

Vol. 3

Núm. 1, abril 2024

Trabajo y Empresa

**Revista de Derecho
del Trabajo**



COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

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

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

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

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

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

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

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

Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo



Vol. 3
N.º 1, abril 2024

tirant lo blanch
Valencia 2024

Director:

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

Secretario de redacción:

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

Comité de redacción:

María Amparo García Rubio. *Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez. *Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llompart Bennàssar. *Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres. *Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Javier Thibault Aranda. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

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

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

Responsabilidad Social Corporativa:

<http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Índice

Presentación.....	7
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	
El concepto legal de empresario laboral y el sistema de responsabilidades laborales	9
Tomás Sala Franco	
La complejidad interpretativa del régimen estatutario de la contratación laboral: principales ejemplos y propuestas de solución	53
Eva López Terrada	
Igual remuneración por trabajo de igual valor <i>(Apariencia y verdad de la discriminación salarial en la economía de mercado)</i>	77
Óscar Fernández Márquez	
La subcontratación más allá del paradigma empresarial tradicional: el supuesto de una comunidad de propietarios ante sucesivas contratistas <i>(A propósito de la STS 27 mayo 2022, Rº 3307/2020)</i>	109
José María Ruz López	
Reseña de actualidad judicial	123
Erik Monreal Bringsvaerd Ángel Jurado Segovia	
Sobre la revista	137
Equipo editorial	139
Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales	143

Presentación

Presentamos hoy el quinto número de la revista “Trabajo y Empresa”, que, como es habitual al tratarse de un número ordinario, contiene varios ensayos de temática heterogénea.

El primero es un texto del maestro Sala Franco en el que revisita un tema clásico, el del empresario laboral, desde la perspectiva de la asignación de las responsabilidades. Como el autor bien señala, de la Ley y de la jurisprudencia no resulta un sistema de responsabilidades uniforme sino, antes al contrario, un sistema complejo y diversificado. Por ello, movido por el propósito clarificador que es marca de la casa, nos ofrece un acabado mapa que va a permitir al lector adentrarse en este proceloso territorio y saber en cada supuesto (empresarios sin responsabilidad, contratistas y subcontratistas, cedente y cesionario en la cesión ilegal de trabajadores, empresas de trabajo temporal, grupos de empresas) a qué atenerse. Sugestivas propuestas de *lege ferenda* recorren toda la reflexión.

El segundo ensayo lo firma la nueva catedrática de la Universidad de Valencia Eva López Terrada y constituye una reflexión crítica de la regulación de la duración del contrato de trabajo que resulta de la reforma laboral del 2021. En efecto, seguramente el principal pasivo de esta reforma es su deficiente factura técnica, que está suponiendo un verdadero quebradero de cabeza para los operadores jurídicos y los responsables de recursos humanos de las empresas. Hasta ocho ejemplos de intensas deficiencias señala la autora. En pleno debate sobre el Estatuto de los Trabajadores del s. XXI, estas deficiencias constituyen un buen ejemplo de lo que, si quieren acometerse reformas, no hay que hacer.

Firma el último de los estudios que ofrecemos y que lleva por título “Igual remuneración por trabajo de igual valor”, el profesor de la Universidad de Oviedo, Óscar Fernández Márquez. Más expresivo que su título es, sin embargo, el subtítulo que lo

acompaña, pues da cuenta de la perspectiva desde la que su autor ha abordado el estudio: “Apariencia y verdad de la discriminación salarial en la economía de mercado”. El autor discrepa de la habitual imputación al mercado y a la competencia de las prácticas discriminatorias, lo que le lleva a elaborar una crítica penetrante de las políticas implementadas en materia de igualdad salarial. Se compartan o no sus tesis, la lectura de su texto es tonificante, pues lo protege a uno del cacofónico *mainstream*.

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

El Director

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

El concepto legal de empresario laboral y el sistema de responsabilidades laborales

Tomás Sala Franco

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia. Estudio General.

The legal concept of labor employer and the system of labor responsibilities

Sumario:

I. EL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESARIO LABORAL. 1. El punto de partida legal: el Art. 1.2 del ET. II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS LABORALES. 2. El sistema general de responsabilidades de los empresarios laborales. III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA. 3 La responsabilidad de las comunidades de bienes. 4 La responsabilidad de las uniones temporales de empresas. 5. La responsabilidad de las agrupaciones de interés económico. IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS PRINCIPALES O COMITENTES Y DE LOS EMPRESARIOS CONTRATISTAS, SUBCONTRATISTAS O CONCESIONARIOS. 6. El concepto legal de contrata y subcontrata de obras y servicios. 7. Dos tipos de contrata o subcontratas a efectos de responsabilidad. 8. La responsabilidad en materia salarial de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 9. La responsabilidad en materia de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 10. La responsabilidad en materia de derechos de información de los trabajadores de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 11. Las responsabilidades en materia laboral y de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 12. Las exclusiones de responsabilidad de deter-

minados empresarios principales o comitentes. 13. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas. V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS CEDENTE Y CESIONARIO EN EL CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. 14. La cesión ilegal de trabajadores. 15. Las responsabilidades de los empresarios cedente y cesionario. VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS USUARIAS Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. 16 Las empresas de trabajo temporal. 17 La responsabilidad de las empresas usuarias y de las empresas de trabajo temporal. VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS. 18. Los grupos de empresas. 19. La responsabilidad de los grupos de empresas. VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. 20. La laboralidad o extralaboralidad de las plataformas digitales y su responsabilidad.

Resumen: En el presente trabajo se parte de que el concepto legal de empresario a efectos de determinar responsabilidades en el ámbito laboral no resulta uniforme sino complejo y variado. Por ello, se analizan ciertas previsiones normativas relativas a la identificación de la posición empresarial a efectos de imputar diferentes tipos de responsabilidades, para con apoyo, asimismo, en la jurisprudencia y doctrina judicial, dejar señalados elementos relevantes a la hora de determinar el alcance de tales responsabilidades en supuestos tales como el de las empresas sin personalidad jurídica, las contrata y subcontratas de obras, la cesión ilegal de trabajadores, la puesta a disposición de trabajadores a través ETT, los grupos de empresas e incluyendo también una referencia final a la cuestión de enorme actualidad relativa a las denominadas plataformas digitales.

Palabras clave: concepto de empresario laboral, responsabilidades empresariales, empresas sin personalidad jurídica, contrata y subcontratas, cesión ilegal de trabajadores, empresas de trabajo temporal, grupo de empresas, plataformas digitales.

Abstract: This paper is based on the fact that the legal concept of employer for the purpose of determining liability in the labor field is not uniform but complex and varied. Therefore, it analyzes certain regulatory provisions relating to the identification of the employer's position for the purpose of attributing different types of liabilities, in order to also, with the support of case law, point out relevant elements when determining the scope of such liabilities in cases such as companies without legal personality, contracts and subcontracts of works, the illegal transfer of workers, the provision of workers through temporary employment agencies, groups of companies and also including a final reference to the highly topical issue relating to the so-called digital platforms.

Keywords: concept of labor employer, business responsibilities, unincorporated companies, contracts and subcontracts, illegal assignment of workers, temporary employment agencies, group of companies, digital platforms.

I. EL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESARIO LABORAL

1. El punto de partida legal: el Art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores

El punto de partida legal se encuentra en el Art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), según el cual *“a los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario) así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*

Así pues, nos encontramos con un concepto traslativo de *“empresario”*, definido no en sí mismo sino en relación con el de *“trabajador”*. De esta manera, habrá un *“empresario laboral”* donde haya un trabajador, directa o indirectamente contratado, que trabaje para él (por todas, STS de 12 de diciembre de 2007, Rec. 1781/2008).

El hecho de que el empresario tenga o no personalidad jurídica resulta irrelevante a estos efectos. Así, nos encontraremos con empresarios laborales que serán *“personas físicas o jurídicas”* (*“asociaciones”, “sociedades civiles o mercantiles”, “fundaciones”, “entidades de economía social”* tales como las *“cooperativas de trabajo asociado”, “empresas de inserción”* o las *“sociedades laborales”* o sociedades anónimas europeas) y con empresarios laborales sin personalidad jurídica (las *“comunidades de bienes”, “uniones temporales de empresas”* o las *“agrupaciones de interés económico”*), pudiendo incluso actuar como empresario laboral un conjunto de personas jurídicas, esto es, un *“grupo de empresas”*.

Resulta irrelevante que el empresario laboral sea a su vez empresario mercantil, esto es, que persiga un beneficio económico con su actividad (por todas, STJUE de 16 de octubre de 2003, Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C32/02: SS.TS de 1 de julio de 1988, Rec. 5731/1988 de 1 de diciembre de 1992, Rec.10258/1992). Por ello, aunque normalmente coinciden (los empresarios laborales suelen ser a la vez empresarios mercantiles) no siempre hacen, pudiéndose dar el caso de un *“empresario mercantil que no sea empresario laboral”* (así, un trabajador autónomo sin trabajadores a su cargo) o de un *“empresario laboral que no sea empresario mercantil”* (así, los amos de casa respecto de los empleados del hogar o un partido político, un sindicato o una organización cultural, deportiva o religiosa respecto de sus trabajadores).

La personalidad jurídica privada o pública del empresario resulta igualmente irrelevante para su consideración como empresario laboral. Así, las *“Administraciones Públicas”* (Central, Autonómicas y Locales), bien directamente o a través de *“entidades públicas diversas”*, pueden ser empresarios laborales del personal laboral a su servicio, cuya relación laboral especial viene regulada, total o parcialmente, con carácter general por el Estatuto Básico del Empleado público, aprobado por Ley 7/2007, de

12 de abril, si bien existan otros trabajadores en el sector público regulados por normas diversas (así, por ejemplo, entre otras, el personal docente e investigador de las Universidades Públicas, regulado por la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario; o el personal laboral de la Administración de Justicia, regulado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Peculiares son las empresas donde existen unas *“relaciones triangulares”* entre el trabajador y dos empresas distintas. Tal sucede con las *“empresas de trabajo temporal”* en relación con las empresas usuarias, con las *“empresas contratistas o subcontratistas”* en relación con la empresa principal y con los *“centros públicos de educación infantil, primaria o secundaria”* en relación con la Iglesia respecto de los profesores de religión.

Finalmente, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han contribuido a crear nuevas formas de organización del trabajo en numerosos sectores de producción. Esto sucede con las *“plataformas digitales”* que implican una nueva forma de organización del trabajo en el sector de los servicios, llegando a replantear el concepto mismo de trabajador dependiente y por cuenta ajena.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS LABORALES

2. El sistema general de responsabilidades de los empresarios laborales

Con carácter general, del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social con sus trabajadores ante la Administración Laboral y ante la jurisdicción social responderán todos y cada uno de los empresarios, con independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, laborales o mercantiles, privadas o públicas.

Esta responsabilidad podrá ser de naturaleza laboral, civil, administrativa y penal, pudiendo en su caso ser acumulables.

Peculiaridades en materia de responsabilidad empresarial presentan sin embargo los *“empresarios sin personalidad jurídica”*, las *“relaciones triangulares”* (empresarios contratantes en contratas de obras o servicios y empresas de trabajo temporal), los *“grupos de empresa”*, las *“plataformas digitales”* y *“los centros públicos de educación infantil, primaria o secundaria, respecto de los profesores de religión”*.

III LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA

3. La responsabilidad de las comunidades de bienes

Las comunidades de bienes vienen reguladas por los Arts. 392 y ss. del Código Civil (en adelante, CC) sin que tengan una personalidad jurídica propia distinta de la

de los partícipes de las mismas: *“hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”* (Art. 392 del CC).

Así sucede con las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (STCT de 10 de abril y 17 de junio de 1986), con las comunidades de pastos y montes vecinales en mano común o con la herencia yacente indivisa (STS de 12 de marzo de 1987, Rec.1435/1987).

La responsabilidad frente a sus trabajadores de una comunidad de bienes será mancomunada y no solidaria, esto es, proporcional a las respectivas cuotas de los partícipes en la comunidad de bienes (Arts. 393 y 1137 del CC; SS.TSJ de Madrid, de 26 de mayo de 1999, Rec.772/1999 o de Galicia, de 23 de septiembre de 2003, Rec. 5906/2000).

4. La responsabilidad de las uniones temporales de empresas

Las uniones temporales de empresas vienen reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril.

Las uniones temporales de empresas (de empresarios personas físicas o jurídicas) se constituyen para colaborar juntas en la realización de una determinada obra o servicio, sin que ello de lugar a una nueva personalidad jurídica distinta de la de sus miembros (Art. 7.2 de la Ley 18/1992; STS de 23 de enero de 2007).

La responsabilidad frente a los trabajadores será en todo caso subsidiaria para las empresas agrupadas respecto de la unión temporal de empresas y solidaria e ilimitada para sus miembros (Art. 8.e) 8 de la Ley 18/1992).

5. La responsabilidad de las agrupaciones de interés económico

Las agrupaciones de interés económico vienen reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que sean compatibles con su específica naturaleza (Art. 1 de la Ley 12/1991).

Las agrupaciones de interés económico se constituyen para llevar a cabo una actividad que beneficia a todas las empresas agrupadas (*“facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios”*, limitándose *“exclusivamente a una actividad económica a la que realicen sus socios”*: Arts. 2.1 y 3.1 de la Ley 12/1991), sin ánimo de lucro (Art. 2.2 de la Ley 12 /1991), dando lugar a una nueva personalidad jurídica (Art. 1 de la Ley 12/1991).

La responsabilidad frente a los trabajadores corresponde a la agrupación y subsidiariamente a las empresas agrupadas, respondiendo éstas entre sí solidariamente de las deudas de la agrupación (Art. 5 de la Ley 12/1991).

IV. LAS RESPONSABILIDADES DE LOS EMPRESARIOS PRINCIPALES O COMITENTES Y DE LOS EMPRESARIOS CONTRATISTAS, SUBCONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS

6. El concepto legal de contrata y subcontrata de obras y servicios

La descentralización productiva empresarial (outsourcing) a través de las contrata y subcontratas de obras y servicios constituye un fenómeno plenamente consolidado tanto en el sector privado como en el sector público.

Las razones de las mismas son fundamentalmente económicas (el ahorro de costes en la realización de determinadas obras y servicios, la menor presión fiscal en las pequeñas empresas, la reducción del tamaño de las empresas por razones laborales, la mayor flexibilidad en la gestión empresarial o, hasta hace muy poco tiempo, el recurso a la contratación temporal de obra o servicio determinado coincidente con la contrata: ver *infra*), aunque puedan existir también razones técnicas para ello (la necesidad de que un determinado control de actividad deba ser realizado por una empresa autorizada ajena a la empresa principal, la eficiencia técnica de determinadas empresas contratistas debida a su especialización o la inexistencia de trabajadores especializados para contratarlos laboralmente en un determinado mercado de servicios) o aún políticas o ideológicas (en el caso del sector público con las descentralizaciones/privatizaciones de los servicios públicos).

Las empresas pueden realizar su actividad por ellas mismas con trabajadores propios o contratar con otras empresas contratistas la realización de determinadas tareas. Por su parte, la empresa contratista que recibe el encargo puede realizarlo ella misma o subcontratar con una tercera empresa subcontratista su ejecución.

Estas prácticas de contratación o subcontratación de obras y o de servicios son legales en el derecho español (por todas, SS.TS, de 4 de marzo de 2008, Rec. 1310/2007, o de 21 de enero de 2020, Rec.159/2018), como manifestación de la libertad de empresa reconocida en el Art. 38 de la CE, dentro de la que se encuentra la libertad de organización de la actividad productiva, si bien se establecen determinadas cautelas para garantizar a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas el ejercicio de sus derechos, dado que la subcontratación produce inevitablemente un desplazamiento de las responsabilidades empresariales.

La regulación laboral de las contrata y subcontratas de obras y servicios se encuentra con carácter general en los Arts. 42 del ET y 24.1, 142.1 y 168.1 de la LGSS y, con carácter específico, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

El ET se refiere, sin definir las, a las *contratas* y *subcontratas*, siendo la jurisprudencia la que ha procedido a ello, pudiendo ser definidas como aquellos negocios contractuales en los que una empresa (la empresa contratista o subcontratista) asume la obligación de realizar una obra o servicio determinado a otra empresa (la empresa

principal, comitente o contratante o, en el caso de la subcontrata, la empresa contratista) a cambio del pago de un precio por ello.

La jurisprudencia ha incluido en el concepto, no solo a los contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra del Art. 1588 del Código Civil, sino a todos aquellos contratos en los que se proporciona a la contraparte un *facere* y no un *dare* (como ocurre en los contratos de suministro o de cesión de una parte de la superficie comercial de unos grandes almacenes para el desarrollo de actividades comerciales), incluyendo así a los contratos de agencia (SS.TS de 21 de julio de 2016, Rec. 2147/2016 o de 15 de febrero de 2018, Rec. 209/2016), de franquicia, de concesión o de transporte; y, en el sector público, a las contrata y concesiones administrativas o a las encomiendas concertadas al amparo de normas jurídico-públicas (por todas, SS.TS de 15 de julio de 1996, Rec. 1089/1996 o de 12 de diciembre de 2007, Rec. 3275/2006).

En todo caso, la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 prohíbe la contratación con organismos o entidades del sector público a las empresas condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, así como a quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en los términos reglamentariamente establecidos (Art. 49).

El principal problema jurídico que plantean las contrata y subcontrata en la práctica es el de su delimitación respecto de la seudocontrata o seudosubcontrata calificable de “*cesión ilegal de trabajadores*” regulada en el Art. 43 del ET (ver *infra*).

La jurisprudencia ha entendido que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la supuesta empresa contratista o subcontratista “*es una empresa aparente, sin estructura ni entidad propias, sin bienes, patrimonio ni una verdadera organización empresarial*” (por todas, STS de 2 de octubre de 2007, Rec.3656/2005) y ha concretado los siguientes indicios de la existencia de una verdadera contrata o subcontrata de obras o servicios:

- 1º) Que la empresa contratista posea una infraestructuras o medios de producción propios (plantilla, centro de trabajo, maquinarias, instalaciones, utillaje, etc.), no bastando con que la empresa esté válidamente constituida con personalidad jurídica propia e inscripción en la Seguridad Social (por todas, STS de 27 de septiembre de 2011, Rec.4095/2010).

Pese a ello se ha admitido la existencia de una empresa contratista cuando la empresa principal suministra las materias primas o las herramientas de trabajo o no existe centro de trabajo propio y diferenciado (caso típico de las empresas contratistas de servicios de mantenimiento, de construcción o de limpieza).

- 2º) Que la empresa contratista tenga la organización, control y dirección de la actividad y de los trabajadores, aun cuando éstos estén sometidos a instruc-

ciones técnicas del empresario principal plasmadas en la contrata mercantil o en documentos posteriores y exista una supervisión de éste.

Lo importante a estos efectos es que exista una “*triangulación*” en las órdenes del empresario principal, esto es, que el empresario principal se las de al empresario contratista y éste a sus trabajadores (por todas, STS de 4 de marzo de 2008, Rec.1310/2007).

- 3º) Que la empresa contratista/subcontratista asuma el riesgo empresarial, corriendo a su cargo el importe de los salarios de sus trabajadores y no al de la empresa principal o comitente (por todas, STS de 17 de julio de 1993, Rec.1712/1992).
- 4ª) Resulta irrelevante, si bien sea ciertamente un indicio, la exclusividad o no de la contrata (STS de 2 de diciembre de 1986).
- 5º) Resulta igualmente irrelevante que la empresa contratista persiga o no ánimo de lucro (por todas, STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2000).

7. Dos tipos de contratas o subcontratas a efectos de responsabilidad

Con carácter general, con referencia indistinta al sector privado y al sector público (por todas, SS.TS de 15 de julio y 27 de septiembre de 1996 y 12 de diciembre de 2007, Rec. 3275/2006), existen en este sentido dos tipos de concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios: las concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente y las concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente.

El problema fundamental se plantea en la práctica en relación con el *concepto jurídico indeterminado* en que consiste la “*propia actividad del empresario principal*” para determinar las responsabilidades existentes en los casos de incumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social por parte de las empresas contratistas.

Se han mantenido hasta la fecha por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tres interpretaciones distintas del concepto legal de “*propia actividad del empresario principal*”:

- 1ª) Una primera interpretación amplia, identificando la “*propia actividad*” con las “*actividades necesarias para el cumplimiento de los fines productivos de la empresa comitente o principal*”.
- 2ª) Una segunda interpretación restrictiva, identificando la “*propia actividad*” con las “*actividades que sean parte de la misma naturaleza de la actividad principal de la empresa comitente o principal*”.
- 3ª) Y una tercera interpretación intermedia, que se hay impuesto, según la cual la “*propia actividad*” se identifica con la “*actividad directamente relacionada con*

el ciclo productivo de la empresa comitente o principal" (por todas, SS.TS de 22 de noviembre de 2002 o de 21 de julio de 2016), esto es, *"cuando, de no contratarse las obras o servicios, deberían ser realizadas por la empresa principal so pena de ver perjudicada sensiblemente su actividad empresarial"* (STS de 21 de julio de 2016). Así pues, las tareas complementarias, aunque necesarias, quedan excluidas del concepto legal de la *"propia actividad de la empresa principal"*. La argumentación utilizada ha sido la de considerar que la actividad de la empresa contratista solamente se incorpora al producto o resultado final de la empresa principal cuando las obras o servicios son inherentes al proceso productivo de la misma, cobrando sentido solamente en este caso la imposición de responsabilidad patrimonial a dicha empresa respecto de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista (SS.TS de 21 de febrero o de 9 de mayo de 2018).

No existe, pues, en este punto una seguridad jurídica mínima en la interpretación jurisprudencial, debiendo acudir siempre al caso concreto en función de las circunstancias concurrentes para poder aplicar la última de las tesis jurisprudenciales que se han sucedido en la interpretación del concepto legal de *"propia actividad"*: *"Se trata de actividades inherentes a la producción de bienes y servicios que el principal presta al público o coloca en el mercado"*, de tal modo que las prestaciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista *"se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente"* (por todas, SS.TS de 10 de julio o de 27 de octubre de 2000).

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial se han considerado contratas referidas a la propia actividad de la empresa principal (SS.TS de 14 de septiembre de 2021, Rec.880 y de 26 de abril de 2023, Rec.317):

- La contrata de servicios informáticos por una entidad bancaria (STS de 15 de abril de 2010).
- La contrata de mantenimiento de las aplicaciones informáticas de un Banco (STS de 15 de abril de 20109).
- La contrata de servicios informáticos de un determinado Ministerio (STSJ de Madrid, de 23 de febrero de 20049).
- La contrata del servicio de atención a personas mayores en Centros de día de un Ayuntamiento (STS de 5 de diciembre de 2011).
- La contrata de transporte sanitario de un Servicio Autonómico de Salud (SS.TS de 24 de junio y de 3 de octubre de 2008 o de 29 de octubre de 2013).
- La contrata de Telefónica del tendido aérea de las líneas telefónicas (STS de 22 de noviembre de 2002).
- La contrata de explotación de las instalaciones periféricas de saneamiento de aguas para una Entidad Local (SS.TS de 12 de diciembre de 2007 o de 21 de febrero de 2018).

- La contrata del comedor de un Colegio Mayor Universitario (STS de 24 de noviembre de 1998).
- La contrata de promoción de ventas de determinados productos y de la reposición de productos en un supermercado (STSJ de Madrid, de 13 de abril de 2004).
- La contrata de un Ayuntamiento de gestión de los servicios de atención domiciliaria (SS.TS de 3 y 18 de marzo de 1997).

Por el contrario, se ha rechazado jurisprudencialmente la calificación de contratas de la propia actividad del empresario principal las siguientes:

- La contrata de las obras de construcción de una carretera por un Gobierno autonómico (STS de 12 de diciembre de 2007).
- La contrata de vigilancia por parte de una Comunidad Autónoma de las propias instalaciones (STS de 18 de enero de 1995).
- La contrata de servicios de seguridad por parte de una empresa eléctrica (STS de 27 de octubre de 2000).
- La contrata de mantenimiento de las instalaciones y del control y la gestión de un centro hospitalario (STSJ de Andalucía/Granada, de 26 de septiembre de 2012).
- La contrata de reconstrucción de una nave industrial del empresario principal (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de junio de 2004).
- La explotación de la cafetería de un Ministerio a través de una contrata administrativa (STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de marzo de 2004).
- La contrata de actividades de construcción por una empresa promotora inmobiliaria (STS 20 de julio de 2005).
- La contrata por el INEM de la organización de cursos y actividades formativas (STS 29 de octubre de 1998).

Por otra parte, se dan también en la realidad *“contratas complejas”* con distintas actividades de muy difícil calificación jurídica (STS de 14 de julio de 1999).

Por todo ello, existen de antiguo diversas posiciones doctrinales críticas con el concepto legal de *“propia actividad”* pidiendo su modificación o, incluso, su desaparición. Así:

- 1º) Los hay que defienden una delimitación legal del término mediante un catálogo de contratas incluidas y/o excluidas, tomando como referente la Ley italiana 136/60, hoy derogada. Esta solución sin duda peca de la misma indeterminación o ambigüedad de la actual jurisprudencia interpretativa del término legal al hacer referencia a la de la actividad productiva.
- 2º) Otros defienden la explícita recepción de los criterios jurisprudenciales en la ley, siendo a mi juicio esta solución *“más de lo mismo”*.

