a una sobreactuación sindical, a un “exceso de expectativas”, al dar prioridad a una herramienta que, en el fondo, resulta mucho más roma que otras posibles concesiones: se apunta en el libro, por ejemplo, la relativa a responsabilidades empresariales en contratos, “donde la protección del trabajador resultaba, creo, más necesaria, o la adaptación del modelo de representación de trabajadores en la empresa a la realidad social”. Concluye certeramente el capítulo con la observación de que “vincular la recuperación de la ultractividad indefinida con el aumento de salarios tiene un exceso de voluntarismo y expectativas”.

Son muchas, lógicamente, las cuestiones, observaciones, propuestas, sugerencias y críticas que contiene la obra y que aquí no hay espacio para reseñar. El libro se cierra con dos capítulos muy interesantes. En el 9, se aventuran las orientaciones de las probables estrategias negociadoras futuras. Me parece una extraordinaria guía, de gran calidad, para los negociadores de convenios y sus asesores: se revisan numerosos temas y se contextualizan legalmente, aclarando el espacio para la negociación colectiva, distinguiendo la de sector y la de empresa.

El capítulo 10, el último, me parece especialmente atractivo para los estudiosos y los académicos y, en general, para todos los profesionales atentos a la mejora del ordenamiento laboral y concretamente del marco normativo de la negociación colectiva.

va. Se destilan en él las reformas pendientes de la negociación colectiva, con reflexiones y propuestas razonables y fundadas, en temas tales como la modernización de los sujetos negociadores en la empresa, la medición de la representatividad empresarial, la estructura negociadora y la concurrencia de convenios colectivos, o la protección de la libre competencia en el mercado ante riesgos de cláusulas convencionales.

El profesor Lahera es un experto reconocido en negociación colectiva, con aportaciones académicas relevantes en esta

área. Creo que con este libro ha sabido destilar no solo todo el rigor académico sino también su cercanía profesional a la realidad práctica y al proceso mismo de elaboración de esta reforma. Su apreciación global de la misma es, sin duda, positiva, sobre todo en lo que tiene de “equilibrada”, lo que naturalmente no es óbice para que allí donde hay fundamento para la crítica, esta se manifieste en el libro de manera plenamente argumentada.

Francisco Javier Gómez Abelleira