- 3º) Se ha defendido también, con un mayor fundamento teleológico (desde la perspectiva de proteger a los trabajadores de las empresas contratistas más débiles), la sustitución del término legal por el de *“subordinación económica entre las empresas principal y contratista”*. Para su concreción, si bien cabría en este caso traer a colación los criterios mercantilistas al uso para diferenciar entre *“empresa fuerte”* y *“contratante obligatorio”* de la Ley de Defensa de la Competencia —la autonomía entre las empresas contratantes, la posición en el mercado o el grado de integración organizativa entre ambas empresas— sigue resultando excesivamente ambiguo este intercambio conceptual.
- 4º) Por último, se ha defendido la eliminación del término legal. En este sentido, y como consecuencia de lo anterior, se defiende la oportunidad de realizar un *“intercambio normativo”*, consistente en la *“doble operación”* de suprimir a un tiempo la responsabilidad solidaria de las contratistas de la propia actividad y extender una responsabilidad subsidiaria en materia salarial (o en todas las condiciones laborales) a todas las contratistas, suprimiendo así el ambiguo y conflictivo concepto jurídico indeterminado de *“contratistas de la propia actividad del empresario principal”*.

Esta última propuesta (la de la extensión de la responsabilidad subsidiaria a todas las contratistas), además de suponer una mayor coherencia en la protección normativa de los trabajadores subcontratados —ya que es precisamente en las contratistas auxiliares o complementarias (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.) donde los trabajadores requieren mayor tutela dada la escasa capacidad patrimonial y económica de las empresas contratistas y el mayor riesgo por ello de que incumplan sus obligaciones laborales por insolvencia— vendría a cumplir también *“fines eugenésicos”*, esto es, podría coadyuvar a *“depurar”* el mercado de las contratistas, ya que las empresas comitentes controlarían más la contratación con las empresas contratistas para no tener que responder subsidiariamente de sus incumplimientos.

8. La responsabilidad en materia salarial de los empresarios principales o comités y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente

En estos casos, la ley (Art. 42.1 y 2 del ET) responsabiliza solidariamente a este último respecto de las obligaciones de naturaleza salarial de todo tipo según la definición de salario del Art. 26.1 del ET (salario base, complementos salariales, pagas extraordinarias y retribución de las horas extraordinarias realizadas y de los descansos semanal y festivo y de las vacaciones, contraídas durante el periodo de vigencia de la concesión, contrata o subcontrata y no de las contraídas anterior o posteriormente a éstas (por todas, SS.TS de 17 de mayo de 1996, Rec. 1902/1995 de 3 de febrero de 2021, Rec. 2584/2019), derivadas de la ley, del convenio colectivo aplicable (solo

del convenio colectivo sectorial en el sector público: Art. 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos en el sector público) o del contrato individual de trabajo.

De esta responsabilidad salarial se excluyen las percepciones extrasalariales a que se refiere el Art. 26.2 del ET (las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos), de las que responde únicamente la empresa concesionaria, contratista o subcontratista (por todas, STS de 2 de mayo de 1998 o de 31 de enero y 1 de febrero de 2006), los salarios de tramitación, por entender que poseen una naturaleza indemnizatoria y no salarial (STS de 23 de enero de 2001) o las indemnizaciones por despido improcedente (SS.TS de 27 de junio de 1988 o de 20 de mayo de 1998). Respecto del salario de las vacaciones no disfrutadas, la jurisprudencia ha considerado que se trata de salario (SS.TS de 11 de noviembre de 2013 o de 23 de diciembre de 2014).

Esta responsabilidad será exigible durante el periodo de vigencia de la concesión, contrata o subcontrata y durante el año siguiente a la finalización del encargo, siempre que el derecho exigido no hubiera prescrito por el transcurso del plazo establecido (Art. 42.2 del ET; STS de 5 de diciembre de 2017, Rec. 2664/2015).

9. La responsabilidad en materia de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente

La Ley establece también una responsabilidad solidaria entre las empresas principal y concesionaria o contratista (extensible a las empresas subcontratistas) respecto de las obligaciones legales de seguridad social (afiliaciones/altas, cotizaciones y prestaciones debidas por falta de afiliación, alta y cotización) contraídas por la empresa contratista (o subcontratista) durante la vigencia de la contrata (o subcontrata) con sus trabajadores, excluidas las mejoras de las prestaciones (SS.TS de 19 de mayo de 1998 o de 5 de diciembre de 2017).

Esta responsabilidad será exigible durante el periodo de vigencia de la contrata (o subcontrata) y durante los tres años siguientes a su finalización, con independencia de que rija el principio de automaticidad y de que las prestaciones sean anticipadas por la Seguridad Social (por todas, SS.TS de 19 de mayo de 1998 o de 16 de septiembre de 1999).

De esta responsabilidad en materia de seguridad social podrá ser exonerado el empresario principal cuando, en uso de su facultad legal de comprobar con carácter previo al inicio de la actividad contratada que el contratista cumple con sus obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social con sus trabajadores (Art. 16.5 de la LGSS), hubiera recabado por escrito certificación negativa por descubier-

tos del contratista (o subcontratista) y la Tesorería General de la Seguridad Social no hubiese contestado en el término improrrogable de treinta días (Art. 42.2 del ET; STS de 3 de febrero de 2021. Rec. 2584/2019). En todo caso, el incumplimiento por parte del empresario principal de este deber de comprobación constituye una infracción administrativa grave en materia de Seguridad Social por cada uno de los trabajadores afectados (Art. 22.11 de la LISOS).

Estas responsabilidades solidarias en materia salarial y de seguridad social alcanzan a todos los empresarios en una cadena de concesiones, contrata y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos (por todas, SS.TS de 9 de julio de 2002 o de 23 de septiembre de 2008; SS.TSJ de Galicia, de 15 de marzo de 2004 o de 31 de marzo de 2004).

Así pues, los trabajadores o las entidades gestoras de la seguridad social podrán reclamar a cualquiera de los empresarios implicados (Art. 1144 del Código Civil) y si la acción se dirigió contra uno de los deudores solidarios, podrán con posterioridad entablarse acciones contra los demás hasta que la deuda no resulte cobrada por completo. En el bien entendido que las acciones de reclamación de cantidad a la empresa contratista o subcontratista empleadora por parte de los trabajadores no interrumpen el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad solidaria por la misma deuda a la empresa principal (STS de 5 de diciembre de 2017).

10. La responsabilidad en materia de derechos de información de los trabajadores de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente

Los trabajadores de la empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal o comitente para la cual están prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal (Art. 42.3 del ET).

La empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata (Art. 42.5 del ET; STS de 22 de junio de 2012, Rec. 176/2011):

- Del nombre y razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal.
- Del objeto y duración de la contrata, del lugar de ejecución de la contrata, en su caso del número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo del empresario principal y de las medidas

previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando los trabajadores de las empresas concesionarias, contratistas y subcontratistas no tengan representación legal pero compartan centros de trabajo con la empresa principal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, pero no las reclamaciones respecto de la empresa contratista o subcontratista de la que dependen (Art. 42.6 del ET).

Asimismo, la empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberá informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen (Art. 42.3 del ET).

El incumplimiento por parte de las empresas de esta obligación de información se tipifica como una infracción administrativa grave (Art. 7.11 de la LISOS).

Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el Art. 64.2 c) del ET, cuando la empresa principal concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa concesionaria, contratista o subcontratista, con independencia de que su objeto se corresponda o no con la su propia actividad, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos (Arts. 42.4 del ET y 18.1 y 24.1 y 2 de la LPRL):

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

La STS de 20 de junio de 2012 matiza que del Art. 42.4 del ET se deduce que el derecho de los representantes de los trabajadores a *“recibir información por escrito, del número de trabajadores ocupados en la empresa, tanto en relación a las empresas contratistas y subcontratistas, como en los casos de asistencias técnicas y encomiendas de gestión”* pero no sobre otros extremos como *“la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría profesional”*, pues no cabe *“llevar el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que el mismo se regula”*.

Cuando las empresas (principal, concesionaria, contratista o subcontratista) compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer

de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores. Se tipifica como infracción administrativa grave el incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa principal (Art. 7.12 de la LISOS).

11. La responsabilidad en materia laboral y de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente

En el caso de concesiones, contrata o subcontrata de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente, la ley (Arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS) establece tan solo una responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto del empresario concesionario, contratista o subcontratista en el caso de insolvencia de estos últimos en cuanto a las obligaciones legales de Seguridad Social (afiliaciones/altas, cotizaciones y prestaciones) —no respecto de las mejoras de la Seguridad Social (SS.TS de 14 de febrero de 2000 y de 22 de diciembre de 2000)—, contraídas durante la vigencia de la concesión, contrata o subcontrata con sus trabajadores.

Esta responsabilidad será exigible durante la vigencia de la contrata y durante los cuatro años siguientes a su finalización (Arts. 24.1, 142.1 y 168.1 de la LGSS).

Como ha señalado la STS de 23 de septiembre de 2008, *“los Arts. 42.2 del ET y 168.1 de la LGSS establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción “sin perjuicio” que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del Art. 42.2 del ET; si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el Art. 168.1 de la LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena solo en el supuesto en que el empleador subcontratista “fuese declarado insolvente”.*

Por lo demás, la Ley no establece ninguna responsabilidad respecto de las obligaciones salariales.

12. Las exclusiones de responsabilidad de determinados empresarios principales o comitentes

En todo caso, la ley establece la exclusión de responsabilidades *“cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda*

contratar un cabeza de familia (esto es, un particular) *respecto de vivienda*” así como *“cuando el propietario de la obra o industria* (esto es, el empresario principal) *no contrate su realización por razón de una actividad empresarial*” (Arts. 42.2 ET y 168.1.2º LGSS).

En realidad, se trata de *“exclusiones declarativas”* ya que en el primero de estos casos propiamente no hay un empresario y en el segundo, la contrata no se refiere a la actividad propia del empresario principal o comitente.

13. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas

En cuanto a las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de los empresarios concesionarios, contratistas o subcontratistas con sus trabajadores, existe una normativa especial en la LPRL.

Cuando en un mismo lugar de trabajo concurren trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin:

- 1º) Habrá un deber de información recíproca de todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes sobre los riesgos que cada uno de ellos genera en el lugar de trabajo, sobre todo de aquellos que pueden verse agravados por la concurrencia de actividades (Arts. 24.1 de la LPRL y 4 del RD 171/2004, de 30 de enero). Esta información ha de ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes relevantes a efectos preventivos y cuando se produzca una situación de emergencia (Art. 4.3 del RD 171/2004). La información se proporcionará por escrito cuando la empresa genere riesgos graves o muy graves (Art. 4.2 del RD 171/2004).
- 2º) Deberán establecer las medidas de coordinación para la prevención de los riesgos laborales que consideren necesario, teniendo en cuenta el grado de peligrosidad de las actividades desarrolladas, el número de trabajadores presentes en el lugar de trabajo y la derivación de la concurrencia de las actividades desarrolladas (Art. 5 del RD 171/2004), pudiendo elaborar un plan de emergencia conjunto y, desde luego, pudiendo constituir u servicio de prevención mancomunado, como previene expresamente el Art. 21.1 del RSP: *“Podrán constituirse servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial”*.
- 3º) Cada empresario deberá tener en cuenta la información recibida de las demás empresas y trabajadores autónomos concurrentes en la evaluación de riesgos y en la planificación de su actividad preventiva (Art. 4.4 del RD 171/2004).

- 4º) Cada empresario deberá informar a sus trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el lugar de trabajo (Art. 4.5 del RD 171/2004).

En los casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular, las obligaciones se encuentran repartidas entre los distintos empresarios concurrentes. Así (Arts. 24.2 de la LPRL y 6 a 9 del RD 171/2004):

- a) El empresario titular del centro de trabajo deberá adoptar las siguientes medidas:

- 1ª) En primer lugar, un deber de cooperación con las otras empresas y trabajadores autónomos concurrentes (Arts. 4 y 5).
- 2ª) En segundo lugar, un deber de información a las empresas y trabajadores autónomos concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo, las medidas de prevención adoptadas y las medidas de emergencia a aplicar (Art. 7.1).

Esta información debe ser suficiente y habrá de proporcionarse (Art. 7.2):

- Antes del inicio de las actividades.
- Cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo relevante a efectos preventivos.
- La información se proporcionará por escrito cuando los riesgos sean graves o muy graves (Art. 7.3).

- 3ª) En tercer lugar, un deber de coordinación de la información en materia preventiva recibida de las demás empresas y trabajadores autónomos concurrentes, dando instrucciones a éstos acerca de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas preventivas adoptadas (Art. 8.1 y 3).

Estas instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos y medidas preventivas existentes (Art. 8.2).

Las instrucciones habrán de proporcionarse (Art. 8.3):

- Antes del inicio de las actividades.
- Cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo relevante a efectos preventivos.
- Las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes sean graves o muy graves (Art. 8.4).

- b) Los empresarios concurrentes deberán adoptar las siguientes medidas:

- 1ª) En primer lugar, un deber de cooperación con la restantes empresas y trabajadores autónomos concurrentes (Arts. 4 y 5), canalizables a través del empresario titular del centro de trabajo (Art. 8.1 y 3).
- 2ª) En segundo lugar, deberán tener en cuenta la información recibida del empresario titular del centro de trabajo en la evaluación de riesgos y en la planificación de su actividad preventiva (Art. 9.1).
- 3ª) En tercer lugar, deberán cumplir las instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo (Art. 9.2).
- 4ª) En cuarto lugar, deberán informar a sus trabajadores de la información e instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo (Art. 9.3).

En los casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal (Arts. 24.3 de la LPRL y 10 del RD 171/2004), el empresario principal, además de los deberes de cooperación (Arts. 4 y 5), de información (Art. 7) y de coordinación (Art. 8), está obligado a vigilar el cumplimiento de la normativa de la prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo (Art. 10.1).

El deber de vigilancia del empresario principal se concreta en las siguientes obligaciones:

- 1ª) Antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo, exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado para las obras y servicios contratados la evaluación de riesgos y la planificación preventiva (Art. 10.2).
- 2ª) Igualmente, exigirá de éstas que le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de sus trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo (Art. 10.2).
- 3ª) Deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos (Art. 10.3).

Las acreditaciones de la empresa subcontratista deberán ser exigidas por la empresa contratista para su entrega al empresario principal (Art. 10.2).

La obligación de vigilancia no puede interpretarse como una obligación de carácter absoluto sino relativo, que alcanzaría a todo aquello que razonablemente (a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso) pueda ser objeto de fiscalización. Se trataría, así, de una obligación de razonable supervisión por parte de la empresa principal de las tareas preventivas de la contratista, sin que pueda exigírsele un control diario y permanente de la empresa contratista o subcontratista y de sus

trabajadores, lo que iría probablemente contra la idea misma de la descentralización productiva perseguida con la contrata. No podrá, así, exigírsele al empresario que lleve a cabo una “*función cuasipolicial*” (STSJ de Cataluña, de 4 de junio de 1994, Ar/2542).

El incumplimiento de estas obligaciones puede constituir infracción administrativa leve (Art. 11.4 y 5 de la LISOS), grave (Arts. 12, 13 y 14 de la LISOS) o muy grave (Art. 13.7 y 8 de la LISOS).

En todo caso, la responsabilidad “*ex Art. 164 de la LGSS*” por recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por accidente de trabajo o enfermedad profesional por defectos en las medidas de seguridad, podrá ser atribuida al empresario principal o comitente, independientemente de que las tareas contratadas correspondan o no a su propia actividad (STS de 18 de septiembre de 2018, Rec. 144/2017).

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS CEDENTE Y CESIONARIO EN EL CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

14. La cesión ilegal de trabajadores

El Art. 43 del ET regula la cesión de trabajadores entre empresas. Con la finalidad de erradicar a los intermediarios en la contratación de los trabajadores, que reclutan y contratan trabajadores para cederlos a otras empresas sin incorporarlos a sus plantillas, esto es, a los trabajadores “*traficantes de mano de obra*” del mercado de trabajo que se lucran facilitando a las empresas trabajadores a cambio de un precio, la ley prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa salvo que se trate de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los términos establecidos en la Ley 14/1994, de 1 de junio, en cuyo caso la cesión temporal de los trabajadores será lícita (Art. 43.1 del ET).

Cualquier otro supuesto de cesión temporal de trabajadores de una empresa a otra distinta del realizado por una ETT será constitutivo de una cesión ilegal de trabajadores, salvo el de cesión de trabajadores a otra empresa del mismo grupo justificada por razones organizativas (por todas, SS.TS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998).

En algunas relaciones laborales especiales se admite la cesión temporal de los trabajadores. Así ocurre con los deportistas profesionales (Art. 11 del RD 1006/1985), con los trabajadores de alta dirección (Art. 9 del RD 1382/1985) o con los estibadores portuarios (Real Decreto-Ley 8/2017).

Es en el sector de los servicios donde se producen más frecuentemente este tipo de cesiones ilegales de trabajadores (marketing, informática, limpieza, vigilancia, etc.).

Ha sido históricamente la jurisprudencia, y no la ley, la que ha venido delimitando la frontera entre la cesión ilegal de trabajadores (también denominada *contrata de mano de obra* o *seudocontrata*) y la contrata y subcontrata legales.

La jurisprudencia ha entendido que existe cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca una simulación empresarial, esto es, cuando la supuesta empresa contratista o subcontratista *“sea una empresa aparente, sin estructura ni entidad propias, sin bienes, patrimonio ni una verdadera organización empresarial”* (por todas, STS de 2 de octubre de 2007), dando lugar al fraude de ley (Art. 6.4 del Código Civil), y ha concretado los siguientes indicios de la existencia de una verdadera contrata o subcontrata de obras o servicios:

- 1º) En primer lugar, que la empresa contratista/subcontratista posea una infraestructura y unos medios de producción propios materiales (sede, centro de trabajo, maquinaria, instrumentos de trabajo, plantilla, etc.) y personales (personal directivo, técnicos y trabajadores en general), no bastando con que la empresa esté válidamente constituida, teniendo personalidad jurídica propia e inscrita en la Seguridad Social (por todas, STS de 27 de septiembre de 2011, Rec. 44095/2011), salvo que se trate de contratas de servicios (de mantenimiento, de limpieza, de seguridad, etc.) en los que la empresa principal puede proporcionar la infraestructura o no existan centros de trabajo diferenciados de las empresas principal y contratista/subcontratista (esto ocurre en algunas contratas de servicios tales como las de mantenimiento, de vigilancia, de montaje, de limpieza o de construcción) (STS de 4 de octubre de 1996). En estos casos habrá que fijarse más en otros indicios, tales como que la organización del trabajo corresponda a la empresa contratista y no a la empresa principal.

Se trata, en el fondo, de preguntarse qué es lo que aporta la empresa contratista: si solo aporta trabajadores o si, además de éstos, aporta unos medios materiales y la organización de unos y de otros. Solo en este último caso estaremos en presencia de una verdadera contrata, lo que no sucede cuando esos medios materiales son proporcionados por la empresa principal.

Ahora bien, lo anterior constituye solamente una primera condición o una condición *sine qua non* para que exista una verdadera contrata. Además de ello, se necesita que esa empresa contratista aporte a la actividad algo más que la mano de obra, poniendo a disposición de la actividad contratada los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial (por todas, SS.TS de 14 de septiembre de 2001 o de 17 de enero de 2002).

- 2º) En segundo lugar, que la empresa contratista/subcontratista tenga una organización, control y dirección de la actividad laboral de los trabajadores, sin perjuicio en su caso de que la empresa principal o contratante pueda tener una facultad de supervisión o que las órdenes técnicas las de la empresa principal, si bien es importante a los efectos de la calificación jurídica del supuesto, que se *“triangle”* entre la empresa principal, la empresa contratista y el trabajador, sin que sean los mandos de la empresa principal sino los de la empresa contratista los que den las órdenes o instrucciones directamente a los trabajadores de la empresa contratista (por todas, SS.TS de 10 de enero de 2017, Rec. 1670/2014 o de 6 de mayo de 2020, Rec. 2414/2017).

Hay, desde luego, supuestos en los que este indicio queda diluido por prestar sus servicios los trabajadores de la empresa contratista en el centro de trabajo de la empresa principal y, en ocasiones, conviviendo con trabajadores de la empresa principal que realizan idénticas funciones que son complementadas por aquellos. Para estos casos resulta recomendable que las instrucciones de la empresa principal, lógicamente interesada en que el encargo en que consiste la contrata se haga a su gusto, se den, no a los trabajadores de la empresa contratista directamente, sino a algún mando intermedio de esta última.

- 3º) En tercer lugar, que la empresa contratista/subcontratista asuma el riesgo empresarial, corriendo a su cargo el importe de los salarios de sus trabajadores y no al de la empresa principal o comitente, siendo la empresa contratista, y no la principal, la que asuma las pérdidas empresariales (por todas, SS.TS de 20 de octubre de 2014, Rec. 3291/2014 o de 17 de diciembre de 2019, Rec. 2766/2017). Si este riesgo de empresa se desplaza de la empresa contratista a la empresa principal no será posible conceptuar al contratista como empresario y, por ello, no podrá calificarse el supuesto de una verdadera contrata de obras o servicios.

No obstante, habrá casos en los que no resulte fácil deducir de los hechos si es el empresario principal o el contratista el que asume el riesgo y se responsabiliza de los salarios y de las cotizaciones de los trabajadores, en los supuestos de pago formal por el contratista, pero asumidos realmente por el empresario principal por estar incluidos en el precio de la contrata (por todas, SS.TS de 9 de febrero de 1987 o de 12 de diciembre de 1997).

- 4ª) Resulta irrelevante, si bien sea ciertamente un indicio, la exclusividad o no de la contrata (STS de 2 de diciembre de 1986).
- 5ª) Resulta irrelevante que el personal se contrate desde el principio para cederlo temporalmente a otra empresa o que se produzca la cesión temporal con posterioridad sin que esa haya sido la intención inicial de la empresa (STS de 10 de julio de 2007: *"No es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tienen en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio"*).
- 6ª) Resulta irrelevante que se trate de dos empresarios reales y no aparentes, *"si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta"* (STS 16 de febrero de 1989), bastando con que *"la organización de la empresa no se haya puesto en juego, limitándose su actividad a al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria"* (por todas, SS.TS de 19 de enero de 1994, de 4 de julio de 2013 o de 20 de octubre de 2014).

- 7ª) Resulta irrelevante que la empresa contratista persiga o no ánimo de lucro (por todas, SS.TS de 14 de septiembre de 2001 o de 17 de abril de 2007).
- 8ª) Por lo demás, por tratarse de una *“jurisprudencia de indicios”*, ninguno de ellos tendrá un valor absoluto, debiendo valorarse conjuntamente. En este sentido, la STS de 16 de junio de 2003, entre otras muchas, señalaba que *“la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse entre ellos la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.)”*.
- 9ª) En todo caso, habrá que tener en cuenta la realidad y no tanto lo que aparezca formalizado en la contrata, ya que probablemente, si las contratas están bien hechas, éstas cumplirán formalmente con todas las exigencias legales para que se trate de una verdadera y propia contrata, si bien más tarde en su práctica aplicativa la realidad contradiga a lo pactado en la contrata.

Ahora bien, el Art. 43.2 del ET ha recogido posteriormente, y de manera criticable, algunos de los anteriores criterios jurisprudenciales, estableciendo que se incurrirá en la cesión ilegal de trabajadores cuando se de alguna de las siguientes circunstancias (STS de 2 de octubre de 2007, Rec. 3656/2005):

- 1ª) *“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”*. Esta circunstancia resulta ciertamente irrelevante en la práctica por incurrir en una *“petición de principio”*, esto es, que habrá cesión de trabajadores cuando el objeto de la contrata sea la cesión de trabajadores.
- 2ª) *“Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia o estable”*. Esta circunstancia coincide con el segundo de los indicios tenidos en cuenta por la jurisprudencia anterior (ver *supra*).
- 3ª) *“Que la empresa no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad”*. Esta circunstancia coincide con el primero de los indicios tenidos en cuenta por la anterior jurisprudencia (ver *supra*).
- 4ª) *“Que la empresa no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*. Lo cual, ciertamente, no es decir mucho, ya que precisamente la existencia o no de *“las funciones inherentes a su condición de empresario”* es lo que hay que dilucidar en cada caso.

Por lo demás, sobre todo, no está claro, a la vista de la literalidad de la ley (utilizando la expresión *“alguna de las siguientes circunstancias”* y uniendo todas ellas con un *“o”* disyuntivo en la redacción del precepto), si hay que entender que para que exista una cesión ilegal de trabajadores no es necesario que se den todas las circunstan-

cias que refleja el Art. 43.2 del ET, bastando con una sola (STS de 14 de febrero de 2011). Esto chocaría, sin duda, con la doctrina jurisprudencial tradicional que utilizó siempre estas circunstancias como indicios o criterios de valoración complementarios y no excluyentes, haciendo una valoración ponderada y de conjunto de los datos concurrentes (por todas, STS de 16 de junio de 2003).

Esta norma resulta de aplicación a las contrataciones administrativas realizadas por las Administraciones Públicas. En este sentido, la Disposición Adicional Primera de Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, relativa a las medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, establece lo siguiente:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el Art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin los citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias”.

Las cesiones ilegales de trabajadores más frecuentes en la práctica son las efectuados a través de una contrata o subcontrata de obras o servicios que, en el fondo, no es tal, dado que la empresa contratista no es sino un testaferro o empresa aparente creada por la empresa contratante (por todas, SS.TS de 12 de diciembre de 1997 o de 30 de mayo de 2002).

También cabe la cesión ilegal entre dos verdaderas empresas, cuando los trabajadores de una trabajan para la otra (por todas, SS.TS de 19 de enero de 1994, de 14 de septiembre de 2001, de 17 de enero de 2002 o de 16 de junio y 20 de septiembre de 2003, Ar/7092).

Son igualmente frecuentes las cesiones ilegales de trabajadores llevadas a cabo por “empresas multiservicios”. En este sentido, la Disposición Adicional Undécima de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, encomendó al Gobierno el análisis, dentro del marco del diálogo social, de las actuaciones de estas empresas multiservicios, “cuya actividad real consiste en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras em-

presas”, para que, en función de los resultados de dicho análisis, tome *“medidas para evitar las prácticas ilegales y fraudulentas”*.

Finalmente, las cesiones efectuadas por una empresa de trabajo temporal no legalizada o por una empresa de trabajo temporal legalizada en los casos prohibidos por la Ley 14/1994 (SS.TS de 4 de julio o de 26 de septiembre de 2006).

15. Las responsabilidades de los empresarios cedente y cesionario

En caso de incumplimiento de la prohibición legal, ambos empresarios, cedente y cesionario, tendrán las siguientes responsabilidades, compatibles entre ellas (Art. 43.3 del ET):

- a) Una responsabilidad contractual: los empresarios cedente y cesionario responderán solidariamente de todas las obligaciones laborales de todo tipo (no solo de las obligaciones salariales) contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (cotizaciones y prestaciones, en su caso, por falta de afiliación, alta o cotización). Así, el Art. 142 de la LGSS establece que ambos empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente del pago de las cuotas. Y el Art. 168.2 de la LGSS, por su parte, que ambos empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente del pago de las prestaciones en los supuestos de responsabilidad previstos en el Art. 167 de la LGSS.
- b) Una responsabilidad administrativa: ambos empresarios incurrirán en infracción laboral muy grave (*“por la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”*), sancionada administrativamente con la correspondiente multa (Arts. 43.2 y 8.2 de la LISOS).

Se trata de dos sanciones administrativas distintas a imponer a cada una de las dos empresas (cedente y cesionaria) por infracción laboral muy grave (STS de 31 de octubre de 1990).

- c) Una responsabilidad penal: ambos empresarios pueden incurrir en el delito de tráfico ilegal de mano de obra, sancionado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (*“Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”*: Art. 312.1 Código Penal).

En el caso de que la empresa cedente fuera una verdadera empresa, los trabajadores afectados por una cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (Art. 43.4 del ET; SS.TS de 16 de julio de 2020, Rec. 733/2018 o de 13 de octubre de 2020, Rec. 801/2018).

En el caso de que la empresa cedente no fuera una verdadera empresa, el derecho de opción del trabajador se reducirá a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria. La opción por la empresa cesionaria será en estos casos automática, por aplicación del Art. 8.1 del ET (STS de 17 de enero de 1991).

En estos casos, resulta irrelevante la modalidad contractual que tuviera el trabajador con la empresa cedente, de manera que incluso en el caso de que el contrato fuese temporal podría convertirse en indefinido en el caso de ejercitarse el derecho de opción legalmente previsto por tratarse de una novación contractual impuesta por la ley (STS de 30 de mayo de 2006).

No es necesario que transcurra un determinado plazo de tiempo para que el trabajador cedido tenga el derecho de opción, ya que el derecho de opción viene concedido por la ley al trabajador cedido, con independencia de la duración de la cesión.

Este derecho de opción podrá ejercerse *“mientras subsista la cesión”*, no si la misma ya ha concluido, aunque la cesión hubiera sido ilegal (SS.TS de 14 de septiembre de 2009, Rec. 4232/2008, de 7 de mayo de 2010, Rec.3347/2009, de 29 de octubre de 2012, Rec. 4005/2011, de 21 de junio de 2016, de 5 de octubre de 2016 o de 31 de mayo de 2017), siendo suficiente la presentación de la solicitud de conciliación previa (Arts. 63 y ss. de la LJS) aun cuando en el momento de presentación de la demanda la relación laboral ya hubiera finalizado (por todas, SS.TS de 28 de febrero de 2018, Rec. 3885/2017 o de 14 de enero de 2020, Rec. 2501/2017, cambiando el criterio jurisprudencial anterior que exigía que la cesión subsistiera en el momento de presentación de la demanda).

También *“procede ejecutar la sentencia firme... en la que se establece la existencia de cesión ilegal de trabajadores”*, aunque la relación laboral se hubiera extinguido por la empresa cedente antes de dicha sentencia firme, pues de otro modo la misma quedaría sin contenido, *“posibilitando supuestos de fraude procesal”* (STS de 13 de diciembre de 2018, Rec. 2719/2016).

Al trabajador que opte por convertirse en fijo en la empresa cesionaria le serán de aplicación desde el inicio de la prestación de servicios (por todas, SS.TS de 30 de noviembre de 2005, de 24 de noviembre de 2010 o de 4 de julio de 2013) los derechos y obligaciones aplicables a los trabajadores de la empresa cesionaria (*“los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”*), incluso aunque estos derechos y obligaciones fueran inferiores a los aplicables a la empresa cedente (SS.TS de 26 de enero de 2011, Rec.604/2010 o de 17 de marzo de 2015, Rec. 381/2014), computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal (Art. 43.4 del ET). También tendrá derecho a las diferencias salariales si la retribución de la empresa cesionaria fuese mayor que la de la cedente (STS de 4 de julio de 2013).

Esta regla se aplica incluso cuando el cesionario sea una Administración Pública, si bien en tal caso el trabajador cedido no adquirirá la condición de fijo de plantilla, sino la de *“trabajador indefinido no fijo de plantilla”* (por todas, SS.TS de 19 de octubre de 2009, Rec. 757/2008 o de 2 de noviembre de 2018, Rec. 2148/2016), lo que significa que el contrato del trabajador podrá extinguirse si la Administración amortiza el

puesto de trabajo o lo cubre acudiendo al procedimiento reglamentario de cobertura de la plaza.

Las condiciones de la empresa a la que se ha prestado efectivamente los servicios deben aplicarse *ex tunc*, esto es, desde el principio y no sólo a partir de la sentencia declarativa (por todas, STS de 4 de julio de 2013, Rec. 2637/2012).

La prohibición legal de cesión de trabajadores tiene las siguientes excepciones:

- 1ª) En primer lugar, las cesiones temporales de trabajadores efectuadas a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los términos legalmente establecidos (Art. 43.1 del ET). El Art. 6.2 de la Ley de 14/1994, sobre las ETT, enumera los supuestos tasados en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición y su duración máxima (*"Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el Art. 15 del Estatuto de los Trabajadores"*), previendo expresamente además una serie de supuestos en los que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición (Art. 8 de la Ley 14/1994):

"Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.*
- b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos.*
- c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.*
- d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal".*

- 2ª) En segundo lugar, las cesiones de trabajadores en determinadas relaciones laborales especiales. Así:

- a) La **cesión** temporal de deportistas profesionales entre clubs cuando el deportista de su consentimiento (Art. 11 del RD 1006/1985).
- b) El trabajador común que pasa a desempeñar actividades de alta dirección *"en la misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar"* (Art. 9 del RD 1382/1985).

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS USUARIAS Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

16. Las empresas de trabajo temporal

La normativa aplicable a las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) se encuentra en la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT, Arts. 18 y 19 de la LISOS, RD 4/1995, de 13 de enero y RD 216/1999, de 5 de febrero. En todo lo no previsto en la Ley 14/1994, se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa y el trabajador y entre éste y la empresa usuaria (EU) (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994) y en todo lo no previsto en la Ley 14/1994 se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la ETT y la EU (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994).

Se denomina ETT a aquella empresa cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa (EU), con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. Las ETT podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos exigidos por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (Art. 1 de la Ley 14/1994).

La ley establece la necesidad de obtener una autorización administrativa (cuyo número y autoridad que la haya concedido deben figurar en su publicidad y ofertas de empleo: Art. 4.3 de la Ley 14/1994), considerándose cesión ilegal de trabajadores la actividad llevada a cabo por una ETT sin autorización (STS de 10 de junio de 2003), para cuya obtención se exigen los requisitos siguientes (Art. 2.1 de la Ley 14/1994):

- 1ª) Ser persona física o jurídica, incluidas las cooperativas, debidamente constituidas e inscritas de acuerdo con su legislación específica (Disposición Adicional Tercera.1 de la Ley 14/1994).
- 2ª) Disponer de una estructura organizativa adecuada (*“que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social”*). En todo caso, la ETT deberá contar con un número mínimo de doce trabajadores contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos estables o de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de trabajadores cedidos, dividido por 365. Este requisito mínimo deberá acreditarse para la concesión de la primera prórroga anual, y mantenerse en lo sucesivo adaptándolo anualmente a la evolución del número de contratos gestionados.
- 3ª) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de ETT, sin perjuicio de su actuación como agencia de colocación, previamente autorizada.
- 4ª) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.
- 5ª) Garantizar financieramente el cumplimiento de sus obligaciones salariales, indemnizatorias y de Seguridad Social para con sus trabajadores. Los im-

portes mínimos de dicha garantía son los siguientes: a) Veinticinco veces el salario mínimo interprofesional vigente en ese momento, en cómputo anual, para obtener la autorización y durante el primer año de ejercicio; b) El 10 por 100 de la *“masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, para los ejercicios subsiguientes, debiendo actualizarse anualmente dicho importe que en ningún caso podría ser inferior al indicado”* (Art. 3.2 y 3 de la Ley 14/1994), lo que deberá acreditarse documentalmente dentro de los tres primeros meses de cada año natural (Art. 8.3 del RD 216/1999).

- 6ª) No haber sido sancionada con suspensión de actividades en dos o más ocasiones.
- 7ª) Incluir en su denominación los términos *“empresa de trabajo temporal”* (Art. 2.1 de la Ley 14/1994).

La autoridad laboral que conceda la autorización administrativa llevará un Registro de las ETT, de carácter público (pudiendo certificarse los asientos registrales), en el que se inscribirán las ETT autorizadas y las vicisitudes que sufran (Arts. 4.1 de la Ley 14/1994 y 11 del RD 4/1995).

Las ETT están obligadas a comunicar a la autoridad administrativa una relación de contratos de puesta a disposición celebrados, los datos relativos a la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior y los cambios de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y cese de la actividad (Arts. 5 de la Ley 14/1994 y 17 del RD 4/1995).

El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la ETT y la empresa usuaria (EU) teniendo por objeto la cesión temporal de un trabajador de la ETT para prestar servicios en la EU, a cuyo poder de dirección quedará sometido (Art. 6.1 de la Ley 14/1994).

Podrán realizarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una EU en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la EU podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el Art. 15 del ET, esto es, en los casos siguientes (Art. 6.2.1 de la Ley 14/1994):

- 1º) Una temporalidad por circunstancia de la producción.
- 2º) Un trabajo fijo discontinuo.
- 3º) Una interinidad por sustitución o por ocupación de vacante.
- 4º) Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una EU en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la EU podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación en alternancia, conforme a lo dispuesto en el Art. 11 del ETT (Art. 6.2.2 de la Ley 14/1994).

La ley excluye expresamente los siguientes supuestos (Art. 8 de la Ley 14/1994):

- 1º) Para sustituir a trabajadores en huelga en la EU.

- 2º) Para realizar actividades y trabajos especialmente peligrosos.
- 3º) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa hubiese amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente, por despido (individual o colectivo) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por resolución unilateral del trabajador por incumplimiento grave y culpable del empresario.
- 4º) Para ceder trabajadores a otras ETT.
- 5º) Cuando no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales en el puesto de trabajo para el que se quiere contratar al trabajador temporal (Art. 12.3 de la Ley 14/1994).

La ETT y la EU serán responsables, por infracción grave, por formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos expresamente por la ley (Arts. 18.2.c) y 19.2.b) de la LISOS). Ambas empresas serán igualmente responsables, por infracción muy grave, por formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos reglamentariamente considerados peligrosos para la salud o seguridad de los trabajadores (Arts. 18.3 b) y 19.3 b) de la LISOS). La EU será responsable, por infracción muy grave, de los actos lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros puestos a disposición por una ETT (Art. 19.3. a) de la LISOS).

En cuanto a la duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los Arts. 11 y 15 del ET para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 12.3 de la Ley 14/1994 en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios (Art. 7.1 de la Ley 14/1994).

Si al finalizar el plazo de puesta a disposición continuara el trabajador prestando servicios en la EU, se le considerará vinculado a ella por un contrato por tiempo indefinido (Art. 7.2 de la Ley 14/1994).

Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la EU a la finalización del contrato de puesta a disposición (Art. 7.3 de la Ley 14/1994).

El contrato de puesta a disposición se formalizará siempre por escrito y en modelo oficial (Arts. 6.3 de la Ley 14/1994 y 14 del RD 4/1995), debiendo figurar como mínimo los datos siguientes (Art. 14 del RD 4/1995):

- a) Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización y su vigencia temporal, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- b) Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

- c) Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica, según lo previsto en el Art. 6.2 de la Ley 14/1994.
- d) Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.
- e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir.
- f) Duración estimada del contrato de puesta a disposición.
- g) Lugar y horario de trabajo.
- h) Precio convenido.
- i) La consignación del salario calculado por unidad de tiempo, correspondiente al puesto de trabajo a desarrollar por el trabajador temporal establecido en el convenio colectivo aplicable a la EU (Art. 11.1 de la Ley 14/1994).

El incumplimiento de las exigencias formales para el contrato de puesta a disposición será infracción leve, de tratarse de la no cumplimentación de los términos reglamentarios, e infracción grave, de no formalizarse por escrito (Art. 18.1 a) y 2 b) de la LISOS).

La ETT deberá suministrar a la EU la siguiente documentación respecto de los trabajadores que haya cedido (Art. 17 del RD 4/1995):

- a) Copia del contrato de trabajo o de la correspondiente orden de servicio.
- b) Documentación acreditativa de haber cumplido las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con dichos trabajadores.

La EU está obligada a informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los 10 días siguientes a su celebración (Art. 9 de la Ley 14/1994).

Los representantes de los trabajadores de la EU representarán a los trabajadores temporales en las reclamaciones frente a ésta, sin que su crédito de horas mensuales retribuidas se amplíe por ello (Art. 17.1 de la Ley 14/1994).

El objeto del contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador es la prestación de servicios temporales en la EU (Art. 10.1 de la Ley 14/1994).

El trabajador tiene derecho a la gratuidad de los servicios de la ETT, siendo *“nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación”* (Art. 12.4 de la Ley 4/1994).

El contrato de trabajo podrá concertarse: por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición (Art. 10.1 de la Ley 14/1994), siendo posible pactar la realización de un periodo de prueba.

Si el contrato se celebra con carácter indefinido, la ETT debería entregar al trabajador, en cada misión, una *“orden de servicio”*, indicando los extremos establecidos en

el Art. 16.5 del RD 4/1995. En estos casos se aplicará la normativa laboral de carácter general, esto es, el ET y las normas concordantes (Art. 11.2 de la Ley 14/1994). Habrá obligación de pagar el salario y de cotizar a la Seguridad Social en los periodos de inactividad entre misión y misión por los trabajadores temporales contratados por tiempo indefinido, residiendo en ello la diferencia de régimen jurídico con los trabajadores contratados por la ETT por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.

Cabe asimismo la celebración de un único contrato de trabajo para atender varios contratos sucesivos de puesta a disposición con distintas empresas usuarias, siempre que éstos *“estén plenamente determinados en el momento de la firma”* de aquél y respondan en todos los casos a contrataciones por circunstancias de la producción ajustadas al Art. 15 del ET (Art. 10.3 de la Ley 14/1994), en cuyo caso deberá *“formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición”*, con sujeción a los mismos requisitos respecto de cada una de ellas.

Cuando se trate de un contrato en prácticas o para la formación en alternancia se incluirán también los datos mencionados respectivamente en los apartados 3 y 4 del Art. 16 del RD 4/1995.

Igualmente, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el Art. 15 del ET, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.

Toda contratación efectuada más allá de lo permitido por la ley será considerada cesión ilegal de trabajadores y con las consecuencias siguientes (Arts. 43.1 del ET y 16.3 de la Ley 14/1994): una eventual responsabilidad penal (Art. 312 del Código Penal), una responsabilidad administrativa (Arts. 18.2.c) y 3.b) y 19.2. b) y 3 a) y b) de la LISOS), una responsabilidad solidaria de la ETT y la EU respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas con los trabajadores y la adquisición de la condición de trabajadores fijos en la EU.

Estos contratos deberán formalizarse siempre por escrito y por triplicado, de acuerdo con lo establecido para cada modalidad contractual (Arts. 10.1 de la Ley 14/1994 y 15.1 del RD 4/1995). Los contratos celebrados sin forma escrita se presumirán concertados por tiempo indefinido y a jornada completa con la ETT, salvo prueba de su temporalidad y duración parcial de la actividad (Art. 8.2 del ET).

La ETT deberá comunicar a la Oficina Pública de Empleo la celebración de estos contratos (Arts. 10.1 de la Ley 14/1994 y 15.1 del RD 4/1995), deberá informar por escrito al trabajador de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (Art. 8.5 del ET), deberá remitir a los representantes de los trabajadores una copia básica del contrato (Art. 8.3 del ET). El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado administrativamente por la LISOS.

Las normas del ET sobre suspensión y extinción contractuales, ante el silencio legal, son aplicables a estos contratos (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994).

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, en los mismos supuestos a que hace referencia el Art. 49.1 c) del ET, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición, aunque cabe su prorrateo durante la vigencia del mismo (Art. 11.2 de la Ley 4/1994).

Si el contrato estuvo vinculado a uno o varios contratos de puesta a disposición ilegales, su extinción equivaldrá a un despido y la correspondiente indemnización deberá calcularse computando los años de servicio desde el primer contrato de puesta a disposición (STS de 16 de abril de 2012, Rec.558/2011).

En cuanto al cómputo de la antigüedad a efectos de la indemnización por despido por utilización fraudulenta de contratos de puesta a disposición se tomarán en cuenta los diversos contratos realizados por la empresa usuaria aun con diversas ETT para las mismas funciones con el mismo trabajador y se acumularán todos ellos (STS de 16 de abril de 2012, Rec.558/2011).

17. La responsabilidad de las empresas usuarias y de las empresas de trabajo temporal

La ETT es responsable frente al trabajador:

- 1º) Del *“cumplimiento de las obligaciones salariales y de seguridad social”* (Art. 12.1 de la Ley 4/1994), responsabilidad que está respaldada por la garantía constituida al efecto (Arts. 2.1 d y 3 de la Ley 4/1994 LETT y 8 del RD 4/1995).
- 2º) De la aplicación de las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos) que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la EU para ocupar el mismo puesto (Art. 11.1 de la Ley 4/1994), incluidas las disposiciones relativas a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (Art. 11.1 de la Ley 4/1994) y a las medidas adoptadas para combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (Art. 11.1 de la Ley 4/1994).

Por remuneración hay que entender todas las retribuciones económicas, fijas o variables —incluyendo la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones— que estén vinculadas al puesto de trabajo a desarrollar y estén establecidas para dicho

puesto en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria (Art. 11.1 de la Ley 4/1995), tanto si se trata convenio colectivo estatutario como de un convenio extraestatutario o pactos de empresa (por todas, SS.TS de 7 de febrero de 2007, Rec. 101/2005 o de 220 de octubre de 2020, Rec. 110/2019).

- 3º) En el supuesto de que la ETT hubiera celebrado contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, estos tendrán derecho a que la ETT cumpla las obligaciones en materia formativa establecidas en el Art. 11.2 del ET y sus normas de desarrollo (Art. 12.3 bis de la Ley 4/1994).

En este sentido, el gasto de las ETT en materia de formación preventiva es computable (Art. 12.3 de la Ley 4/1994) en orden al cumplimiento de su obligación, establecida por el Art. 12.2 de la Ley 4/1994, de destinar a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias el 1 por ciento de la masa salarial. Esta obligación es independiente de la general empresarial de cotización por formación profesional. La inobservancia de esta regla constituye infracción administrativa grave (Art. 18.2 d) de la LISOS).

Los derechos y obligaciones de la EU y del trabajador temporal serán los siguientes:

- 1º) Las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por la EU mientras dure la puesta a disposición (Art. 15.1 de la Ley 14/1994).
- 2º) El poder disciplinario del Art. 58 del ET, si bien pertenece a la ETT, se encuentra compartido legalmente con la EU: *“cuando una EU considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la ETT a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes”* (Art. 15.2 de la Ley 14/1994).
- 3º) La EU responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica por fin de contrato (Art. 16.3 Ley 14/1994 y 10 del RD 4/1995), salvo que el contrato de trabajo se hubiera celebrado en contra de lo previsto en los Arts. 6 y 8 de la Ley 4/1994, en cuyo caso la responsabilidad será solidaria (Art. 16.3 de la Ley 4/1994).
- 4º) En materia de prevención de riesgos laborales, las obligaciones se encuentran repartidas entre la EU y la ETT. Así:
- a) La ley obliga a la EU a informar al trabajador temporal, con carácter previo al inicio de la prestación de los servicios en la misma, sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos (Art. 16.1 de la Ley 14/1994). La falta de información constituirá una infracción administrativa grave de la EU (Art. 19.2 d) de la LISOS).

- b) La EU será la única responsable de la protección de los trabajadores temporales en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluido el recargo por prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por causa de falta de medidas de seguridad e higiene a que se refiere el Art. 93 de la LGSS (Art. 16.2 de la Ley 14/1994).
 - c) A la ETT le corresponde tan sólo el cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud (Arts. 28.5 de la LPRL y 12.3 de la Ley 14/1994).
- 5º) El trabajador temporal, durante la vigencia contrato de puesta a disposición tendrá derecho a utilizar el transporte e instalaciones colectivas de la EU (comedor, guardería u otros servicios) (Art. 17.2 de la Ley 14/1994).
 - 6º) Los trabajadores tendrán derecho a presentar reclamaciones a la EU a través de los representantes de los trabajadores de la EU en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral (Art. 17.1 de la Ley 14/1994).
 - 7º) La EU está obligada a informar a los trabajadores cedidos por la ETT de la existencia de puestos de trabajo vacantes, en orden a acceder en su caso a los mismos (Art. 17.3 de la Ley 14/1994).
 - 8º) Mediante la negociación colectiva podrán adoptarse medidas para facilitar el acceso a los trabajadores temporales a la formación disponible por los trabajadores de la EU (Art. 17.4 de la Ley 14/1994).

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

18. Los grupos de empresas

La existencia de grupos de empresas —tanto en el sector privado como en el público (incluyendo dentro de éste a las propias Administraciones Públicas y empresas de ellos dependientes)—constituye un fenómeno absolutamente consolidado en este país y cada vez más extendido. Con ello se pretende diversificar la actividad empresarial y con ella los riesgos y las responsabilidades

Se trata de un fenómeno complejo debido a la variedad de formas con las que se presenta: el grupo puede estructurarse jerárquica o coordinadamente. El elemento característico de los grupos reside en que las empresas que los integran, si bien son independientes entre sí desde la perspectiva jurídico formal, actúan con criterios de subordinación entre ellas, lo que permite deducir la existencia de una cierta unidad económica, lo que implica una separación entre la realidad jurídica y la realidad económica. Así pues, en los grupos de empresas hay siempre dos elementos comunes: un capital y una dirección.

Aunque el grupo de empresas más frecuente sea el de un grupo de sociedades titulares de empresas, también pueden darse grupos de empresarios personas físicas (SS.TS de 10 de abril de 2001 o de 6 de marzo de 2002).

19. La responsabilidad de los grupos de empresas

El principal problema jurídico que plantean los grupos de empresas en el Derecho Laboral es el de determinar si son una sola empresa o tantas como integrantes del grupo con personalidad jurídica propia en las relaciones laborales individuales a los siguientes efectos:

- a) En primer lugar, para determinar quién es el sujeto responsable de las obligaciones empresariales con los trabajadores. En este caso, a la parte empresarial le interesa que responsables sean cada una de las empresas del grupo y no el grupo.
- b) En segundo lugar, para determinar el alcance de la libre circulación de los trabajadores dentro del grupo. En este caso, a la parte empresarial le interesa que considere al grupo como una unidad empresarial que facilite la movilidad dentro del mismo.
- c) En tercer lugar, para determinar la existencia de concurrencia desleal por parte de los trabajadores. En este caso, a la parte empresarial le interesa considerar al grupo como una unidad empresarial en orden a limitar la concurrencia de sus trabajadores.
- d) En cuarto lugar, para apreciar la existencia de fraude de ley en la contratación temporal sucesiva. En este caso, a la parte empresarial le interesa considerar a cada una de las empresas del grupo como independiente de las demás.
- e) En quinto lugar, para acogerse a los incentivos por nuevas contrataciones. En este caso, a la parte empresarial le interesa igualmente la consideración independiente de cada una de las empresas del grupo.
- f) En sexto lugar, para determinar si existe causa objetiva para acogerse a una cláusula de descuelgue salarial, modificar sustancialmente condiciones, trasladar, suspender y extinguir contratos de trabajo. En este caso, a la parte empresarial le interesa también la consideración independiente de cada una de las empresas del grupo.
- g) En séptimo lugar, por último, para decidir sobre la existencia de vacantes con vistas al reingreso tras una excedencia voluntaria. En este caso, a la parte empresarial le interesa la consideración del grupo como una unidad empresarial.

Las dificultades que plantean los grupos de empresas en relación con los problemas apuntados residen en que, con la excepción de las Leyes que regulan anualmente

los incentivos a la contratación, no existe una legislación que resuelva expresamente estos problemas, siendo la jurisprudencia la que trabajosamente debe hacerlo.

A efectos de la responsabilidad empresarial por las obligaciones laborales con los trabajadores, la jurisprudencia, como regla general, viene interpretando que son las empresas componentes del grupo y no el grupo de empresas el responsable laboral, esto es, que existe independencia y que no hay una comunicación de responsabilidades laborales entre las distintas empresas del grupo (por todas, SS.TS de 20 de enero de 2003, Rec.1524/2002, de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 12 de julio de 2017, Rec.278/2016, de 21 de noviembre de 2019, Rec. 103/2019 o de 22 de junio de 2020, Rec. 195/2019).

Así, dirá que *“no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus trabajadores”* (por todas, las SS.TS de 21 de diciembre de 2000 o de 26 de septiembre de 2001) o que *“no es suficiente que exista una participación societaria de unas empresas en otras del grupo”* (SS.TS de 20 de enero de 2003, Rec. 1524/2002 o de 19 de diciembre de 2013).

Esta tesis se ha reforzado, de alguna manera, a partir de la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al admitir, con ciertos requisitos de publicidad, las sociedades de un solo socio, incluso cuando este único socio sea una persona jurídica, sin que exista confusión patrimonial entre ésta y la sociedad unipersonal.

No obstante, esta regla general interpretativa quiebra jurisprudencialmente en aquellos supuestos de grupos de empresas en los que se dan determinadas circunstancias adicionales que llevan a los Tribunales a *“levantar el velo de la personalidad jurídica”* y a declarar la comunicación de responsabilidades empresariales entre las empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Estas circunstancias adicionales son, según la jurisprudencia, las siguientes (por todas, SS.TS de 24 de febrero de 2015, Rec. 124/2015 o de 11 de julio de 2018, Rec. 81/2017):

- 1ª) En primer lugar, la existencia de una *“confusión de plantillas”* o *“plantilla única”* dentro del grupo. Esto sucede cuando los trabajadores, *“con independencia de cuál sea la empresa a la que estén formalmente adscritos, realicen su prestación laboral de modo simultáneo o sucesivo a varias empresas del grupo”* (por todas, SS.TS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012 o de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013).
- 2ª) En segundo lugar, la existencia de una *“confusión patrimonial”* o *“caja única”* dentro del grupo, esto es, lo que podría calificarse de *“promiscuidad en la gestión económica”* (SS.TS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 20 de mayo de 2014, Rec. 168/2013 o de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013).

Esto sucede cuando se constata que existe una confusión o un elevado grado de comunicación entre los patrimonios de las distintas empresas del grupo. Así, de modo casuístico, se ha considerado jurisprudencialmente que existía confusión patrimonial en los siguientes casos:

- *“Un ambiente de identidad, unidad de acceso, comunicación directa, cajas aparentemente al menos únicas, supervisor o encargado común, amplia y profusa publicidad común”* (STS de 14 de diciembre de 1985).
- *“Se da una utilización de oficinas ubicadas en el mismo lugar, uso de almacenes, realización de estudios técnicos y utilización de licencias de fabricación”* (STS de 10 de noviembre de 1987, Rec.7838/1987).
- *“Una sociedad abona los salarios de los trabajadores de otra”* (STS de 8 de junio de 1986).
- *“Las empresas constituyen una unidad patrimonial con comunicación de sus activos y pasivos, así como el resultado de sus cuentas de explotación, tienen el mismo domicilio social y el mismo objeto social”* (STSJ de Andalucía/Málaga, de 11 de junio de 1993).
- *“Una de las dos sociedades codemandadas se había hecho cargo del abono de las nóminas, de los siniestros asegurados por la otra y de las cuotas de la seguridad social”* (STS de 8 de junio de 1988).

Aunque es doctrina del Tribunal Supremo (por todas, SS.TS de 25 de septiembre de 2013 o de 19 de diciembre de 2013) que no existe confusión patrimonial por el solo hecho de que existan vínculos accionariales y que *“capital”* y *“patrimonio”* de las sociedades son cosas distintas, existen, sin embargo, Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han llegado más lejos, considerando que existe *“confusión patrimonial”* cuando se constaten importantes lazos accionariales o participaciones entre las sociedades del grupo, lo que extiende notablemente la excepción y las posibilidades de *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* (Por todas, SS.TS de 25 de septiembre de 2013, Rec.3/2013 o de 19 de diciembre de 2013, Rec. 37/2013; SS.TSJ de Madrid, de 28 de octubre de 1991; de Cataluña, de 4 de marzo de 1993; o de Canarias, de 25 de octubre de 1994).

- 3ª) En tercer lugar, la existencia de una apariencia externa unitaria de todas las empresas del grupo. Esto sucede cuando el grupo de empresas utiliza fraudulentamente la personalidad jurídica y se presenta externamente como una sola empresa, creando la apariencia de unidad empresarial que, según la *“doctrina del empresario aparente”*, vincula frente a terceros a las sociedades que la provocan (por todas, SS.TS de 20 de enero de 1997, Rec.687/1996, de 20 de marzo de 2013, Rec.81/2012, de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 29 de enero de 2014, Rec.121/2013 o de 2 de junio de 2014, Rec. 546/2013) e inducen a confusión a los terceros que contratan con las empresas del gru-

po (STS de 22 de diciembre de 1989, Rec.9073/1989). Así, se dirá que *“quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad”* (STS de 12 de julio de 1988).

- 4ª) En cuarto lugar, finalmente, en alguna ocasión aislada, la existencia de una dirección unitaria en el grupo ha constituido la circunstancia determinante del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”*, pero sólo en el caso de que hubiera indicios racionales de que las dificultades financieras de una empresa filial eran debidas a su inserción en el grupo, esto es, *“cuando concurre en la actuación del grupo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores”* (por todas, SS.TS 26 de enero de 1998 o de 29 de enero de 2014), ya que *“la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Este dato será determinante (solamente) de la existencia de un grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común del grupo por las obligaciones de una de ellas”* (SS.TS de 26 de enero de 1998 o de 26 de diciembre de 2001).

Desde luego, la prueba de que las dificultades por las que atraviesa la empresa filial se debe a una actuación abusiva del grupo puede ser muy difícil en la práctica, dado que el funcionamiento de los grupos de sociedades no suele ser transparente y no se prevé una alteración de la carga de la prueba en estos casos, ni siquiera una prueba compartida, esto es, que los trabajadores prueben la existencia de unos indicios razonables de que la empresa dominada ha sufrido un perjuicio por parte de la empresa dominante, correspondiendo entonces a ésta la prueba de que las dificultades no se han originado por su culpa..

En todo caso, al igual que sucedía con la *“confusión patrimonial”* o *“caja única”*, existen sentencias que han llegado más lejos, extendiendo notablemente la excepción y las posibilidades del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* a supuestos de simple actuación del grupo bajo los mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección, evidenciado por un único órgano rector (por todas, STS de 22 de marzo de 1991).

Acerca de los anteriores criterios jurisprudenciales, cabría matizar lo siguiente:

- 1º) En primer lugar, que, en un principio, bastaba con que se diera una sola de estas circunstancias para que el Tribunal *“levantase el velo de la personalidad jurídica”* y declarase la existencia de una responsabilidad solidaria entre todas las empresas del grupo, sin que fuese necesaria la presencia de todas ellas, si bien en la actualidad las circunstancias constituyen simples *“indicios”* a estos efectos. Aunque normalmente estas circunstancias estarán presentes conjuntamente (por todas, STS de 11 de octubre de 1990).
- 2º) En segundo lugar, que, por tratarse de una *“jurisprudencia de indicios”*, la inseguridad jurídica está garantizada, pudiendo producirse contradicciones jurisprudenciales muy notables. Se tiene a veces la impresión en estas Sen-

tencias que primero se decide la calificación jurídica y luego se subrayan o utilizan oportunamente los hechos según corroboren o desmientan esa calificación.

Así, por ejemplo, en relación con la “*plantilla única*” no está claro si los Tribunales consideran que existe solo cuando toda la plantilla está confundida o si basta con que varios trabajadores o, incluso, uno sólo lo esté (STS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998). O, en relación con la “*caja única*”, no parece deducible la comunicación de responsabilidades en el caso de existencia de relaciones comerciales entre varias empresas del grupo si son objeto de la correspondiente facturación, obran como créditos y deudas en la contabilidad auditada de unas y otras y se abonan con talones girados a cargo de cuentas corrientes separadas de las empresas del grupo (STS de 26 de enero de 1998).

- 3º) En tercer lugar, que la prueba de la existencia de esas circunstancias o elementos adicionales (que demuestran la existencia de una empresa unitaria y la corresponsabilidad del grupo) corresponde al trabajador demandante, según la regla general procesal de “*actori incumbit probatio*” (por todas, STS de 3 de diciembre de 1986).
- 4º) En cuarto lugar, que el fundamento jurídico último que suele utilizarse jurisprudencialmente puede ser uno de los siguientes: bien que existe una modalidad de “*comunidad de bienes*” y, por ello, un solo empresario laboral, según el Art. 1.2 del ET, bien que existe un “*abuso de derecho*” en la utilización de las formas societarias con responsabilidad limitada, según el Art. 7.2 del Código Civil; o un “*fraude de ley*” del Art. 6.4 del Código Civil (por todas, STS de 12 de julio de 1988) o bien que existe un atentado al principio de la “*buena fe contractual*” (por todas, STS de 9 de junio de 1995). En ocasiones se hace alusión a uno, a dos de ellos o a todos a la vez, de un modo genérico e impreciso y con muy poca rigurosidad. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia, de 21 de septiembre de 1992, dirá que “*es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de que el grupo de empresa actúe en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio, atentando a la buena fe contractual, lo que permite concluir que existe una suerte de comunidad de bienes*”.

Posiblemente, la jurisprudencia ha llegado así al límite de sus posibilidades interpretativas en cuanto al “*levantamiento del velo de la personalidad jurídica*” de las empresas del grupo, en ausencia de una ley que regule con carácter general esta cuestión.

En cuanto a la circulación de los trabajadores dentro del grupo de empresas, el problema que se plantea es el de si esta circulación constituye un supuesto de movilidad geográfica legal (de traslados o desplazamientos temporales regulados por el Art. 40 del ET) o si, por el contrario, se trata de supuestos de cesión ilegal de trabajadores del Art. 43 del ET.

En principio, nada obsta para que se produzca obligatoriamente para el trabajador esta circulación entre distintas empresas del grupo, bien de manera simultánea, bien de manera sucesiva en el tiempo (por todas, SS.TS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998). Ahora bien, de producirse, estaremos ante un supuesto de *“plantilla única”* o de *“confusión de plantillas”*, justificativo por tanto del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* de las empresas componentes del grupo a los efectos de futuras responsabilidades de alguna de ellas.

En cuanto a la existencia de concurrencia desleal por parte de los trabajadores, la jurisprudencia ha entendido que *“la coincidencia de la actividad realizada por un trabajador de una empresa con la actividad realizada por otra empresa del mismo grupo es constitutiva de atentado a la buena fe contractual”*, considerando así al grupo como un solo empresario a estos efectos (por todas, STS de 22 de marzo de 1991).

En cuanto a la existencia de fraude de ley en la contratación temporal sucesiva de un mismo trabajador por dos o más empresas de un mismo grupo, la doctrina judicial (por todas, SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 1997 o de Galicia, de 26 de marzo de 1998) ha entendido que el grupo de empresas forma una unidad empresarial a estos efectos.

En cuanto al régimen de incentivos para las nuevas contrataciones laborales de los planes anuales de empleo (bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social), las Leyes contemplan expresamente a los grupos de empresas a la hora de excluir del régimen de incentivos a aquellos contratos con trabajadores que en los últimos 24 meses hubieran prestado servicios en el mismo grupo mediante contrato indefinido, con vistas a evitar el *“efecto sustitutorio”*.

En los supuestos de descuelgue salarial, traslado, modificación sustancial, suspensión y extinción del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha considerado que la *“causa económica”* a alegar para justificar estas medidas empresariales se refiere al grupo de empresas y no solamente a la empresa (por todas, STS de 9 de junio de 1995, respecto de los descuelgues; STS de 13 de julio de 1990, respecto de los despidos colectivos).

Para decidir acerca de la existencia de vacantes con vistas al reingreso del trabajador en la empresa tras una excedencia voluntaria, la doctrina judicial ha entendido que el grupo de empresas constituye una sola empresa a estos efectos (por todas, STCT de 26 de enero de 1988).

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

20. La laboralidad o extralaboralidad de las plataformas digitales y su responsabilidad

El principal problema que plantean los trabajadores de las plataformas digitales es el de su laboralidad o extralaboralidad, dado que algunos de los tradicionales indicios de dependencia quedan sin duda diluidos en la nueva realidad laboral, siendo

una de las características de estos trabajos la ausencia de poder alguno de negociación con la plataforma que fija las condiciones de trabajo a las que un trabajador podrá adherirse o no.

El Tribunal Supremo viene defendiendo en los últimos años la necesidad de replantearse los indicios clásicos de laboralidad, teniendo en cuenta las nuevas realidades empresariales, utilizando para ello los siguientes indicios:

- 1º) En primer lugar, la adopción por parte del empresario —y no del trabajador— de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público.
- 2º) En segundo lugar, la fijación de los precios o tarifas del servicio por parte de la empresa que el trabajador puede aceptar o rechazar no contratándose.
- 3º) En tercer lugar, la selección de los clientes por parte de la empresa.
- 4º) En cuarto lugar, la realización del cálculo de la retribución de los trabajadores con arreglo a criterios que guarden una cierta proporción con la actividad prestada, esto es, la retribución está conectada con las horas de trabajo y no con otros criterios empresariales.
- 5º) En quinto lugar, en la retribución percibida por el trabajador se aprecia la ausencia del lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones en la retribución percibida por el trabajador.
- 6º) Por último, la existencia o inexistencia de estructura empresarial en la prestación de servicios del trabajador.

Se trata, en el fondo, de seis criterios dirigidos básicamente a demostrar que los trabajadores no constituyen una empresa. De esta forma, el Tribunal Supremo acoge la doctrina por la cual el ámbito del Derecho del Trabajo no ha de limitarse al trabajo dependiente en sentido estricto, sino a toda prestación personal de servicios que no se haga como un genuino empresario.

La STS de 25 de septiembre de 2020 (Rec.4746/2019), siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 20 de diciembre de 2017 y de 10 de abril de 2018, sobre la empresa Uber) ha resuelto por primera vez un conflicto referido a un *riders* de la empresa Glovo, manteniendo su carácter laboral frente a la STSJ de Madrid que mantuvo que se trataba de un trabajador autónomo, teniendo en cuenta los siguientes indicios de laboralidad:

- 1º) En primer lugar, el hecho de que el repartidor trabaje bajo una marca ajena de la que es propietaria la empresa.
- 2º) En segundo lugar, el hecho de que los medios de producción en este caso no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital que pertenece a la empresa.
- 3º) En tercer lugar, la denominada “*reputación digital*” como una forma de vigilancia y control de los trabajadores, así como una forma de organización

del trabajo decidida por la empresa, entendiendo que el hecho de que “los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando” es una forma de control de los repartidores. En este sentido, señala que “en la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además, la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada. La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”.

4º) En cuarto lugar, el hecho de que la empresa no es una mera intermediaria sino una verdadera empresa de reparto.

5º) Otros indicios tenidos en cuenta son los siguientes:

- La empresa toma todas las decisiones comerciales del negocio.
- El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa.
- Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma, sino que el precio del servicio lo recibe la empresa, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores.
- La empresa se apropia del trabajo del repartidor para ofrecerlo a sus propios clientes.
- El repartidor no tiene ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre la empresa y los comercios cuyos productos se reparten, ni en la relación entre la empresa y los clientes a los que servían los pedidos.

El Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, como resultado del acuerdo logrado entre los sindicatos y las asociaciones empresariales mayoritarias, introdujo en el ET una nueva Disposición Adicional Vigésimotercera, con el siguiente tenor: “Por aplicación de lo establecido en el Art. 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.

Se establece así una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto de mercancías. La primera y principal cuestión interpretativa que plantea esta nueva norma es la de la naturaleza jurídica de la presunción establecida —¿se trata de una presunción *“iuris et de iure”* o de una presunción *“iuris tantum”*?— existiendo en este sentido diversas interpretaciones doctrinales: desde los que consideran que se trata de una presunción *“iuris et de iure”*, puesto que la simple presunción *“iuris tantum”* ya la establecían los Arts. 1.1 y 8.1 del ET y no tendría sentido que la nueva presunción no añadiera nada a lo anteriormente existente; pasando por los que defienden que se trata de una presunción *“iuris tantum”* a la vista de la literalidad del precepto (*“por aplicación de lo establecido en el Art. 8.1 del ET”*); hasta llegar a los que consideran que se trata de una presunción *“iuris tantum”* que exige más requisitos que la del Art. 8.1 del ET. Sin duda, todo dependerá de la interpretación que hagan los tribunales, inclinándose por una u otra interpretación.

Por lo demás, el propio precepto resulta claramente incompleto, al referirse solamente a las plataformas digitales de transporte de mercancías y no a todas las plataformas digitales, señalando, además, que *“esta presunción no afecta a lo previsto en el Art. 1.3 del ET”*, referido a los prestadores del servicio de transporte al amparo de autorización administrativa, que seguirán siendo trabajadores autónomos.

La complejidad interpretativa del régimen estatutario de la contratación laboral: principales ejemplos y propuestas de solución

Eva López Terrada

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

The interpretative complexity of the statutory regime for employment contracts: key examples and proposed solutions

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS TRABAJOS FIJOS-DISCONTINUOS DE PRESTACIÓN INTERMITENTE Y PERÍODOS DE EJECUCIÓN CIERTOS. 3. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO VINCULADO A CONTRATAS "PREVISIBLES": LOS PERÍODOS DE INACTIVIDAD. 4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO ENTRE UNA ETT Y UNA PERSONA CONTRATADA PARA SER CEDIDA. 5. LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS FIJOS-DISCONTINUOS A TIEMPO PARCIAL. 6. EL ALCANCE DE LAS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL. 7. LAS CAUSAS DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: UNA POSIBLE TERCERA VÍA INTERPRETATIVA. 8. LA DURACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. 9. EL CONTRATO POR SUSTITUCIÓN DE PERSONA TRABAJADORA. 10. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Resumen: La actual redacción de la regulación relativa a la duración del contrato de trabajo contenida en el Estatuto de los Trabajadores suscita importantes dificultades interpretativas que están generando divisiones doctrinales y múltiples problemas aplicativos que deberán resolver los tribunales. Por ello, el estudio que se presenta señala los ocho ejemplos en los que estas deficiencias son especialmente intensas, aportando, al tiempo, pese a la oscuridad de los términos legales, las propuestas de solución que, en cada caso, se estiman más convenientes.

Palabras clave: Reforma laboral, modalidades de contratación, contrato fijo-discontinuo, contrato por circunstancias de la producción, inseguridad jurídica.

Abstract: The current wording of the regulation regarding the duration of employment contracts within the Workers' Statute raises significant interpretative challenges, leading to doctrinal divisions and numerous practical issues that must be addressed by the courts. Therefore, this study highlights eight examples in which these deficiencies are particularly intense. It also provides, despite the ambiguity of legal terms, proposed solutions deemed most appropriate in each case.

Key words: Labor reform, types of employment contracts, fixed-term intermittent contract, contract due to production-related circumstances, legal uncertainty.

1. INTRODUCCIÓN

No es sencillo ofrecer un panorama claro y completo del estado actual de la regulación de la duración del contrato de trabajo contenida en los artículos 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

En primer lugar, porque algunas de las medidas con las que mayor contundencia planteaba la reforma laboral de 2021 el refuerzo de la contratación indefinida —la nueva exigencia formal del artículo 15.1 o la adquisición de fijeza automática contenida en el artículo 15.4 del ET— adolecen de importantes “debilidades”. Así, de un lado, la declaración de fijeza del trabajador temporal es claramente insuficiente, pues sigue conduciendo, descartada la introducción de una nueva causa de nulidad del despido, al pago de una indemnización por despido improcedente cuya escasez ha trasladado el debate a la aceptación de una posible indemnización adicional. De otro lado, al no haberse modificado la literalidad del artículo 8.2 del ET, resulta dudoso si la falta de forma escrita de los contratos temporales debe abocar, o no, a la aplicación de la nueva presunción *iuris et de iure*.

Si bien la preservación de esta regla sobre formalización del contrato conduce a otra interpretación¹, la finalidad de la reforma, unida a la terminante literalidad del artículo 15.1 —que actuaría aquí como norma especial— permiten pensar en una declaración de fijeza *iuris et de iure* cuando el contrato temporal del artículo 15 incumpla la forma escrita y, en consecuencia, no se especifiquen los extremos indicados². Y es

- 1 Goerlich Peset, José María (2022a): «La reforma de la contratación laboral», en De la Puebla Pinilla, Ana; Mercader Uguina, Jesús; Goerlich Peset, José María (coords.): *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 52; Nieto Rojas, Patricia (2022): «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos*, 3, Número extraordinario «La reforma laboral de 2021», 34; Sala Franco, Tomás (2022a): *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 52.
- 2 En este sentido, Igartua Miró, María Teresa (2022): «Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva», *Temas Laborales*, 161, 271; López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 87; o Gil Plana, Juan (2023): «Reforma de la contratación laboral», en Thibault Aranda, Javier y Jurado Segovia, Ángel (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 83.

que el nuevo artículo 15.1, al supeditar la causa de temporalidad a su especificación en el contrato, viene a confirmar la interpretación jurisprudencial que vinculaba el fraude de ley y la consiguiente declaración de fijeza *iuris et de iure* no solo a la inexistencia de causa, sino también a la omisión en el contrato de la concurrencia de la misma³. Por eso, al quebrar la lógica que cabía reclamar antes de la reforma —presunción *iuris tantum* si faltaba la forma escrita o en caso de falta de consignación de la causa; presunción *iuris et de iure* únicamente de faltar la causa justificativa— no resulta extraño que la conversión de fijeza *iuris et de iure* también se produzca tratándose de contratos temporales del artículo 15 sin forma escrita.

Pero, sobre todo, si la comprensión del nuevo régimen estatutario sobre duración del contrato de trabajo presenta dificultades es por las múltiples incertidumbres y perplejidades que suscita la actual redacción de la materia en muchos de sus extremos. Por ello, el estudio que se presenta pretende, simplemente, apuntar los ocho ejemplos en los que las deficiencias señaladas son especialmente intensas, aportando, al tiempo, pese a la oscuridad de los términos legales, las propuestas de solución que, en cada caso, se estiman más convenientes.

2. LOS TRABAJOS FIJOS-DISCONTINUOS DE PRESTACIÓN INTERMITENTE Y PERÍODOS DE EJECUCIÓN CIERTOS

La primera duda interpretativa se refiere al significado que debe atribuirse a la posibilidad de celebrar el contrato fijo discontinuo tratándose de trabajos que no tengan la naturaleza de estacionales o de temporada pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Sin duda alguna, se trata de uno de los apartados del nuevo artículo 16 ET de más difícil interpretación, como demuestra la existencia de diferentes lecturas en torno a su significado.

- 3 La jurisprudencia no siempre ha mostrado con la claridad deseable la distinción entre las contrataciones temporales no ajustadas a derecho y las efectuadas en fraude de ley. La confusión derivaba, en esencia, de la mención y tratamiento conjunto de los incumplimientos constitutivos de fraude de ley —que, en el fondo, cabía reconducir a la ausencia de causa de temporalidad— y la comisión de ilegalidades, que llevaba a razonamientos como los siguientes: “la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concorra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad (...) y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinición de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique” (por ejemplo, SSTS de 5 de mayo de 2004, R^o 4063/2003, de 20 de octubre de 2010, R^o 3007/2009, de 25 de enero de 2011, R^o 658/2011, o de 7 de junio de 2011, R^o 3028/2010).

Por un lado, se ha interpretado que lo característico de este supuesto es que, a diferencia de lo que sucede en los trabajos estacionales o de temporada, la intermitencia no es causal porque no concurre un elemento externo al contrato que condicione y defina el programa de prestación. En consecuencia, el contrato podría estar sujeto a los motivos organizativos y/o productivos fijados por la propia empresa, es decir, admitiría, por ejemplo, una discontinuidad determinada empresarialmente⁴.

Entiendo, sin embargo, que esa determinación unilateral de la intermitencia podría resultar fraudulenta, pues hay que seguir aceptando que, de no existir intermitencia, el contrato muda su naturaleza jurídica convirtiéndose en un contrato indefinido ordinario⁵. La interpretación se ha matizado, además, pues puede resultar contraria a las reglas generales del derecho de contratos (el artículo 1115 del Código Civil declara, por ejemplo, que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula), y porque la determinación unilateral de la intermitencia acercaría este supuesto a un contrato “a llamada” o “de cero horas” incompatible con las exigencias establecidas en el artículo 16.2 del ET⁶ en cumplimiento de lo previsto en la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Por todo ello, puede defenderse⁷ la aplicación de la jurisprudencia que venía exigiendo que la interrupción de la actividad derive de la propia actividad empresarial, sin que la delimitación del carácter intermitente de la actividad pueda depender de la libre decisión empresarial: “la exactitud de las fechas en que se produce la reiteración en el contrato fijo discontinuo no puede depender de la decisión unilateral empresarial (...) sino que debe ser conocida en el sector de que se trate y dependiente de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del empresario” (STS de 19 de febrero de 2019, Rº 971/2017).

Por otro lado, se ha afirmado, a mi juicio más acertadamente, que la nueva literalidad del artículo 16.1, evitando emplear el término “previsible”, presente en el artículo 15, alude a que la actividad no es ocasional, como allí sucede, sino que se reanuda con certeza porque forma parte de la actividad normal, habitual o permanente de la

4 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2022): «Régimen normativo del contrato fijo discontinuo y de la contratación temporal», <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>, 12 y 43; Martínez Barroso, Reyes (2022): «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 251.

5 En efecto, la intermitencia, tanto en los trabajos estacionales o de temporada como en los de “periodos de ejecución ciertos”, sigue siendo la nota exigida por la ley para la suscripción de contratos fijos-discontinuos en el artículo 16.1.1º del ET. Así pues, sin intermitencia hablaríamos de indefinidos ordinarios, pues no hay que olvidar que, según criterio jurisprudencial consolidado, el contrato será fijo ordinario y no fijo-discontinuo si nos encontramos en presencia de una actividad permanente y no intermitente “como la discontinuidad requiere por definición” (SSTS de 15 de julio de 2010, Rº 2207/2009; 10 de octubre de 2013, Rº 3048/2021; y de 28 de octubre de 2020, Rº 4364/2018).

6 Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 77.

7 López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *op. cit.*, 117-118; Gordo González, Luis (2022): «El contrato fijo-discontinuo: nuevo pilar de la contratación laboral estable», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 13, 43.

empresa. Por tanto, el término “período de ejecución cierto” nada tiene que ver con la anterior repetición en fechas ciertas del contrato fijo periódico⁸.

Queda incorporada así a la regulación del Estatuto la interpretación jurisprudencial (por todas, STS de 19 de febrero de 2019, R^o 971/2017) en virtud de la cual “la modalidad del fijo-discontinuo está prevista para la realización de trabajos fijos en la empresa, por lo que se proyecta sobre actividades estables y consustanciales a la actividad de la empresa que no se producen de manera esporádica, sino que son permanentes; en este sentido, la jurisprudencia habla de la “reiteración de la necesidad en el tiempo”, obedeciendo a necesidades normales y permanentes que se presentan por lo regular de forma cíclica y periódica (STS 21 diciembre 2006, R^o 4537/2005, entre otras muchas). También se considera fijo discontinuo, aunque no se reitere de modo regular, si las fechas son inciertas, pero no aleatorias o desiguales (SSTS 25 febrero 1998, R^o 2013/1997, y 5 julio 1999, R^o 2958/1998, entre otras)”.

Si la idea clave, en todo caso, es que se producirá una reanudación “cierta” de la actividad, el nuevo régimen jurídico del fijo-discontinuo en este primer supuesto del artículo 16.1.1^o parece acercarse —“afinando” así la definición del fijo-discontinuo, como se indica en la Exposición de Motivos— a una antigua interpretación doctrinal que, frente a la anterior literalidad de la ley, proponía basar la diferenciación entre el fijo-discontinuo y el fijo periódico no en el momento, cierto o incierto, en que aparece la actividad, sino en la propia existencia e intensidad de esta última. En virtud de dicha interpretación, los trabajadores periódicos “serían aquellos cuya actividad se encontrará garantizada, en cuanto a su existencia y duración, con independencia de que las fechas inicial y final quedarán sujetas a cierto margen de indeterminación. Por su parte, el trabajo fijo discontinuo sería incierto, por supuesto en cuanto a sus fechas, pero también respecto a existencia y/o duración”⁹. El nuevo artículo 16.1 ET estaría integrando, en lo esencial, en su primer párrafo, ahora como fijos-discontinuos, ambos supuestos: los estacionales o de temporada, que seguirían estando caracterizados por la incertidumbre en cuanto a la fecha, existencia y/o duración, sin perjuicio de que, tras la reforma, deba hacerse constar su duración estimada, por exigirlo el artículo 16.2 ET, a concretar en el momento del llamamiento; y los intermitentes, pero sujetos a periodos de ejecución ciertos, que vendrían caracterizados, por el contrario, por la certeza en cuanto a su existencia, aunque al poder ser “determinados o indeterminados”, no se caracterizarían necesariamente por la certeza en

8 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crítica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 89-90. También para Cavas Martínez, Faustino (2022): «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo (dirs.): *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 123, la nota de la certidumbre hay que referirla a la realización de la actividad “que se sabe va a suceder”.

9 Goerlich Peset, José María (2001): «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos. El final de una larga discusión», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 61, 131-132, por todos.

cuanto a su duración, ni, desde luego, en cuanto a sus fechas inicial o final. Cabría aventurar como ejemplos del primer grupo los trabajos estacionales o de temporada cuya incertidumbre —en cuanto a existencia e intensidad— deriva de la dependencia del clima (como los asociados a campañas agrícolas o a la temporada de esquí), de la presencia de materias primas (como en las conservas vegetales), o de la demanda estacional (como en el caso de los regalos navideños o las rebajas)¹⁰. Como ejemplos del segundo grupo quizá podría pensarse en los trabajos auxiliares al curso escolar (comedor, limpieza), en los que la certeza en cuanto a la reanudación deriva de la existencia misma de actividad docente¹¹; o en la contratación para realizar encuestas que, por mandato legal, deben repetirse anualmente¹².

Sea como fuere, no hay que perder de vista que, desde la perspectiva práctica, la diferenciación entre la primera y la segunda de las modalidades del artículo 16.1 ET tiene una importancia menor: el régimen jurídico aplicable es el mismo en ambos casos y la posibilidad de introducir diferencias por medio de la negociación colectiva no parece encontrarse, al menos de momento, entre las prioridades de los negociadores, que suelen limitarse a reproducir la literalidad del precepto¹³.

3. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO VINCULADO A CONTRATAS “PREVISIBLES”: LOS PERÍODOS DE INACTIVIDAD

También suscita dudas, en segundo lugar, la literalidad del nuevo contrato fijo-discontinuo vinculado a contratas mercantiles o administrativas (artículo 16.1.2º ET) que impone como nota característica —a diferencia de lo que sucede en los supuestos del artículo 16.1.1º, caracterizados por su intermitencia o reiteración a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad— que se trate de prestaciones de trabajo “previsibles”, es decir, que se enmar-

10 Gorelli Hernández, Juan (2022): «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021», *Temas Laborales*, 161, 226.

11 En este sentido, la STS de 1 de octubre de 2001 (Rº 3286/2000), relativa a la limpieza de escuelas dependientes de la Administración local, afirmaba que la actividad “seguirá existiendo mientras haya actividad docente en las mismas y mientras su mantenimiento dependa de la Administración Local”.

12 Según la STS de 5 de julio de 1999 (Rº 2958/1998), la contratación “ha tenido por finalidad cubrir una necesidad de trabajo de carácter cíclico o reiterado en el tiempo, dotado de plena homogeneidad y totalmente previsible, como es la realización de la Encuesta Industrial Anual”. Otros ejemplos pueden consultarse en García Oliver, Román (2022): «El contrato fijo discontinuo. Configuración e incógnitas tras la reforma laboral», https://www.spmas.es/wp-content/uploads/2022/06/3_-ROMAN_CONTRATO-FIJO-DISCONTINUO-configuracion-e-incognitas-tras-reforma-laboral-AEAL-JUNIO-2022-ROMAN-GARCIA-OLIVER.pdf, 14 y 44.

13 Lahera Forteza, Jesús; Vicente Palacio, Arántzazu (2023): *Los contratos de trabajo fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial*, 1ª ed., Madrid, Aranzadi, apartado III.19 de la v.e.; Goerlich Peset, José María (2023): «El contrato fijo-discontinuo: innovación y continuidad», en Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Ángel (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 172-173.

quen en la actividad ordinaria y habitual de la empresa¹⁴. De no ser así, por enmarcarse la prestación, contrariamente, en una actividad extraordinaria, cabría acudir al contrato por circunstancias de la producción (artículo 15.2. último párrafo, *a contrario*)¹⁵, que también podrá celebrarse, aun estando referida la contrata a la actividad habitual y ordinaria de la empresa, si concurren durante su ejecución las circunstancias de la producción descritas en el artículo 15.2 del ET¹⁶.

La mencionada consideración de la previsibilidad/imprevisibilidad como nota diferenciadora de ambos tipos de contrato ya ha llevado a estimar, en todo caso, a la Audiencia Nacional que la indicación del VIII Convenio colectivo de la empresa Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U de que el contrato fijo discontinuo pueda emplearse para “servicios sorpresivos” es contraria a los artículos 15 y 16 ET “y de ello deriva la consiguiente nulidad de las previsiones previstas en el convenio para atender los llamamientos del empresario con preaviso temporal inferior al plazo de 48 horas mínimo establecido con carácter general en dicha norma convencional”¹⁷.

Tampoco es fácil deducir, entre otras muchas cuestiones relacionadas con este contrato, el significado y consecuencias derivadas de la previsión estatutaria en virtud de la cual “los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. Se ha dicho que ello equivale a su configuración como periodos de expectativa de recolocación en puestos vacantes en otra contrata conformes a las condiciones del contrato. De ser ello así, el acceso a trabajos que no se correspondan con los del contrato inicial solo puede producirse por acuerdo entre las partes por tratarse de una novación contractual, siendo dudosa la admisibilidad durante el periodo de espera de decisiones empresariales, por ejemplo, de movilidad geográfica con cambio de residencia del artículo 40 del ET o de modificación sustancial de condiciones del artículo 41¹⁸. Lo más probable es, sin embargo, que, descartada la disponibilidad total del trabajador, y a falta de solución pactada en la negociación colectiva, hasta llegar al plazo máximo, al estar vigente el contrato, rijan las reglas generales de los artículos 39 y siguientes del ET, que permitirían al empresario recurrir o no a este tipo de medidas a efectos de recolocación; sin embargo, llegado el plazo máximo, el recurso a este —u otro— tipo de medidas coyunturales o

14 Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 79-80, por todos. Resulta exigible, por ello, que se concrete en el contrato el tipo de contratas que son actividad habitual de la empresa, García Oliver, Román (2022): *op. cit.*, 44.

15 El artículo 15.2 dispone en su último párrafo que “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

16 En el sentido apuntado puede verse también, entre otros, Gorelli Hernández, Juan (2022): *op. cit.*, 227-228; Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 93; De la Puebla Pinilla, Ana (2022): «El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral», *Trabajo y Derecho*, 88, 16; o García Oliver, Román (2022): *op. cit.*, 27.

17 SAN 162/2022, de 5 de diciembre.

18 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 95-96; Sala Franco, Tomás (2022a): *op. cit.*, 28.

estructurales pasa a ser, como indica el artículo 16.4, excepcionalmente obligatorio, dado que la situación de disponibilidad de la persona trabajadora fija-discontinua no puede alargarse más cumplido el plazo máximo¹⁹. En el caso de acudir a extinciones objetivas o colectivas en este momento, por cierto, habrá que acreditar, además de la terminación de la contrata, la imposibilidad de recolocar en el plazo establecido legalmente, como ha admitido la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2022 (Rº 167/2022). Aunque no es aplicable al supuesto *ratione temporis*, es interesante mencionar que en dicha sentencia se entiende superada la anterior interpretación jurisprudencial que consideraba la finalización de la contrata causa suficiente y proporcionada para el despido objetivo sin obligación de recolocación precisamente porque “ese período de espera implica una obligación de recolocación aunque sea en términos imprecisos”.

4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO ENTRE UNA ETT Y UNA PERSONA CONTRATADA PARA SER CEDIDA

El tercer ejemplo de literalidades legales confusas se refiere, por su parte, al contrato fijo-discontinuo celebrado entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida. En este caso, existen autores que han interpretado que entender efectuadas en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994 las referencias del artículo 16 a los convenios colectivos sectoriales “o” de empresa de las empresas de trabajo temporal estaría habilitando indistintamente al convenio sectorial de empresas de trabajo temporal y a los convenios de empresa para desarrollar las facultades reservadas al convenio sectorial por el artículo 16²⁰. En esta misma línea interpretativa se añade que el no establecer jerarquía entre ellos significa, a la vista de lo previsto en el artículo 84.2 del ET, que el convenio colectivo de una empresa de trabajo temporal que entre a regular cualquiera de los aspectos mencionados en el artículo 16 goza de prioridad aplicativa frente al convenio sectorial²¹.

Ya se ha dicho que esta interpretación cuenta con varios elementos en contra: la potenciación del convenio sectorial efectuada abiertamente por la reforma y la propia estructura negocial del sector, en la que hay una unidad sectorial consolidada que convive con convenios de empresa²². Con todo, el principal inconveniente de la interpretación descrita guarda relación, a mi juicio, con el sentido y finalidad de una

19 De la Puebla Pinilla, Ana (2022): *op. cit.*, 14; Goerlich Peset, José María (2022b): «Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo-discontinuo», en Barcelón Cobedo, Susana; Carrero Domínguez, Carmen; De Soto Rioja, Sebastián (coords.): *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Consejo andaluz de Relaciones Laborales, 92.

20 Lahera Forteza, Jesús; Vicente Palacio, Arántzazu (2023): *op. cit.*, apartado VI.76 de la v.e.

21 Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Oleart Godia, Ricardo (2023): «Las ETT ante la reforma de la contratación», en Thibault Aranda, Javier y Jurado Segovia, Andrés (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 235.

22 Lahera Forteza, Jesús; Vicente Palacio, Arántzazu (2023): *op. cit.*, apartado VI.76 de la v.e. El Convenio colectivo de Randstad Empleo ETT, SAU, suscrito tras la reforma, se limita a regular la forma y condiciones del llamamiento y, además, lo hace “Considerando que hay materias reservadas al convenio

norma que, con toda probabilidad, no pretende modificar los ámbitos convencionales definidos en el artículo 16 del ET, sino que busca aclarar posibles problemas interpretativos derivados de la necesidad de aplicar, como consecuencia del principio de equiparación de condiciones del artículo 11 de la LETT, el convenio de la empresa usuaria. Desde este punto de vista, el artículo 10.3 de la LETT estaría confirmando que, pese a ello, serán los convenios —de sector o empresa— de las empresas de trabajo temporal los llamados a efectuar la difícil adaptación del régimen del contrato fijo-discontinuo a las singularidades organizativas de este tipo de empresas²³.

Por otro lado, se duda si en estos casos resulta exigible, como en los del párrafo primero del artículo 10.3 LETT, la existencia de un programa específico para la prestación de servicios. Se ha señalado a este respecto que en este supuesto es imposible —y por eso no se exige de forma expresa— que los contratos de puesta a disposición estén plenamente identificados en el momento de la firma del contrato²⁴. También se ha hecho referencia al carácter potestativo que tiene el recurso a la contratación fija-discontinua para las empresas de trabajo temporal, a las que no se les exige, como sí hacía el voto particular de la STS de 30 de julio de 2020, que prueben que tienen una necesidad productiva fija-discontinua²⁵. E, igualmente, se ha mencionado la necesidad de que las empresas de trabajo temporal accedan, garantizando su posición de mercado, a las ventajas de este tipo de contratación en las mismas condiciones que las empresas de servicios, es decir, sin indemnizaciones por fin de puesta a disposición (arts. 11.2 Ley 14/1994 y 49.1 c) ET) ni penalizaciones en la cotización²⁶.

Entiendo, sin embargo, que, sin necesidad de que los contratos de puesta a disposición estén plenamente identificados, sí es exigible una “cierta previsibilidad” en los llamamientos, pues, de lo contrario, estaríamos hablando de la total disponibilidad del trabajador propia de un contrato a llamada²⁷. La posibilidad de previsión derivaría aquí de las propias características del supuesto, reflejadas en el voto particular de la sentencia de 30 de julio de 2020, que enlazan con la existencia de carteras de clientes con mayores necesidades de mano de obra temporal en determinados períodos del año. Para la ETT es, pues, perfectamente posible —e incluso aconsejable para calibrar el número de trabajadores fijos discontinuos que va a necesitar²⁸— identificar dichas necesidades y prever planes de asignación consecutiva de los trabajadores contratados a lo largo del año. Esta interpretación explicaría, además, a diferencia de

sectorial y no siendo intención de abarcar su regulación, limitando esta propuesta a las materias reservadas expresamente al convenio colectivo de empresa”.

23 En este sentido, Goerlich Peset, José María (2023): *op. cit.*, 168. Los “desafíos” que para la organización de las empresas de trabajo temporal implica la utilización del contrato fijo-discontinuo se describen en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Oleart Godia, Ricardo (2023): *op. cit.*, 230 y ss.

24 Gorelli Hernández, Juan (2022): *op. cit.*, 230.

25 López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *op. cit.*, 124 y 126.

26 Goerlich Peset, José María (2022b): *op. cit.*, 94-95.

27 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 91-92; Sala Franco, Tomás (2022a): *op. cit.*, 13.

28 Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Oleart Godia, Ricardo (2023): *op. cit.*, 230.

la anterior, la ausencia en el precepto de un período máximo de inactividad como el establecido en los contratos fijos-discontinuos vinculados a contrata²⁹.

5. LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS FIJOS-DISCONTINUOS A TIEMPO PARCIAL

Como cuarto ejemplo cabría referirse a la literalidad del artículo 16.5.2º del ET, en cuya virtud los convenios sectoriales “podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos”.

Según un sector doctrinal, ello supone que estamos ante una “autorización” obligatoria del convenio sectorial que parece encontrar su fundamento en la necesidad de garantizar que, en estos casos, la disponibilidad del trabajador no será excesiva, a pesar de sumarse en el contrato la flexibilidad propia del trabajo a tiempo parcial —motivada, fundamentalmente, por el régimen de las horas complementarias— y la flexibilidad característica del trabajo fijo-discontinuo³⁰.

Es evidente, sin embargo, que dicho tenor literal admite una lectura diferente, pues cabría entender que el precepto se refiere al “acotamiento” de la parcialidad en convenio colectivo en función de la actividad del sector, sin perjuicio del mantenimiento de la posibilidad de contratar a tiempo parcial en caso contrario. Esta interpretación es la que venía admitiéndose con anterioridad en el caso del contrato fijo-discontinuo y, además, no es extraña en el ámbito de las remisiones estatutarias en materia de contratación: así, por ejemplo, nadie dudaría que la intención del legislador era introducir una posibilidad de acotamiento y no una prohibición legal cuando indicaba en el antiguo artículo 15 que los convenios colectivos “podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa” o cuando disponía que “podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza” (*vid.*, por todas, SSTs de 26 de octubre de 1999, Rº 818/1999 y 7 de marzo de 2003, Rº 36/2002). A su favor juega, desde luego, la intacta literalidad del artículo 12 del ET y del propio artículo 16, que en

29 De hecho, como apunta Goerlich Peset, José María (2022b): *op. cit.*, 95, el principal problema que plantea la postura favorable a la inexigibilidad de un programa específico para la prestación de servicios es que la inexistencia de un período máximo de inactividad puede convertir la expectativa de empleo de la persona trabajadora en “una entealequia”. Por eso, para mantener la postura favorable a la inexigibilidad de un programa específico, el autor reconoce que, o bien la negociación colectiva soluciona el problema de la inexistencia de plazos máximos de espera, o bien se aplica analógicamente el plazo del artículo 16.4 del ET.

30 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 99, o Goerlich Peset, José María (2023): *op. cit.*, 184, quien indica que, de hecho, los negociadores de los convenios colectivos que recogen esta posibilidad la condicionan al cumplimiento de ciertos límites.

su apartado segundo obliga a mencionar la jornada sin circunscribirla necesariamente al tiempo parcial. Pero, sobre todo, a su favor juegan las posibilidades de que, en la práctica, las exigencias productivas de las empresas determinen la necesidad de fijos discontinuos a tiempo parcial³¹. Fijar obstáculos a la celebración de contratos a tiempo parcial sería, además, contrario a lo indicado en la cláusula 5ª.1 de la Directiva 97/81, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que se refiere a la necesidad de “identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos”³².

Sea como fuere, no hay que olvidar que, aunque se cierre la puerta al fijo-discontinuo a tiempo parcial, queda abierta la posibilidad de acudir, de ser las fechas ciertas, a contratos a tiempo parcial en cómputo anual —sin cobertura por desempleo— con prestaciones de servicios diarias o semanales inferiores a la ordinaria³³.

6. EL ALCANCE DE LAS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL

En quinto lugar, se plantea la duda de si las remisiones a la negociación colectiva sectorial efectuadas en la regulación de las modalidades de contratación excluyen o no, en caso de silencio del convenio, la intervención de otros niveles de negociación.

En principio, dado el principio de libertad de contenido negocial que rige en nuestro ordenamiento, los convenios no requieren de una habilitación expresa para poder regular una materia determinada, aunque se ven constreñidos, entre otros límites, por la necesidad de respetar lo dispuesto en las normas imperativas. Tratándose de la determinación de las modalidades de contratación y de sus requisitos, la regulación estatutaria constituye, como ha tenido la oportunidad de destacar el Tribunal Supremo, un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, de forma que el Estatuto de los Trabajadores impone exigencias o límites a los negociadores, que no pueden rebasar “las facultades y posibilidades” que el legislador les concede

31 Lahera Forteza, Jesús; Vicente Palacio, Arántzazu (2023): *op. cit.*, apartado II.5 y III.24 de la v.e.; Labor 10 asesores (2023): «¿Se puede celebrar un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial tras la entrada en Vigor del Real Decreto-ley 32/2021?», <https://labor10.com/real-decreto-ley-32-2021-contrato-fijo-discontinuo-a-tiempo-parcial/>. En el caso de las empresas de trabajo temporal hay que tener presente que para la atención a las necesidades temporales de mano de obra de las empresas usuarias se efectúa una remisión al artículo 15. Como tanto los contratos por circunstancias de la producción como los de sustitución admiten la contratación a tiempo parcial se ha interpretado —Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Oleart Godia, Ricardo (2023): *op. cit.*, 234— que respecto de las ETT siempre será factible la contratación fija discontinua a tiempo parcial, sin necesidad de autorización convencional previa.

32 Así lo advierte Cruz Villalón, Jesús (2022): «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia», *Temas Laborales*, 161, 62-63.

33 Así se recuerda también en Goerlich Peset, José María (2023): *op. cit.*, 184; o en Labor 10 asesores (2023): *op. cit.*

(por todas, SSTs de 23 de septiembre de 2002, R^o 222/2002 y 7 de marzo de 2003, R^o 36/2002). Entre las exigencias o límites impuestos a los negociadores se encuentran las habilitaciones expresas a favor de niveles negociales específicos para regular determinados aspectos de las modalidades de contratación (SSTs de 17, 18 y 20 de noviembre de 2003 y 19 de enero de 2004, R^o 4582/2002, 4895/2002, 4579/2002 y 1363/2003). En esta esfera, la voluntad de privilegiar, en determinados casos, los niveles superiores de negociación y, con ellos, regulaciones homogéneas capaces de garantizar el “uso adecuado de las modalidades de contratación” no es, ni mucho menos, nueva³⁴. Tampoco es nueva la posibilidad de compatibilizar esa cierta centralización de la materia —excluida, además, en principio, de la afectación autonómica— con la descentralización permitida en el artículo 84.2: como indicaba el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997 y sigue precisando el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, se trata de que la negociación colectiva desarrolle “las llamadas que la norma hace a la negociación colectiva”. Así lo confirma la literalidad del artículo 84.2 del ET, que únicamente admite la afectación por parte de los convenios de empresa y asimilados para adaptar los “aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”, excluyendo aquellos otros aspectos atribuidos en exclusiva al convenio sectorial.

De esta forma, cuando las normas sobre modalidades de contratación delimitan lo establecido en el artículo 84 actúan como *lex specialis* frente al mismo, detallando, a modo de articulación legal, en qué casos procede y en qué casos no procede la negociación adaptativa concurrente por parte de los niveles de empresa y asimilados. Creo que otra interpretación podría haberse abierto paso si se hubiera mantenido la redacción inicial del Real Decreto-ley 32/2021, pero tras la vuelta a la literalidad anterior del artículo 84.2 d)³⁵ resulta claro que en materia de concurrencia de convenios deben primar simplemente, como ya ocurría en las anteriores versiones del precepto, las normas del ET sobre modalidades de contratación, que, como se ha dicho, especifican o concretan las reglas del artículo 84.

34 El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997 ya aludía expresamente a ello, y la referencia se recoge, igualmente, en el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: “es necesario contribuir desde los convenios colectivos a fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que la norma hace a la negociación colectiva, especialmente tras dicha Reforma”. No creo, por ello, que pueda entenderse —Calvo Gallego, Francisco Javier (2022): «La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 5, 141; Goerlich Peset, José María (2023): *op. cit.*, 168, que las remisiones a la regulación por parte del convenio sectorial únicamente impliquen la prioridad aplicativa de este convenio, pero sin impedir la entrada a convenios o acuerdos de empresa en defecto de aquel.

35 La literalidad inicial del Real Decreto-ley 32/2021 aludía a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos”. Sin embargo, tras la revisión efectuada por el artículo cuarto del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, se ha vuelto, en efecto, a la literalidad original (“La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”).

7. LAS CAUSAS DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: UNA POSIBLE TERCERA VÍA INTERPRETATIVA

El sexto de los ejemplos seleccionados es, seguramente, el que con mayor claridad muestra el abuso de redacciones ambiguas y conceptos jurídicos indeterminados que se comenta y la división doctrinal a la que conduce. Guarda relación con el contrato por circunstancias de la producción “largo” y la necesidad de otorgar un significado preciso a las “oscilaciones” que menciona el artículo 15.2.1º, ya que su alcance cambia según se acepte o se rechace que las cualidades de “ocasionales” e “imprevisibles” también deben concurrir en ellas.

A favor de que las “oscilaciones” puedan ser tanto “imprevisibles” como “previsibles” se ha manifestado, aunque con diversos matices, un sector de la doctrina con fundamento en la literalidad de la norma y en la indubitada inclusión en las “oscilaciones” de las derivadas de las vacaciones anuales, que son perfectamente previsibles³⁶. Desde este punto de vista, a diferencia del incremento de la actividad, que atendería a circunstancias “exógenas” a la actividad productiva, las oscilaciones —vinculadas al desajuste temporal de la plantilla— harían más bien referencia a necesidades de personal de carácter interno o “endógenas”³⁷, derivadas de la situación de la plantilla estable (como las necesidades relativas a las vacaciones anuales, a las que cabría añadir otro tipo de ausencias), o de las propias estrategias empresariales (como las necesidades relativas a la puesta en marcha de nuevas actividades o a necesidades específicas distintas de las habituales, antes asumidas por el contrato de obra o servicio)³⁸.

Apoyando que las “oscilaciones” deben ser necesariamente “imprevisibles” se ha manifestado otro sector doctrinal para el que resulta difícil aceptar que la norma introduce en su párrafo primero la posibilidad de acudir a este contrato cuando concurren oscilaciones previsibles cuando su párrafo cuarto añade (“igualmente”) como causa justificativa del contrato, precisamente, la atención de “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”. Se ha dicho a este

36 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2022): *op. cit.*, 48; Todolí Signes, Adrián (2022): «Análisis del nuevo contrato temporal “por circunstancias de la producción” y sus tres modalidades», <https://adriantodoli.com/2022/01/03/analisis-nuevo-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-y-sus-tres-modalidades/>; Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 40; Monreal Bringsvaerd, Erik. (2022): «Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 62, 43; Lahera Forteza, Jesús (2022): «Las cuatro modalidades del contrato temporal por circunstancias de producción», https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/10/29_LAHE-RA_ContratosCP-1110022.pdf; Cabeza Pereiro, Jaime (2022): «Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis», *Revista de Derecho Social*, 98, 42; Gil Plana, Juan (2023): *op. cit.*, 94. Con dudas, Sala Franco, Tomás (2022a): *op. cit.*, 44-45.

37 Por todos, Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 40; o Gil Plana, Juan (2023): *op. cit.*, 93-94.

38 Todolí Signes, Adrián (2022): *op. cit.*; Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 40; Monreal Bringsvaerd, Erik. (2022): *op. cit.*, 44. Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2022): *op. cit.*, 48, advierte, no obstante, que el concepto de “oscilación” es extensible a las variaciones provocadas por las vacaciones, pero no para otro tipo de descansos.

respecto que la diferencia estribaría en que el contrato “corto” del párrafo cuarto sí puede utilizarse para actividades estacionales o de temporada de corta duración³⁹; pero los partidarios de esta segunda postura interpretan que la causalidad del contrato por circunstancias de la producción —que la reforma pretende reforzar— identifica siempre —y no unas veces sí y otras no— “ocasionalidad” con una lógica de no reiteración⁴⁰, de manera que el contrato por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales y previsibles sí podría utilizarse en campañas o temporadas de carácter previsible y breve, pero, por ejemplo, porque excepcionalmente (ocasionalmente) no sea suficiente con el llamamiento del personal fijo-discontinuo⁴¹. En cuanto a la referencia a las vacaciones, se sostiene desde este punto de vista que el motivo de su mención podría ser el mantenimiento, pese a la existencia de reticencias doctrinales, de la interpretación jurisprudencial favorable a la celebración de contratos eventuales para la cobertura de las vacaciones⁴². Ahora bien, al no ser suficiente, según la jurisprudencia, su “invocación genérica”⁴³, se interpreta que para que las vacaciones de la plantilla sean causa habilitante del contrato por circunstancias de la producción será necesario detallar las circunstancias extraordinarias que

39 Todolí Signes, Adrián (2022): *op. cit.* También para Gómez Abelleira, Francisco Javier (2022): «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 26, en el caso del contrato “corto” la occasionalidad puede ser algo que se repite. Un sector de la doctrina —Cavas Martínez, Faustino (2022): *op. cit.*, 131-132; Carrizosa Prieto, Esther (2022): «La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 152, 54; o Lahera Forteza, Jesús (2022): *op. cit.*, acepta que en campañas o temporadas de carácter previsible y breve duración (faenas agrícolas, rebajas o Navidades) quede a criterio de la empresa recurrir al contrato fijo-discontinuo o al contrato por circunstancias de la producción siempre que no se superen los noventa días discontinuos en el año natural.

40 Sala Franco, Tomás (2022b): *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 14; Gordo González, Luis (2022): *op. cit.*, 44-45; Gorelli Hernández, Juan (2022): *op. cit.*, 229; Moreno Vida, Nieves (2022): «Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas», en Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 79-80; Nogueira Gustavino, Magdalena (2022): «El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021», <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>; Costa Reyes, Antonio (2022): «La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 467, 50; López Ahumada, José Eduardo (2022): «La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: análisis del Real Decreto-Ley 32/2021», *Estudios Latinoa*, 13, 21; López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *op. cit.*, 74.

41 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 69.

42 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 65.

43 Según la STS de 10 de noviembre de 2020, R^o 2323/2018 “la empresa es plenamente conocedora de que la plantilla con la que cuenta disfruta de vacaciones y descansos con la regularidad propia de tales situaciones y, por consiguiente, la respuesta al volumen de actividad habitual debe contemplar las horas de efectiva prestación. El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible (...). Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”.

las justifican (tal y como se exige, además, en el artículo 15.1 ET)⁴⁴, no siendo posible acudir al contrato por circunstancias de la producción si las vacaciones tienen una planificación regular o estable⁴⁵. En este último caso, en el que la oscilación sería previsible, y el desajuste de plantilla estructural, se entiende que procedería acudir a la contratación fija-discontinua⁴⁶.

Así pues, en apretada síntesis, mientras la interpretación favorable a que las oscilaciones puedan ser previsibles tiene claramente a su favor la literalidad de la norma —que no distingue entre las previsibles y las imprevisibles— la interpretación partidaria de su carácter imprevisible queda respaldada por argumentos basados en su interpretación lógica, sistemática y teleológica. Creo, sin embargo, que es posible efectuar una lectura del precepto que aúne su literalidad —que no lleva exactamente a identificar imprevisibilidad y contrato largo— con la contundencia de dichos argumentos.

El primer obstáculo que debe superarse de aceptar que las oscilaciones pueden ser previsibles o imprevisibles es la reiteración a que ello conduciría, pues si se admiten las oscilaciones ocasionales y previsibles en el contrato largo sería totalmente innecesario darles entrada también en el contrato corto. Afirmar que la solución a este problema es tolerar la celebración de contratos por circunstancias de la producción de corta duración para necesidades no ocasionales sino cíclicas o estacionales fuerza la literalidad legal —pues, en efecto, la causalidad del contrato por circunstancias de la producción identifica siempre “ocasionalidad” con una lógica de no reiteración en el tiempo— y contradice la interpretación teleológica del precepto, fruto de una reforma que tiene el refuerzo de la causalidad de la contratación temporal como bandera. Existe, sin embargo, otra vía interpretativa que pasaría por entender que las oscilaciones del artículo 15.2.1º se están refiriendo —frente a los incrementos ocasionales e imprevisibles, que serían causas exógenas— a causas endógenas o internas, pero exclusivamente a las derivadas del estado de la plantilla (como las vacaciones u otras ausencias). Las causas endógenas o internas derivadas de estrategias empresariales (que podrían estar relacionadas con nuevas actividades o con necesidades específicas, como mejoras productivas, muchas veces reconducibles

44 La doctrina menciona como circunstancias que justificarían el recurso al contrato, por ejemplo, los casos del artículo 38.3 del ET, que conllevan el disfrute de las vacaciones fuera de la fecha prevista. Así, Costa Reyes, Antonio (2022): *op. cit.*, 50.

45 Nogueira Gustavino, Magdalena (2022): *op. cit.* En la misma línea, con diferentes matices, Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 117; Costa Reyes, Antonio (2022): *op. cit.*, 50; López Ahumada, José Eduardo (2022): *op. cit.*, p. 21; López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *op. cit.*, 74.

46 Pese a ello, entienden que la literalidad de la ley conduce a pensar en la existencia de una regla especial para las vacaciones Goerlich Peset, José María (2022a): *op. cit.*, 41; Lahera Forteza, Jesús (2022): *op. cit.*; García González, Guillermo (2022): «La contratación temporal en la reforma laboral: reflexiones críticas sobre su conformación jurídica», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 70/1, 295; Gómez Abelleira, Francisco Javier (2022): *op. cit.*, 24; Monreal Bringsvaerd, Erik. (2022): *op. cit.*, 43; o UGT (2022): «Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. La nueva regulación sobre contratación temporal», *Servicio de Estudios UGT*, 35, 6.

al antiguo contrato de obra o servicio) se recogerían en el artículo 15.2.4º. Según esta lectura del precepto, respetuosa de su literalidad, el contrato largo estaría dando cabida a incrementos ocasionales e imprevisibles y a oscilaciones (previsibles o imprevisibles) derivadas del estado de la plantilla; mientras en el contrato corto (que alude a “situaciones”) tendrían cabida las oscilaciones ocasionales y previsibles derivadas de estrategias empresariales y los incrementos ocasionales y previsibles (claramente, el “exceso” frente a los fijos discontinuos previstos para la temporada o campaña, pues, como recordaba el voto particular de la STS de 30 de julio de 2020 es consustancial a las empresas con un gran volumen de actividad de naturaleza fija discontinua tener en esos mismos periodos de tiempo mayores necesidades de mano de obra temporal motivadas, entre otras razones, en posibles acumulaciones de tareas de carácter excepcional).

El segundo problema que debe resolverse guarda relación, por su parte, con la referencia explícita a las vacaciones en el artículo 15.2.2º. Como se ha señalado, según un sector doctrinal, de esa referencia se deduce, necesariamente, la existencia de una regla especial en materia de vacaciones, antagónica a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuya virtud sería posible soslayar la figura del fijo-discontinuo a pesar de que el desajuste de plantilla por ellas provocado sea estructural. Esta conclusión no es, sin embargo, tan obvia: la parquedad con la que finalmente ha quedado redactado el precepto es tal que ni permite afirmar indubitadamente que pretende contrarrestarse esa última jurisprudencia, ni permite sostener con toda certeza que ha querido confirmarse. Dejando, pues, a un lado estas deducciones y atendiendo en exclusiva a la literalidad de la ley, lo que indica el precepto es que las vacaciones anuales se entienden incluidas “entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior”, es decir, entre las oscilaciones que provocan desajustes de plantilla temporales y no conducen al tipo del fijo discontinuo. En consecuencia, cabe entender que lo establecido ahora por el precepto es que si las vacaciones causan en la empresa desajustes temporales y no estructurales de plantilla cabe acudir al contrato por circunstancias de producción. Ello se reconoce sin distinciones sobre la causa —porque ha cambiado el sistema de elección, porque se han disfrutado fuera de fecha o por cualquier otro motivo, sea cual sea el sistema de planificación de las vacaciones— y sin entrar en la discusión de si se podía haber previsto por el empresario ese desajuste temporal o no. Y, lógicamente, ello se vincula a la justificación en el contrato de la causa del contrato, pero no porque sea aplicable sin ningún género de duda la jurisprudencia anterior a la reforma, sino porque esta lo impone en su artículo 15.1 como una de sus señas de identidad.

Cabría añadir, en fin, que, si las vacaciones no son una de las oscilaciones del párrafo primero, este vería muy restringido su contenido. En efecto, descartado que pueda tratarse de oscilaciones derivadas de estrategias empresariales, sería difícil imaginar los supuestos que integrarían el artículo 15.1.1º más allá de los permisos, licencias u otro tipo de ausencias de los trabajadores.

8. LA DURACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

La siguiente duda interpretativa que plantea la nueva regulación guarda relación, por su parte, con la duración del contrato por circunstancias de la producción. En principio, si, expirada la duración máxima, no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral debe aplicarse la regla del artículo 49.1 c) del ET en virtud de la cual “el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”.

Sucede, sin embargo, que, tras la reforma, el artículo 15.1 del ET exige precisar la conexión de la duración prevista en el contrato con las circunstancias justificativas del mismo; y, por su parte, el artículo 15.4 prescribe la adquisición de fijeza *iuris et de iure* para las personas contratadas “incumpliendo lo establecido en este artículo”. Podría pensarse, en consecuencia, que el incumplimiento se produciría de no respetarse la duración inicialmente pactada, por continuar el trabajador prestando sus servicios, especialmente si se ha agotado la duración máxima del contrato, de forma que procedería, por aplicación de la norma especial del artículo 15.4, la declaración de fijeza *iuris et de iure* y no la aplicación de las reglas del artículo 49.1 c)⁴⁷.

Aunque la concreción de la conexión entre la duración prevista y las circunstancias que justifican el contrato es ineludible, entiendo que es posible cohonestar la regla del artículo 15.4 y las del artículo 49.1 c), que permanece inalterado en este punto, pese a que el Real Decreto-Ley 32/2021 sí ha actualizado otros de sus extremos⁴⁸. Es cierto que, tras la reforma, es difícil seguir sostenido la anterior caracterización jurisprudencial del contrato como un contrato a término en el que “se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato” (STS de 4 de febrero de 1999, Rº 2022/1998, por todas)⁴⁹. Pero hay que reparar que ello no significa que la conexión entre la duración y la causa sea rígida: así viene a demostrarlo el hecho de que el propio artículo 15.2 permita a las partes prorrogar el contrato si la duración máxima no se ha agotado. En consecuencia, cabe entender que únicamente procederá la aplicación de fijeza *iuris et de iure* del

47 Así lo defiende, por ejemplo, Llompart Bennàssar, Magdalena (2023): Otras novedades en materia de contratación temporal: conversión del contrato indefinido, encadenamiento, cotización adicional y planes de reducción de la temporalidad», en Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Andrés (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 137.

48 El supuesto es diferente, por tanto, al del artículo 8.2 del ET, que se ha mantenido íntegramente, referencias a los contratos de prácticas y para la formación y el aprendizaje o a los contratos para la realización de una obra o servicio determinado incluidas.

49 En contra, Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 109, para quien, aunque la causa desaparezca, no debe extinguirse el contrato, al contrario de lo que ocurre en el contrato de interinidad por sustitución. Según Moreno Vida, Nieves (2022): *op. cit.*, 74, la fijación de un límite temporal obedece propiamente a la naturaleza ocasional o coyuntural del contrato, considerándose que si la necesidad de personal persiste más allá del período establecido tiene ya carácter permanente.

artículo 15.4 cuando la “desconexión” entre la duración prevista y la continuidad en la prestación de servicios sea “flagrante” e injustificada⁵⁰.

Sigue siendo, en definitiva, aplicable el criterio sostenido por los tribunales con anterioridad a la reforma, en cuya virtud carece de trascendencia el desfase temporal si “es mínimo e irrelevante en función de las circunstancias del caso y se revela además como adecuadamente vinculado a las necesidades productivas que de forma inmediata van a ser requeridas” (STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2002, Rº 5418/2001).

En el caso del contrato “corto”, como no se fija exactamente una duración máxima del contrato la aplicación de las reglas del artículo 49.1 c) parecen perder aquí su sentido. Probablemente, como sucede en el contrato “largo”, únicamente procederá la aplicación de fijeza *iuris et de iure* del artículo 15.4 cuando se produzca una “desconexión” entre la duración prevista y la continuidad en la prestación de servicios “flagrante” e injustificada.

9. EL CONTRATO POR SUSTITUCIÓN DE PERSONA TRABAJADORA

Finalmente, por lo que respecta al contrato “por sustitución de persona trabajadora” llama la atención que, a pesar de la denominación escogida, el régimen jurídico del contrato, contenido en el apartado tercero del artículo 15, continúe incluyendo los dos supuestos —sustitución y ocupación de vacante— comprendidos en el desaparecido contrato de interinidad. La regulación del contrato por sustitución se completa, además, con la incorporación de un supuesto antes incluido en el artículo 5.2 del RD 2720/1998, relativo a los casos en que el contrato de interinidad podía celebrarse a tiempo parcial (“Asimismo, el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución”).

Aunque llama la atención que el artículo 15.3 no se refiera a la posibilidad, sí contemplada en el artículo 5.2 del RD 2720/1998, de concertar el contrato de sustitución a tiempo parcial cuando se trate de sustituir a una persona contratada a tiempo parcial⁵¹, no parece que ello impida celebrar el contrato en estos casos, que cuadran

50 Se ha dicho a este respecto que si el desajuste entre la duración y la causa es “a la baja” cabrá corregirlo con la prórroga permitida, pero si es “al alza”, exagerado y carente de toda razón, podría determinar la aplicación del artículo 15.4. Gómez Abelleira, Francisco Javier (2022): *op. cit.*, 25.

51 El artículo 5.2 del RD 2720/1998 dispone que “El contrato de interinidad deberá celebrarse a jornada completa excepto en los dos supuestos siguientes: a) Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial. b) Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37, apartados 4.bis y 5 del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros casos en que, de conformidad con

perfectamente en la nueva redacción del precepto, más genérica que la del Reglamento. Resulta claro que, puesto que no hay contradicción entre la más sintetizada regulación del artículo 15.3 y la más amplia del RD 2720/1998, esta debe entenderse vigente hasta ser reemplazada, en su caso, por otro desarrollo reglamentario⁵². Esto no significa, sin embargo, que el contrato de sustitución siempre tenga que ser a tiempo parcial en estos supuestos, pues cabría plantear la celebración de un contrato a tiempo completo para la cobertura simultánea de la reducción de jornada de varias personas trabajadoras. Dicha posibilidad quedaría, eso sí, supeditada, como la sustitución sucesiva de distintas personas trabajadoras por parte de la misma persona contratada por sustitución, a la especificación en el contrato del nombre de las personas sustituidas y de las causas justificativas de la sustitución (STS 19 de febrero de 1986)⁵³.

De la posibilidad descrita resultan igualmente llamativos otros dos extremos. El primero guarda relación, precisamente, con la reiteración de lo ya dispuesto en el párrafo anterior —y en el artículo 15.1 al exigir la concreción de la causa del contrato— respecto a la necesidad de especificar el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. Aunque a primera vista tal duplicidad parece innecesaria, seguramente con ella se ha querido evitar que la desaparición del requisito en este párrafo segundo sea interpretada como una eliminación de la exigencia legal en este supuesto⁵⁴. El segundo extremo remarcable es que la celebración del contrato se autorice cuando la reducción de jornada se ampare en causas “legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo”, pero no se permita expresamente cuando deriva de acuerdos individuales, pese a que suelen constituir una fuente de mejora de las posibilidades de conciliación de las personas trabajadoras⁵⁵.

10. CONCLUSIONES

Una de las tendencias más preocupantes que cabe detectar en el sistema de fuentes es la relacionada con la absoluta falta de claridad en la redacción de las normas laborales, pues de esta oscuridad derivan tareas interpretativas casi imposibles, divisiones en la doctrina científica y, lo que es peor, complicaciones importantes en su puesta en práctica. La que sea, probablemente, la más importante de las refor-

lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del apartado 4 del artículo 48, del Estatuto de los Trabajadores”.

52 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 69.

53 Esta posibilidad se defiende por Navarro Nieto, Federico (2022): «El contrato temporal de sustitución», *Temas Laborales*, 161, 139, quien precisa que, finalizada alguna de las reducciones de jornada, deberá producirse la correspondiente conversión del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

54 Ballester Pastor, María Amparo (2022): *op. cit.*, 72.

55 Gómez Abelleira, Francisco Javier (2022): *op. cit.*, 30; López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *op. cit.*, 82.

mas de todas cuantas se han sucedido desde el año 2020 —la reforma laboral de 2021— constituye, desafortunadamente, el ejemplo más evidente de lo que acaba de afirmarse. Estas deficiencias son, a su vez, especialmente intensas en el que, sin duda, es el principal foco de atención de la reforma —la transformación del modelo de contratación temporal— y, por ello, su análisis se aborda en el presente estudio.

La investigación realizada demuestra, de hecho, que el aspecto más discutible del nuevo régimen jurídico de la duración del contrato de trabajo contenido en los artículos 15 y 16 del ET es el abuso de conceptos jurídicos indeterminados y el recurso constante a literalidades ambiguas que, como se ha descrito, ya están siendo objeto de interpretaciones encontradas, generando múltiples problemas aplicativos que deberán resolver los tribunales. Basta señalar en este momento que, al redactarse los textos “en la clave contractual propia de los convenios colectivos”⁵⁶, la reforma deja sin definir de forma precisa los supuestos en que cabe recurrir ahora al contrato fijo-discontinuo, la propia utilización del contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial, o las causas que legitiman la celebración del nuevo contrato por circunstancias de la producción y las consecuencias de la superación de su duración máxima, complicando hasta el extremo la diferenciación adecuada entre una y otra modalidad contractual.

Sin perjuicio de las respuestas que se aportan, en cada caso, en el trabajo realizado, cabe mantener, por todo ello, a modo de conclusión, que por mucho que sea resultado del método empleado en la negociación de la reforma —y sin perjuicio de la valoración positiva que merece el que culminara con éxito— la técnica utilizada ha terminado por comprometer finalmente los objetivos pretendidos: la preferencia por la contratación indefinida y el refuerzo de la causalidad de la contratación temporal, que sigue necesitando una delimitación legal más precisa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2022): *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crítica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2022): «Régimen normativo del contrato fijo discontinuo y de la contratación temporal», <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2022): «Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis», *Revista de Derecho Social*, 98, 39-56.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier (2022): «La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 1, 89-155.

56 Cruz Villalón, Jesús (2022): *op. cit.*, 26.

- CARRIZOSA PRIETO, Esther (2022): «La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 152, 45-65.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2022): «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo (dirs.): *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum.
- COSTA REYES, Antonio (2022): «La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 467, 39-75.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2022): «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia», *Temas Laborales*, 161, 28-44.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (2022): «El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral», *Trabajo y Derecho*, 88.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo (2022): «La contratación temporal en la reforma laboral: reflexiones críticas sobre su conformación jurídica», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 70/1, 285-314.
- GARCÍA OLIVER, Román (2022): «El contrato fijo discontinuo. Configuración e incógnitas tras la reforma laboral», https://www.spmas.es/wp-content/uploads/2022/06/3_-ROMAN_CONTRATO-FIJO-DISCONTINUO-configuracion-e-incognitas-tras-reforma-laboral-AEAL-JUNIO-2022-ROMAN-GARCIA-OLIVER.pdf.
- GIL PLANA, Juan (2023): «Reforma de la contratación laboral», en Thibault Aranda, Javier y Jurado Segovia, Ángel (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley.
- GOERLICH PESET, José María (2001): «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos. El final de una larga discusión», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 61, 125-148.
- GOERLICH PESET, José María (2022a): «La reforma de la contratación laboral», en De la Puebla Pinilla, Ana; Mercader Uguina, Jesús; Goerlich Peset, José María (coords.): *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GOERLICH PESET, José María (2022b): «Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo-discontinuo», en Barcelón Cobedo, Susana; Carrero Domínguez, Carmen; De Soto Rioja, Sebastián (coords.): *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Consejo andaluz de Relaciones Laborales.

- GOERLICH PESET, José María (2023): «El contrato fijo-discontinuo: innovación y continuidad», en Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Ángel (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier (2022): «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 19-30.
- GORDO GONZÁLEZ, Luis (2022): «El contrato fijo-discontinuo: nuevo pilar de la contratación laboral estable», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 13, 39-50.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2022): «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021», *Temas Laborales*, 161, 217-252.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2022): «Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva», *Temas Laborales*, 161, 253-280.
- LABOR 10 ASESORES (2023): «¿Se puede celebrar un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial tras la entrada en Vigor del Real Decreto-ley 32/2021?», <https://labor10.com/real-decreto-ley-32-2021-contrato-fijo-discontinuo-a-tiempo-parcial/>.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2022): «Las cuatro modalidades del contrato temporal por circunstancias de producción», https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/10/29_LAHERA_ContratosCP-1110022.pdf.
- LAHERA FORTEZA, Jesús; Vicente Palacio, Arántazu (2023): *Los contratos de trabajo fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial*, 1ª ed., Madrid, Aranzadi.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2022): «La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: análisis del Real Decreto-Ley 32/2021», *Estudios Latinoa*, 13, 13-25.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2022): *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LLOMPART BENNÀSSAR, Magdalena (2023): Otras novedades en materia de contratación temporal: conversión del contrato indefinido, encadenamiento, cotización adicional y planes de reducción de la temporalidad», en Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Andrés (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 137.
- MARTÍNEZ BARROSO, Reyes (2022): «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 251, 153-216.
- MONREAL BRINGSVAERD, Erik. (2022): «Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 62.

- MORENO VIDA, Nieves (2022): «Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas», en Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum.
- NAVARRO NIETO, Federico (2022): «El contrato temporal de sustitución», *Temas Laborales*, 161, 133-154.
- NIETO ROJAS, Patricia (2022): «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos*, 3, Número extraordinario «La reforma laboral de 2021», 31-42.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena (2022): «El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021», <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y Oleart Godia, Ricardo (2023): «Las ETT ante la reforma de la contratación», en Thibault Aranda, Javier y Jurado Segovia, Andrés (dirs.): *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, 1ª ed., Madrid, La Ley.
- SALA FRANCO, Tomás (2022a): *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO, Tomás (2022b): *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Todolí Signes, Adrián (2022): «Análisis del nuevo contrato temporal “por circunstancias de la producción” y sus tres modalidades», <https://adriantodoli.com/2022/01/03/analisis-nuevo-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-y-sus-tres-modalidades/>.
- UGT (2022): «Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. La nueva regulación sobre contratación temporal», *Servicio de Estudios UGT*, 35, 1-13.

Igual remuneración por trabajo de igual valor

(Apariencia y verdad de la discriminación salarial en la economía de mercado)

Óscar Fernández Márquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo

Equal pay for work of equal value

(Truth and Appearance of Wage Discrimination in the Market Economy)

Sumario:

1 INTRODUCCIÓN. 2. JUSTICIA SOCIAL E IGUALDAD ECONÓMICA 3. IGUALDAD SALARIAL: DEFINICIÓN, ALCANCE Y VERTIENTES. 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y MÁRGENES PARA LA LIBERTAD REMUNERATORIA 5. EL PRINCIPIO DE IGUAL SALARIO POR EL DESEMPEÑO DEL MISMO TRABAJO 6. EL PRINCIPIO DE IGUAL SALARIO POR EL DESEMPEÑO DE TRABAJOS DE IGUAL VALOR. 7. VIRTUALIDAD REAL DE LA REGLA DE IGUAL SALARIO POR TRABAJO DE IGUAL VALOR. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La lucha por la igualdad salarial, y en particular el objetivo de la no discriminación retributiva por razones de género, constituye hoy una de las principales manifestaciones de eso que venimos llamando desde hace ya tiempo justicia social. Suele suponerse que el origen de las discriminaciones e iniquidades remuneratorias está en el funcionamiento espontáneo y libre del mercado, y que por tanto el principal oponente al que habría que hacer frente —desde el Estado, con las políticas públicas pertinentes— sería la empresa lucrativa capitalista, juzgada a la postre artífice y principal beneficiaria de estas censurables prácticas. Este trabajo constituye una crítica a este planteamiento, y defiende, contra la opinión más extendida, que las empresas capitalistas, precisamente en cuanto guiadas por el ánimo de lucro, no tienen en verdad razones económicas para ejecutar actuaciones discriminatorias cuando remuneran a los trabajadores. La lógica del mercado y de la competencia las conduce antes al contrario a retribuir tendencialmente a sus empleados según el valor real de su contribución a la productividad de la empresa. Se propone por tanto

que la discriminación salarial, cuando existe —que existe— sólo puede proceder de ciertas “interferencias burocráticas” —colectivización salarial, tecnocracia remuneratoria, etc.— que afectan a la fijación de las retribuciones de los trabajadores. Finalmente, sobre estas bases, se lleva a cabo una crítica de las principales actuaciones públicas instadas en materia de igualdad salarial, en particular de la regla de igual salario por trabajo de igual valor y de las herramientas de valoración —supuestamente objetiva— de los trabajos implementadas con la finalidad de racionalizar las remuneraciones de los trabajadores y evitar discriminaciones.

Palabras clave: Brecha salarial, Capitalismo, Competencia, Convergencia salarial, Discriminación salarial, Economía de mercado, Género, Igualdad salarial, Justicia social, Salario mínimo, Trabajo de igual valor, Trabajo igual, Valor de mercado, Valor objetivo del trabajo, Valor subjetivo del trabajo, Valoración de puestos de trabajo.

Abstract: The fight for equal pay, and the objective of non-discrimination in pay based on gender in particular, constitutes today one of the main manifestations of what we have been calling Social Justice for some time now. It is usually assumed that the origin of discrimination and remuneration inequities is in the spontaneous and free market, and that therefore the main opponent that would have to be faced — from the State, with public policies — would be the profitable capitalist company, ultimately judged to be the architect and main beneficiary of these reprehensible practices. This work offers a critique of this approach, and defends, against the most widespread opinion, that capitalist companies, precisely as guided by the profit motive, do not really have economic reasons to carry out discriminatory actions when they remunerate workers. The logic of the market and competition leads them, on the contrary, to tend to reward their employees according to the real value of their contribution to the company's productivity. It is therefore proposed that wage discrimination, when it exists — which it does — can only come from certain “bureaucratic interferences” — wage collectivization, remuneration technocracy, etc. — that affect the setting of workers' salaries. Finally, on these bases, a critique is carried out of the main public actions urged in matters of equal pay, in particular of the rule of equal pay for work of equal value and of the tools for evaluating — supposedly objective — jobs that have been implemented with the purpose of rationalizing workers' salaries and avoiding discriminatory practices.

Keywords: Convergence of wages, Capitalism, Equal work, Gender, Job evaluation, Market economy, Market value, Minimum wage, Objective value of work, Pay equality, Social justice, Subjective value of work, Wage discrimination, Wage gap, Work of equal value

1. INTRODUCCIÓN

La mayor parte de las aproximaciones a la discriminación salarial —cuya neutralización es considerada una prioridad absoluta desde las coordenadas de la justicia social en su definición moderna— parten de una premisa que suele asumirse silente y acríticamente pero que, por su enorme trascendencia, conviene revelar y someter a

consideración y crítica explícita. Tal premisa es que la causa de las discriminaciones e iniquidades salariales de los trabajadores —y particularmente las trabajadoras— por cuenta ajena radica principalmente en las decisiones arbitrarias de las empresas capitalistas, o que tales discriminaciones son en todo caso resultado del funcionamiento caprichoso, descontrolado e injusto del mercado de trabajo, circunstancias que se entenderán por cierto habilitantes para la puesta en marcha de medidas regulatorias y políticas públicas de corrección del mercado e igualación de los salarios desde el Estado. El propósito de este breve trabajo es poner de manifiesto que la referida premisa no es totalmente verdadera, o al menos que no es cierta en los términos en los que suele comúnmente interpretarse y darse por cierta. En contra de la opinión más común, se sostiene aquí que las discriminaciones y las arbitrariedades salariales no proceden principalmente ni del mercado ni de las empresas, que en verdad en un sistema de cambios libre y regido por la competencia no tienen razones económicas para pagar más cuando podrían pagar menos, como de hecho ocurre, de modo revertido, en toda situación de discriminación salarial, en cuanto viene a suponer el abono de salarios más altos de los que podría pagarse en términos de mercado, habida cuenta de la existencia de colectivos de trabajadores, los discriminados, dispuestos a admitir salarios más bajos (la pregunta de la discriminación salarial no es entonces por qué las empresas pagan menos a cierto tipo de trabajadores que hacen el mismo trabajo que otros mejor pagados, sino por qué se paga más a ciertos trabajadores por el desempeño del mismo trabajo que otros están dispuestos a realizar a precios más bajos).

Se sostiene por el contrario que las discriminaciones y las arbitrariedades salariales proceden de las que llamamos “vías burocráticas” —desligadas de las leyes del mercado— de fijación salarial, particularmente la negociación colectiva sectorial, la determinación tecnocrática de las retribuciones en grandes organizaciones, o la estipulación de las remuneraciones en el ámbito de la Administración y del sector público, en las que sí pueden encontrar su espacio ciertas veleidades retributivas con poco encaje en las leyes económicas. Y, en este nuevo contexto, se revisan y analizan críticamente las medidas jurídicas de lucha contra la discriminación salarial que han ido cobrando progresivamente fuerza en el ordenamiento español en los últimos años, y particularmente la regla de igual salario por igual trabajo —o por trabajo de igual valor—, dando cuenta del que consideramos su verdadero significado y, en todo caso, denunciado las limitaciones de las operaciones que en el marco o al servicio de este principio se han ido poniendo en marcha con objeto de buscar e identificar un verdadero valor objetivo —y normativo— del trabajo al que aproximar las retribuciones de los trabajadores con el fin de evitar las discriminaciones salariales, especialmente las relacionadas con motivos de género.

2. JUSTICIA SOCIAL E IGUALDAD ECONÓMICA

La idea de justicia social tiene sin duda en la igualdad económica el objetivo y el principio fundamental de su existencia moderna. El objetivo, porque la reducción de

las diferencias de riqueza entre individuos define —propositivamente— un horizonte de equidad que casi nadie pone hoy en cuestión. El principio, porque este fin proyectado, como siempre acontece con las estructuras teleológicas, fija un rumbo que termina fungiendo —normativamente— como causa o motor de las medidas y acciones que se busca poner en ejecución para conseguir el referido fin-efecto de la igualdad económica. En ambos casos, tanto cuando actúa como fin como cuando lo hace como principio, la igualdad económica determina a la postre como decimos el contenido moderno de la justicia social, desplazando o dejando de lado —esto es lo que importa subrayar— la que tradicionalmente ha venido siendo su esencia, a saber, la lucha contra la pobreza. Ya no basta, o no basta esencialmente, con rebajar al mínimo o suprimir las tasas de pobreza —vivienda, vestido, alimentación, educación, salud—, sino que es preciso que las condiciones económicas de las personas, cualesquiera que sean, se igualen tendencialmente o al menos no vayan haciéndose más acusadas las divergencias. La pobreza, dicho de otra manera, ha dejado de definirse *paramétricamente*, conforme a un criterio objetivo fijo absoluto —vgr., las necesidades básicas de subsistencia del hombre— y ha pasado a definirse *estratégicamente* conforme a un criterio relativo que la determina respecto de la situación económica de los perfiles comparables de las personas con más riqueza. Seguramente porque la batalla contra la pobreza frumentaria ha sido superada, al menos en los boyantes Estados capitalistas, la justicia social ha pasado a ser definida como lucha contra la desigualdad y las diferencias de riqueza que arroja el mercado: el objetivo de la justicia social ya no es la prosperidad sino la igualdad económica.

Son al menos tres los pilares sobre los que se asienta esta nueva conceptualización de la justicia social como igualdad económica de los distintos sujetos o individuos sociales. Primeramente, el hecho mismo de haberse logrado un nivel mínimo de prosperidad o abundancia de recursos que ha permitido cubrir las necesidades básicas de subsistencia de todas las personas que integran la sociedad o el mercado de referencia, sea mediante la participación activa en trabajos más productivos (por cuenta ajena o autónomos), sea mediante la percepción de las ayudas y subsidios por sujetos no activos cuyo pago puede acometerse —principalmente con la mediación del Estado, a través de las políticas redistributivas— en el sistema capitalista gracias a la fecundidad y superabundancia de bienes que este se muestra capaz de producir; no sólo porque resuelto el problema de la pobreza famélica la justicia social tiene que redirigir obviamente sus objetivos de un modo más ambicioso, sino porque además, como es sabido, sólo cuando están satisfechos los mínimos requerimientos de subsistencia, y se ha accedido a cierto nivel educativo —no desde la penuria total—, se activan las energías reivindicativas o revolucionarias de las clases menesterosas. En segundo lugar, la deslegitimación de que serán objeto desde los postulados de la justicia social la acumulación excesiva y los diferenciales de riqueza a favor de ciertos individuos, no considerados fruto de operaciones comerciales libres y de armónica coordinación social sino resultado del expolio y la explotación de unas clases sociales por otras más poderosas (extracción de las plusvalías a los trabajadores por la clase capitalista), o simplemente juzgados moralmente repudiables a partir de ciertos umbrales (es indelicado sin más que alguien acumule mucha riqueza cuando otros tienen muy poco). En

tercer lugar, la cohesión social, o conveniencia de que entre los individuos (o grupos) que conforman una sociedad no haya grandes diferencias de riqueza con objeto de facilitar la recurrencia en la rotación del ciclo económico de producción-consumo (debido a la menor propensión marginal al gasto de las personas con más riqueza), o en todo caso la integración y vertebración de todos los aludidos componentes individuales y grupales de la sociedad en verdadera comunidad armónica de intereses.

Es sin duda sobre estas premisas sobre las que como venimos diciendo la justicia social deja de determinarse como lucha contra la pobreza —definida en términos absolutos como penuria, indigencia, miseria— y pasa a identificarse con la igualdad, sea en su formato más ambicioso de reducción de la desigualdad o en el menos intenso de rectificación o desaceleración al menos de los ritmos de crecimiento de las diferencias de riqueza entre los individuos (o grupos) que conforman la sociedad de la que se trate. Una igualdad, por cierto, “relativa” o “parcial” —distinta del igualitarismo total— que necesita un “respecto a qué” o *tertium comparationis* (la capacidad económica de los distintos sujetos en nuestro caso), pide también un “respecto a quién” o parámetro comparable (un sujeto económico de referencia), se muestra en todo caso compatible con las diferencias que resulten justificadas, y a la postre termina definiéndose sobre todo como igualdad de oportunidades, más que de resultados: de hecho, tratar igualmente lo diferente constituiría propiamente otra manifestación de desigualdad (por indiferenciación). Y una igualdad, además, que opera esencialmente en el espacio de las relaciones sociales públicas, y no en el ámbito o el espacio privado, y que por tanto opera sobre todo como predicado de las leyes y las instituciones —igualdad de trato normativo o *isonomía*— más que como exigencia de conducta de los individuos, razón por la que, respecto de la empresa privada, por ejemplo, a diferencia de lo que acontece cuando se trata del convenio colectivo, o en general el ámbito del trabajo en el sector público, funciona en su forma más débil de prohibición discriminatoria ligada a grupos sociales concretos y definidos, al margen de que para ellos pueda cobrar singular intensidad definiéndose a veces como igualdad material, predisponiendo para medidas o acciones positivas reequilibradoras o compensatorias. Y una igualdad, en fin, que no se define en rigor como plena igualdad económica o de riqueza, sino como igualdad de renta, excluyendo el objetivo de la nivelación patrimonial: se busca sobre todo que las rentas salariales no disten demasiado entre sí, con independencia del tipo de trabajo que se realice, y en su caso que las ganancias y los beneficios del capital no marquen tampoco una divergencia desorbitada con aquellas (o que, a falta de rentas, las personas puedan acceder a subsidios o ayudas económicas que proporcionen una digna tasa de sustitución respecto de tales rentas, sin neutralizar obviamente el incentivo de auto-procura de riqueza por las personas).

3. IGUALDAD SALARIAL: DEFINICIÓN, ALCANCE Y VERTIENTES

Es en este contexto de igualdad de rentas —o equiparación de los *flujos* de ingreso económico de los sujetos, no de sus *fondos* patrimoniales, como decimos— en el que se ubica la que hoy viene a ser sin duda una de las principales manifestaciones de

la igualdad económica: la igualdad salarial. Igualdad que, digámoslo ya, presenta tres limitaciones consustanciales que debemos poner de relieve. La primera es que no se proyecta ni se ha concretado jurídicamente de momento como exigencia —ni siquiera como fin— de aproximación de las rentas del trabajo a otro tipo de rentas como las ganancias de la tierra y del capital (salvo indirectamente, a través de mecanismos redistributivos como la progresividad fiscal, por ejemplo). La segunda es que la igualdad salarial aparece referida en exclusiva a las actividades asalariadas, y no a otro tipo de trabajos remunerados como el autónomo. No comporta por tanto la exigencia de que las rentas del trabajo de los asalariados se equiparen a las de los autónomos —ni al alza ni a la baja—, y tampoco por supuesto que los ingresos de los autónomos sean tendencialmente equivalentes entre sí; esto último es particularmente difícil, no ya o no sólo porque en este caso faltaría una referencia objetiva de conmensuración de los distintos trabajos, al prestarse estos para una multiplicidad completamente abierta y variable de distintos clientes, sino también porque entre los autónomos —no se olvide— median relaciones de competencia comercial basadas en diferenciales de precios que rehúyen —en términos de libre mercado— las medidas de equiparación de las rentas (que se admiten en el trabajo asalariado porque se entiende que la unidad de la clase obrera comporta un efecto de solidaridad, frente a la empresa, que justifica la equiparación salarial por vías colectivas, *vgr.*, la negociación colectiva, sin vulneración de la libre competencia). La tercera limitación de la igualdad salarial radica en que la misma no se aplica a las rentas de reemplazo del salario (salarios de inserción, rentas básicas, subsidios y prestaciones de desempleo, pensiones), para las que no puede defenderse una tasa de sustitución total o una plena equiparación salarial, sea porque en unos casos —situaciones asistenciales— podría desincentivarse el objetivo de trabajar, sea porque en otros —situaciones contributivas— la prestación tendrá necesariamente que estar de un modo u otro en línea con las cotizaciones y la capitalización alcanzada.

Pues bien, acotada en los términos que acaba de señalarse, conviene poner de relieve que la regla de igualdad salarial —como igual retribución de los trabajadores asalariados— despliega sus efectos en dos vertientes que conviene diferenciar. Primero, como convergencia salarial, o equiparación tendencial de los salarios correspondientes a trabajos distintos o de diferente valor. Y, segundo, como verdadera igualdad —identidad— salarial, cuando se trate de los mismos trabajos o trabajos distintos pero que tengan igual valor objetivo.

Como convergencia salarial, la regla de igual remuneración del trabajo asalariado comporta como acabamos de señalar la necesidad, o al menos la conveniencia, de que no haya grandes divergencias en las retribuciones de los distintos trabajadores asalariados con independencia del tipo de actividad que los mismos realicen. Puesto que todos pertenecen a la misma clase de los trabajadores asalariados —dependientes y por cuenta ajena—, de modo que todos parten de una equiparable situación de necesidad de trabajar para procurarse el sustento, y participan en la producción mediante la simple aportación de fuerza de trabajo genérica, en el marco de un proyecto iniciado por quien aporta los medios de capital y asume los riesgos y los beneficios, todos deben cobrar unas retribuciones que no deberían ser muy distintas. Todos los

asalariados hacen o aportan esencialmente lo mismo en la producción, por cuanto son ante todo elementos iguales —homologables, sustituibles, fungibles— de la misma única clase de los trabajadores asalariados, luego todos ellos deben cobrar sustancialmente lo mismo. Las diferencias retributivas, cuando existan, serán accesorias o secundarias, puramente marginales, y por tanto necesariamente exiguas o reducidas. Este es en gran parte el filosofema que está en el origen y alimenta el principio de convergencia salarial, que en todo caso conecta por supuesto también con la idea de cohesión social que hemos visto que sustenta igualmente las ideas de igualdad salarial.

Sea como fuere, acaso porque la realidad del modo de producción capitalista moderno —postindustrial, terciarizado, digital— desmiente la premisa de la unidad de la clase trabajadora en la que se basa la propuesta a la que se acaba de hacer referencia (realmente, en el marco de la definición ampliada o extensa a la que ha llegado la idea de trabajo asalariado caben tipos de actividades productivas muy distintas unas de otras entre las que no es fácil decir que sólo median diferencias secundarias de modo que los salarios deberían ser sustancial y tendencialmente iguales), pero sobre todo seguramente también porque se sabe que la homologación salarial puede amortiguar o adormecer las iniciativas creativas y productivas de los trabajadores “diferentes” —y más valiosos— que pueden estar en condiciones de producir más y mejor que el resto, lo cierto es que la regla de convergencia salarial sólo ha llegado a concretarse jurídicamente en los sistemas de relaciones laborales de las economías de mercado como equiparación en una mínima retribución común para todos los asalariados. La única concreción efectiva del principio de convergencia salarial han sido en efecto las políticas salario mínimo de los distintos Estados, sea aprobando leyes de salario mínimo, sea promoviendo la fijación de salarios mínimos, de manera más descentralizada, mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales. Normas de salario mínimo indexadas normalmente a los salarios medios que siempre invocan el objetivo de la convergencia salarial. La convergencia salarial simplemente se ha traducido en una especie de igualdad por abajo —en la órbita de su determinación como igualdad de oportunidades—, nunca como igualdad transversal —como igualdad de resultados—, y menos tampoco por supuesto como fijación de topes máximos salariales, topes que desincentivarían como hemos dicho la inclinación a la mayor productividad de los trabajadores aventajados invitándoles además a buscar salida fugándose hacia otros mercados.

Más recorrido y mayores resultados concretos —en forma de verdaderas y muy relevantes exigencias jurídicas, también de otros modos, como es sabido (acción política, medidas educativas, divulgación en medios de comunicación)— ha tenido la igualdad salarial en cuanto definida como verdadera igualdad de retribución de trabajos iguales o bien distintos pero de igual valor. Tanto que, con esta particular configuración, la igualdad salarial, primero vinculada exclusivamente al trabajo de las mujeres, luego ya con carácter más general, no es sólo que haya terminado convirtiéndose en uno de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento laboral (marcando el rumbo de la acción legislativa y la hermenéutica de las normas

sociales), sino que ha cristalizado como verdadero *derecho subjetivo* de los trabajadores, invocable —además como *derecho fundamental*— no sólo frente al Estado y sus instituciones (plano vertical) sino frente a sujetos privados (plano horizontal), y ello al margen de que en un caso el mismo cobre vigencia como plena exigencia de igualdad de trato y total sujeción a criterios objetivos e interdicción de la arbitrariedad (en el contenido de regulación salarial de las normas, en la actuación y gestión remuneratoria de la Administración y de los poderes públicos) mientras que en el otro lo haga como mera prohibición de discriminación retributiva respecto de sujetos pertenecientes a colectivos sociales estigmatizados y vulnerables (mujeres, minorías étnicas, discapacitados, etc) o de personas que pueden sufrir represalias por el ejercicio de otros derechos fundamentales (libertad religiosa, libertad de expresión, libertad sindical, etc). La igualdad salarial aparece además definida a escala internacional como parte de los *derechos humanos*, desbordando el espacio interno de los Estados y apareciendo consagrada en el ámbito de la ONU, la OIT, el Consejo de Europa y la Unión Europea, dentro de los instrumentos y los tratados que ha ido alumbrando este potente aparato institucional internacional¹.

Nótese por último que la exigencia de igualdad salarial no sólo ha implicado la implementación de principios y derechos subjetivos *sustantivos* de prohibición de discriminación e igualdad salarial sino que ha traído consigo toda una cohorte de reglas *adjetivas* con las que se busca hacer efectivos aquellos derechos y principios, en gran medida porque se sospecha que puede haber resistencias —y fraudes— en su aplicación (que es precisamente también la razón por la que hay un momento en que la misma deja de definirse como igual salario por igual trabajo y pasa a determinarse como igual salario por trabajo de igual valor). Las reglas antidiscriminatorias en materia de clasificación y promoción profesional, las exigencias de transparencia salarial, las reglas específicamente dirigidas a combatir las discriminaciones indirectas, las acciones positivas (preferencias, cuotas, reservas de puestos con mejores remuneraciones), así como las reglas especiales de legitimación colectiva, alteración de la carga de la prueba, indemnidad, justicia gratuita o plena restitución, en procesos jurisdiccionales en los que se ventilen asuntos de discriminación salarial, o las sanciones efectivas, son otras tantas muestras de la relevancia jurídica práctica y real del principio de igualdad salarial de los trabajadores².

- 1 Vid. Convenio OIT de igualdad de remuneración (Núm. 100) y Recomendación (Núm. 90), 1951; art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo 141 TCE); Directivas comunitarias de igualdad de trato (Directiva 75/117/CEE, Directiva 79/7/CEE, Directiva 86/613/CEE, Directiva 92/85/CEE, Directiva 2000/43/CE, Directiva 2000/78/CE, Directiva 2002/73/CE, Directiva 2006/54/CE, Directiva 2023/970); art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; es destacable también la labor de interpretación desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al concepto de igualdad retributiva.
- 2 Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la TJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)", *Relaciones Laborales*, 12 (2005), pp. 41 y ss.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y MÁRGENES PARA LA LIBERTAD REMUNERATORIA

Según acabamos de señalar, la exigencia jurídica de igualdad salarial no opera de la misma manera respecto a sujetos privados (plano horizontal) y respecto a sujetos o instituciones públicas (plano vertical). En el primer caso, que es particularmente el del trabajador que invoca la igualdad salarial frente a la empresa, ésta sólo está vinculada por la igualdad salarial como exigencia de no discriminación, es decir, como deber de no establecer retribuciones inferiores sobre la exclusiva consideración de la pertenencia de los trabajadores a uno de los colectivos minoritarios y estigmatizados que forman parte del elenco legal de grupos socialmente discriminados (mujeres, discapacitados, racializados, homosexuales, etc), siendo por tanto compatible con diferencias de trato retributivo basadas en el puro arbitrio y en todo caso en consideraciones de clasificación o conformación de grupos humanos que respondan a criterios neutrales o no discriminatorios. La exigencia de igualdad salarial a la que está sujeta la decisión privada del empresario no impide por consiguiente la libertad de retribuir de manera distinta a los trabajadores de acuerdo con criterios caprichosos, siempre como decimos que con ello no se incurra en discriminación, y a condición por supuesto que se salven los mínimos salariales fijados legal o convencionalmente según las tareas o las funciones ejercitadas. Por consiguiente, y al margen de los inevitables condicionamientos objetivos de naturaleza económica obviamente, nada impediría en derecho a una empresa pactar —o decidir— a título individual para sus trabajadores diferencias de retribución en atención a circunstancias como el horóscopo, el día par o impar de nacimiento de los trabajadores, o el resultado entero o decimal de la raíz cuadrada de su estatura. Este tipo de discriminadores, por no conformar grupos socialmente minoritarios vulnerables señalados y perseguidos, no son discriminatorios, de modo que no pueden restringir ni la libertad de empresa ni la libertad de contratación —y la autonomía individual— al establecer el salario de los trabajadores.

La libertad de retribución de las empresas, aun cuando no llega obviamente tan lejos como otro tipo de libertades individuales y privadas más intensas que los sujetos disfrutan en el espacio de su vida doméstica o íntima, no sujetas siquiera a regulaciones, restricciones o limitaciones antidiscriminatorias (la libertad de elección de cónyuge es un ejemplo muy evidente), confiere como venimos diciendo a su titular un nada desdeñable margen jurídico operatorio a la hora de determinar los pagos de los servicios de los trabajadores, que pueden fijarse con total libertad —discrecionalmente— sin duda en consonancia con principios como el de propiedad privada de los factores de producción (y de los eventuales riesgos o beneficios), la libertad de empresa o la autonomía de contratación que están en la base de los sistemas liberales de economía —no planificada y pública, sino espontánea y privada— de mercado. La fijación de los salarios en las empresas privadas, cuando se haga a título individual, en virtud de las determinaciones unilaterales de la empresa o de los pactos o estipulaciones que esta pueda suscribir particularmente con sus trabajadores, sólo está

sujeta a la condición de no resultar discriminatoria y de cumplir las regulaciones de mínima retribución de los trabajadores. Más allá de ahí, la empresa puede fijar salarios distintos para los mismos trabajos o para trabajos de igual valor con total libertad, siempre sobre la base de la consideración de la pertenencia de los trabajadores a grupos o “clases distributivas” —puramente lógicas, sin realidad sociológica, conformadas sobre criterios clasificatorios neutros o puramente azarosos que no conllevan señalamiento ni estigma social asociado—, concepto bien distinto al de los grupos o “clases atributivas” que define la pertenencia a un colectivo con vida propia cuyos miembros son y se saben objeto de un tratamiento social singular —peyorativo— que el ordenamiento busca corregir con reglas antidiscriminatorias³.

Es en su plano vertical —respecto a sujetos o instituciones públicas— donde, como es de sobra conocido, la exigencia de igualdad salarial muestra un alcance más fuerte. Lo que significa que toda diferencia de retribución o salario que se determine en este contexto, cualquiera que sea, tendrá que contar con algún tipo de justificación objetiva que de cierta manera, en el marco de los pertinentes parámetros, se pueda considerar suficiente. No bastará entonces con que la diferencia salarial no sea discriminatoria —o que en su caso cumpla las reglas de retribución mínima que resulten de aplicación— sino que la misma deberá responder a una causa o razón fundada, lo que excluye completamente el margen para decisiones o determinaciones de puro arbitrio. Así acontecerá cuando sean las Administraciones o las entidades del sector público quienes actúen directamente como empleadores, situación en que el principio de legalidad y las reglas de actuación reglada y objetiva a las que debe sujetarse en el Estado de Derecho la actuación de los sujetos —y la gestión de los fondos— públicos, obliga a que los diferenciales de retribución de los trabajadores resulten justificados. Y así acontecerá también cuando la fuente de diferenciación salarial de los trabajadores, cualesquiera trabajadores asalariados, públicos o priva-

3 La conceptualización de la discriminación prohibida —contra la diferenciación de trato arbitraria o caprichosa, pero legal— puede en efecto ensayarse a partir de la interesante y fecundísima distinción entre “clases distributivas” y “atributivas”; en las primeras los elementos que conforman la clase —los individuos del grupo social considerado: *vgr.*, el conjunto de los individuos nacidos en años bisies-tos— aparecen distribuidos por separado, yuxtapuestos o agregados (*partes extra partes*), mientras que en las segundas los elementos de la clase —los individuos del grupo social considerado: *vgr.*, los miembros de la comunidad gitana española— aparecen coordinados internamente unos con otros, conectados integrada o sinalógicamente entre sí (*partes intra partes*); con otro ejemplo: constituye un todo distributivo —conjunto de partes separadas, unidas por un conector extrínseco— la serie de eslabones de una cadena sin engarzar (aquí el conector externo que permite formar el conjunto sería el concepto mismo de eslabón); el todo atributivo —conjunto de partes unidas internamente— vendría en cambio dado por los eslabones ya interconectados, formando propiamente la cadena (los eslabones por separado no conforman una cadena); de la misma manera, la serie de letras del alfabeto “e”, “p”, “r”, “o”, “r” por separado forman una totalidad distributiva (el conjunto de las referidas letras del alfabeto) netamente distinta de la totalidad atributiva —“p” “e” “r” “r” “o”— que puede conformarse con ellas cuando se articulan internamente según cierto orden, que constituye una realidad —la palabra — netamente distinta de las letras con que se forma; esta utilísima distinción entre “todos atributivos” y “todos distributivos” puede verse en G. BUENO, *Teoría del Cierre Categorial II*, Pentalfa, Oviedo, 1993, pp. 498 y ss.

dos, sea una norma jurídica —i.e., una regla general y abstracta cuyos efectos se proyecten simultáneamente de manera imperativa sobre un determinado conjunto o pluralidad de trabajadores—, situación en la que el ordenamiento exige, para las diferenciaciones retributivas de origen legal, pero también las procedentes de convenios colectivos estatutarios o *erga omnes*, que exista una circunstancia objetiva suficientemente relevante en la que pueda apoyarse la diferencia de salario que incorpora la norma vinculante en cuestión.

5. EL PRINCIPIO DE IGUAL SALARIO POR EL DESEMPEÑO DEL MISMO TRABAJO

Ya quede definida la igualdad salarial como exigencia de que las diferencias retributivas no resulten discriminatorias —basadas en la pertenencia de los trabajadores a grupos o minorías socialmente estigmatizadas— o que, en su caso, no sean fruto exclusivamente del libre arbitrio de quien las haya establecido —de modo que obedezcan a causas objetivas justificadas— lo que la misma supone en esencia, en ambos supuestos, es que queda prohibido que los mismos trabajos sean retribuidos de modo distinto (con efecto discriminatorio o sin justificación suficiente, respectivamente). Es fundamental, por tanto, que estemos ante trabajos iguales —con el paso del tiempo la regla se extenderá a trabajos no necesariamente idénticos pero del mismo valor— para que opere la exigencia de igualdad salarial, o lo que es lo mismo, esta no entrará en funcionamiento cuando se trate de trabajos distintos (o de distinto valor). La regla de igualdad salarial no pretende por tanto obviamente un objetivo de absoluta igualdad salarial —una plena y universal equiparación de retribuciones—, pues no se define como igualdad de resultados (sino de oportunidades, de partida) ni mucho menos busca borrar o suprimir los incentivos a la productividad diferencial que resultan de conectar o hacer depender las diferencias retributivas del distinto tipo de trabajos, el mayor coste o sacrificio que supone la capacitación para realizarlos, la diversa manera de llevarlos a cabo o de los resultados o productos obtenidos al término de su ejecución. Ya hemos visto que la igualdad salarial, en cuanto proyectada sobre trabajos distintos, solo ha llegado a concretarse en las economías de mercado como un vago principio de convergencia salarial, o a lo sumo como exigencia —ahora ya sí más concreta— de que todos los trabajadores y todos los trabajos sean igualmente retribuidos conforme a unas cifras o valores mínimos, fijados en normas de salario mínimo interprofesional.

De modo que es preciso que estemos ante los mismos trabajos (o ante trabajos de igual valor, de esto nos ocuparemos después) para que engrane la regla de igualdad salarial (como no discriminación o como exigencia de igualdad remuneratoria o no establecimiento de diferenciaciones injustificadas sólo imputables al libre arbitrio). Sin embargo, la identidad de dos o más trabajos no es una cuestión fácil, pues reclama una comparabilidad que sólo es posible si se dan y, más precisamente, se definen, las condiciones de conmensuración pertinentes. Y es que, en verdad, todo es comparable (en cierto modo o respecto) con todo —hasta el “tocino” y la “velocidad”

pueden analogarse, pongamos por caso, como conceptos o ideas, o en cuanto voces del diccionario español que efectivamente son—, de la misma manera que cabe hallar diferencias mediando hasta en los términos más idénticos —en la expresión algebraica de igualdad “ $a=a$ ” concurre, por ejemplo, la diferencia posicional de los términos relacionados—, de modo que puede decirse que las relaciones de identidad/diferencia son resultado o consecuencia del contexto particular en que se hayan definido las condiciones de comparabilidad aplicables. La igualdad, dicho de otra manera, no está en el orden de las cosas (no es una realidad *ordo essendi*) sino en el orden del conocimiento o de las ideas (es una realidad *ordo cognoscendi*), que por tanto, como constructo que es, necesita ser fabricada en un contexto determinante en el que se defina el *tertium comparationis* —la cualidad comparable (masa, volumen, color, temperatura, etc)— así como la unidad de medida y las condiciones de calibración precisa (balanza, termómetro, etc) que hagan posible la conmensurabilidad —es decir, la medición conjunta por el mismo rasero y en condiciones de homologabilidad— de los términos que se relaciona y por tanto la comparabilidad de las situaciones. Sólo aquellas que queden definidas como iguales en el marco de un contexto comparativo de referencia —en los términos que se haya determinado a tales efectos— podrán merecer la consideración de iguales, por tanto relativamente, únicamente dentro de las reglas de juego definidas internamente en el marco del sistema de que se trate.

La igualdad entre dos o más trabajos no escapa desde luego a las consideraciones que acaba de hacerse sobre las relaciones de igualdad en general. Lo que significa que la semejanza entre dos o más trabajos no es algo natural o que esté intrínsecamente en la morfología de los trabajos mismos, sino que deriva extrínsecamente del esquema, marco o reglas de comparación —el aparato de enjuiciamiento o el enfoque— que se utilice al efecto. Y conviene señalar que los estándares al uso han venido cifrando la conmensuración, y en su caso la igualdad, entre trabajos de acuerdo principalmente con dos criterios complementarios. De un lado, el tipo objetivo o el formato de las operaciones ejercitadas, definidas con mayor o menor especificidad, a través de conceptualizaciones —estructurales y funcionales— próximas a las que han servido para definir las diversas tareas productivas con las que se han diseñado o compuesto tradicionalmente las categorías profesionales en la negociación colectiva, por ejemplo: lubricar o engrasar maquinaria, manejar grúas, limpiar las dependencias, reparar los motores, controlar las existencias en el almacén, etc. De otro lado, el ámbito o espacio —necesariamente finito o cerrado— en el que practicar las comparaciones, que evitará la ecualización sin límite o *ad infinitum* de tipos de trabajo estructural o funcionalmente análogos. Este ámbito cerrado de conmensuración ha venido siendo tradicionalmente la empresa, lo que viene a significar que sólo podrían considerarse trabajos iguales —merecedores de igual remuneración— los que lo fueran dentro y no fuera del ámbito de la misma. Sólo se consideran iguales dos trabajos que implican el desempeño de las mismas tareas dentro de una misma empresa, no trabajos iguales se desarrollen en empresas distintas, y ya no digamos cuando las tareas o trabajos estructural o funcionalmente análogos se realizan además en el marco de profesiones o de sectores productivos diferentes. La regla de igual salario

por igual trabajo no es absoluta o universal —algo que exigiría la comparación de la totalidad de las distintas operaciones productivas humanas— sino relativa o definida —localmente— sólo por respecto al ámbito particular de cada empresa, seguramente porque se considera que dos tareas estructural o funcionalmente iguales —*vgr.*, reparar motores— comienzan a diferir cuando se ponen en conexión con la empresa (o sector o profesión) en cuyo marco se realizan, acaso porque es obvio que no es lo mismo —no es igualmente productivo ni vale igual— reparar motores en una charrería o en un pequeño taller doméstico que hacerlo en las factorías de Ferrari. No es el tipo de trabajo lo que define por él mismo —por su estructura o su función— su valor productivo sino el hecho de su realización en una empresa determinada y no en otra, lo que demuestra que puede haber trabajos iguales pero de distinto valor, y que no merecen por ello igual salario⁴.

En todo caso, la referenciación de las exigencias de igualdad salarial al limitado ámbito de la empresa no tiene sólo que ver con la dificultad —conceptual— que acabamos de apuntar de definir la identidad de dos o más trabajos —y más el igual valor de los mismos— desbordando el circunscrito espacio de una sola empresa. Tiene que ver también con que, cuando a quien se quiere someter con estas reglas es a las empresas, la imputación de responsabilidad por incumplimiento requiere identificar un sujeto discriminador que no puede determinarse en las diferencias salariales que resultan de las diferentes remuneraciones que distintas empresas abonan a sus trabajadores por el desempeño de los mismos o equivalentes trabajos. Es por esto por lo que el TJUE ha venido diciendo reiteradamente que cuando las diferencias de salario por igual trabajo o trabajo de igual valor no son imputables a una “única fuente” falta “una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato”, por lo que no puede observarse existencia de discriminación (TJUE 17 septiembre 2002, *Lawrence*, C-320/2002, TJUE 13 enero 2004, *Allonby*, C-256/01, o más recientemente, TJUE 3 junio 2021, *Tesco*, C-624/19)⁵. Y tiene sin duda que ver también con que cuando lo que se busca es sujetar la regulación o determinación de los salarios a nivel sectorial a la regla de igualdad retributiva —de modo que, por ejemplo, los convenios colectivos sectoriales impongan iguales salarios para trabajos similares pero desempeñados en empresas distintas del mismo sector— podría-

4 De ahí la dificultad —y el casuismo— consustancial a toda operación de identificación y comparación del valor de distintos trabajos; *vid.* J. CABEZA PEREIRO, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak*, 25 (2012), p. 90.

5 Ya con anterioridad, el Convenio OIT 117 (1962), sobre política social (normas y objetivos básicos), había precisado —dentro del objetivo proyectado de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato— que el principio de igualdad salarial debía entenderse operativo exclusivamente respecto de “la misma operación y en la misma empresa” (art. 14.1i); *vid.* M.A. CASTRO ARGÜELLES y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Igualdad entre varón y mujer en materia de retribución (Directiva 75/117/CEE)”, *La Transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español* (dir. J. García Murcia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 198; E. SALDAÑA VALDERAS, *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, p. 49.

mos encontrarnos ante una regla que, por ir mucho más allá de la equiparación salarial por abajo que provocan los salarios mínimos convencionales por profesiones o grupos profesionales, podría estar comprometiendo las reglas de libre organización empresarial y de competencia a las que se supone que deben estar sometidas las empresas, también del mismo sector, en una economía de mercado, máxime si tenemos en cuenta, como ya hemos dicho, que la productividad (y por tanto del valor) de trabajos similares o comparables en distintas empresas no tiene por qué ser exactamente la misma; téngase en cuenta que no es lo mismo que los criterios salariales (clasificación y promoción profesional, cálculo de retribuciones, etc) que dispone el convenio sectorial sean igualitarios y que tales criterios convencionales tengan que ser respetados de la misma manera en las distintas empresas —y ya es bastante— que entender que el convenio obliga a que todas las empresas del sector terminen pagando lo mismo a todos los trabajadores que hacen similares trabajos⁶.

6. EL PRINCIPIO DE IGUAL SALARIO POR EL DESEMPEÑO DE TRABAJOS DE IGUAL VALOR

Como es bien sabido, hay un momento en la evolución del principio de igualdad salarial en que el mismo deja de definirse exclusivamente como igual salario por igual trabajo y pasa a configurarse —más ampliamente— como igual salario por trabajos de igual valor (no necesariamente idénticos estructural o funcionalmente), principalmente con objeto de impedir la huida de la regla de igualdad salarial mediante vías discriminatorias indirectas o no aparentes —disimuladas— como el diseño sesgado de las condiciones de acceso a los trabajos mejor pagados o de los sistemas de

6 La doctrina ha subrayado en este sentido que “en nuestro país —la exigencia de igual salario— parece quedar acotada al ámbito de la empresa en la medida en que el art. 28 TRET alude a la ‘empresa’ y a la obligación del ‘empresario’ en el pago de igual retribución”; *vid.* M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7 (2021), p. 8; la Directiva 2023/970, 10 mayo 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, determina la exigencia de igualdad salarial refiriendo la definición de los trabajos iguales o de igual valor no sólo al ámbito de la empresa sino—siguiendo a la jurisprudencia comunitaria— también “a la fuente única que determine las condiciones de retribución”, precisando que “se considerará que existe una fuente única cuando aquella establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores”; pero añade, ampliando el rango de la exigencia de igual salario por trabajos iguales o de igual valor, que “la evaluación de si los trabajadores se encuentran en una situación comparable no se limitará a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate” (*comparabilidad intertemporal*), y aún que “cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, se permitirá utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable” (*comparabilidad contrafáctica*)(art. 19); no sería la primera vez que el derecho comunitario consagra esta comparabilidad de situaciones por referencia a un “tercero hipotético”; *vid.* J. CABEZA PEREIRO, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *cit.*, pp. 92 y 93.

clasificación y promoción profesional, la asignación de mejores o peores retribuciones según tipos de contrato perfilados sociológicamente —a jornada completa o a tiempo parcial—, o el premio a la predisposición para trabajar de ciertas maneras (continuas, ininterrumpidas, con jornadas largas, con plena disponibilidad) a través de las que pueden quedar excluidos ciertos colectivos de trabajadores típicamente discriminados (mujeres, en particular) o que en todo caso no necesariamente tendrían por qué traducirse en diferencias remuneratorias verdaderamente fundadas económicamente, etc. A partir de tal momento, ya no bastará con retribuir con el mismo salario aquellos trabajos que sean objetivamente iguales —en los términos que hemos señalado— sino que deberá pagarse —la empresa deberá pagar— el mismo salario por trabajos que siendo objetivamente distintos sean sin embargo del mismo valor. Dicho de otro modo, el deber de igual remuneración no se hace depender de la identidad de las tareas u operaciones ejercitadas —que no tiene por qué existir— sino de la identidad de valor que, conforme a otro criterio distinto que haga posible las pertinentes operaciones de medida común, se entienda que comparten los trabajos comparados.

Pero, ¿cuál podría ser la magnitud con la que definir un valor común —un *tertium comparationis*— con el que podrían compararse y medirse, y en su caso ecualizarse, trabajos o tareas asalariadas intrínseca y objetivamente distintas estructural y/o funcionalmente? Al margen del tipo o la naturaleza de la tarea u operación desempeñada, ¿hay realmente una referencia que sea viable y pueda usarse para determinar una identidad objetiva de valor —o en su caso una falta de similitud de valor— entre distintos trabajos? Son principalmente dos las propuestas que, desde contextos ideológicos distintos y confrontados, se han hecho admitiendo la posibilidad de definir un criterio de valoración común adecuado para la comparación —y en su caso ecualización— de distintos trabajos. Una es la marxista, que, siguiendo la doctrina clásica del “valor-trabajo”, según la cual el valor de todas las cosas producidas (la mayoría de los bienes económicos y particularmente las mercancías) sólo puede ser exclusivamente fruto del trabajo humano, entiende que hay una manera de objetivar la capacidad de los diversos trabajos para generar distintos valores de producción: tal manera, siguiendo la conocida conceptualización de Marx, es la cantidad de “trabajo abstracto” que incorpora cada tipo de “trabajo concreto” en particular. Otra es la liberal, que partiendo del subjetivismo completo de las preferencias individuales de los agentes económicos, y defendiendo que el valor de los bienes se define exclusivamente a partir de cómo los consumidores o usuarios de los productos y los servicios revelan sus preferencias subjetivas en el mercado en forma de demanda económica —el valor de las mercancías no estaría en el trabajo humano que incorporan, sino en el comportamiento de la demanda de las mismas en relación a la escasez de su oferta— llega a la conclusión de que la única manera de objetivar el valor de los bienes económicos, y por tanto del trabajo que se utiliza para producirlos, o del trabajo mismo como bien económico, es el precio que en cada momento van registrando tales bienes (y el trabajo asalariado) en el mercado, a resultas de la interacción constante y variable de la demanda y la oferta de los bienes y servicios de referencia.

La objetivación del valor del trabajo —determinación de un criterio de medida común que permitiría la comparación y en su caso analogación de las distintas actividades asalariadas— en el marco de la teoría marxista del “valor-trabajo” tiene la particularidad, importantísima, de que permite definir o determinar el valor de cada trabajo concreto intrínsecamente, en función de la cantidad de trabajo abstracto que incorpora, sin necesidad de acudir al mercado. Para conocer el valor objetivo real del trabajo de un ingeniero, y entender por qué la hora de trabajo tiene más valor en este caso que cuando se trata de la hora de trabajo de un operario industrial, simplemente habrá que darse cuenta de que se trata de tipos de trabajo concreto que incorporan diferentes cantidades de trabajo abstracto (energía humana bruta), en la medida en la que la hora de trabajo del ingeniero estará incorporado un tiempo de trabajo invisible —trabajo cristalizado— que será el que se haya consumido en el aprendizaje o la formación de la especialidad técnica, o el empleado antes por quienes inventaron la maquinaria especializada y el conocimiento preciso para utilizarla, y así sucesivamente⁷. No cabe duda de que este tipo de definición autorreferencial del valor del trabajo al margen del mercado —de fijar una referencia que permita determinar el precio “real” o “justo” de cada trabajo— está elaborada con la finalidad crítica de deslegitimar la apropiación de las plusvalías del trabajador por la empresa y justificar la reclamación de mejores salarios. Y no cabe duda de que la misma podría operar como parámetro para definir un horizonte de comparación de salarios del que podría valer el principio o la exigencia de igual salario por el desempeño de trabajos del mismo valor, cuando todos ellos —como trabajos concretos— representaran la misma cantidad de trabajo abstracto. El problema es que a la hora de la verdad no es practicable⁸, pues no hay un método o un camino transitable que permita definir exactamente cuál es la cantidad de trabajo abstracto socialmente necesario que incorpora cada trabajo concreto para valorarlo de manera expeditiva y en tiempo real de la manera fiable y dinámica que corresponde⁹.

Este problema de practicidad o ejecución real no está presente cuando el valor del trabajo se define —en términos de mercado— desde las premisas subjetivistas de la economía política liberal. En este caso la diferenciación o igualdad en valor de dos trabajos estructural o funcionalmente distintos podría simplemente determinarse en virtud de la diferencia o similitud de precios que en un determinado momento presentaran en el mercado, en función de la fluctuación de las tendencias de la demanda y la oferta de los bienes y/o recursos que involucraran unos u otros trabajos o los trabajos mismos. La única referencia de valor —común o distintivo— de los diferentes

7 Vid. J.R. RALLO JULIÁN, *Anti-Marx. Crítica a la economía política marxista*, Deusto, Barcelona, 2022, pp. 96 y 97.

8 Vid. J.R. RALLO JULIÁN, *Anti-Marx. Crítica a la economía política marxista*, cit. pp. 97 y ss.

9 La doctrina ha aludido a la extrema dificultad que en la práctica supondría para los jueces determinar de hecho en el caso concreto la identidad en valor de dos trabajos distintos y el consiguiente riesgo de desembocar en un empirismo sin garantías de seguridad jurídica; vid. A. MONTÓYA MELGAR y A. CÁMARA BOTÍA, *Igualdad salarial por razón de sexo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 18 y 19.

trabajos sería por tanto la demanda que respecto de tales trabajos —o de los bienes y servicios con ellos producidos— expresaran los agentes económicos según sus preferencias individuales, objetivada de forma concreta y variable según las fluctuantes situaciones de equilibrio que para cada situación concreta de oferta-demanda se definiera en forma de precios de mercado. Sería efectivamente posible hallar un valor objetivo del trabajo al margen de su intrínseca morfología, pero tal valor no podría ser otro que el precio de mercado de tal trabajo, definido de manera variable según las condiciones de la oferta y de la demanda. Esta sí es una manera factible, rápida y segura de conocer el valor objetivo y en tiempo real de cada trabajo, simplemente viendo cómo cotiza en el mercado. El problema es que entonces ya no puede hablarse de un valor o precio justo del trabajo al margen o *a priori* del mercado, de modo que el valor del trabajo así definido se vuelve acrítico, inútil para remover los salarios que *de facto* se pagan en el mercado de trabajo. Un trabajador que estuviera cobrando retribuciones en correspondencia con su salario de mercado no podría por tanto reivindicar mejores remuneraciones alegando que lo que cobra es injusto, mientras que un trabajador que cobrara menos de lo que le corresponde según el mercado siempre tendría la opción —salvando evidentemente el inconveniente que supondrían las eventuales asimetrías de información y los costes de transacción— de cambiar su trabajo por aquel en que le pagaran su salario de mercado.

A los efectos que aquí interesa, parece por tanto que definir u objetivar el valor del trabajo en términos de su precio de mercado inhibiría o privaría de todo sentido la regla de igual salario por trabajo de igual valor. Pues si el valor (debido) del trabajo se fija por su precio (real), ¿qué sentido tiene pensar que habrá situaciones en que se esté pagando de hecho a trabajadores salarios inferiores al precio objetivo de mercado y exigir el pago de tales precios? En una economía de mercado un trabajador que estuviera cobrando un salario inferior al que le corresponde según el mercado tendría como hemos apuntado el incentivo de buscar empleo en una empresa que le pagara el salario de mercado que le corresponde, con lo que este problema tendería a resolverse por sí mismo, salvadas las restricciones que a estos efectos podría suponer como hemos dicho la falta de información sobre las alternativas de empleo que puedan interesarle o los costes de transacción que supondría terminar el contrato de trabajo y concertar uno nuevo con otra empresa. Y, por otra parte, tampoco tendrá mucho sentido que una empresa estuviera pagando a un trabajador un salario superior pudiendo pagar un salario más bajo por el desempeño del mismo trabajo, situación que es la que se denuncia desde la discriminación salarial, pues en tal caso según las leyes del mercado todos los salarios habrían tendido a una igualación por abajo, con lo que las diferencias salariales propenderían a desaparecer por sí mismas. ¿Quiere ello decir que en la economía de mercado, suponiendo que tanto empleadores como trabajadores buscan la opción más eficiente económicamente, carecen de sentido las discriminaciones o las diferencias de salario arbitrarias? Sustancialmente sí. De hecho puede decirse que en la economía de mercado, en la medida en que la actuación de los sujetos se entienda exclusiva o principalmente guiada por intereses económicos —la premisa del *homo oeconomicus* constituye no en balde el fundamento

de la científicidad diferencial de la economía frente, por ejemplo, a la psicología conductista— queda poco lugar para prejuicios, atavismos o inclinaciones afectivas o tribales a la hora de tomar las decisiones de cambio: sólo las razones comerciales, o la fuerza de los precios (representados por el dinero) mueven a los sujetos o agentes económicos a realizar y preferir —discriminar— unas u otras operaciones de cambio. Salvo residualmente, por asimetrías de información o errores de cálculo que la propia recurrencia de las operaciones de mercado en condiciones competitivas tiende a reducir por sí misma, no queda realmente mucho margen para la discriminación salarial —pagar menos a ciertos trabajadores por el desempeño de un trabajo de igual valor por el que se paga más a otros trabajadores— pues esto significaría que alguien estaría pagando salarios más altos de los que podría pagar, lo que resulta absurdo.

Sin embargo, esto no quiere exactamente decir que en las economías de mercado no exista la discriminación salarial, sino simplemente lo que se ha dicho: que la lógica económica —de maximización de utilidades mediante operaciones de cálculo de intereses en un entorno competitivo— tiende a reducir la fijación por las empresas de salarios discriminatorios, exclusivamente basados en consideraciones afectivas o emocionales (*taste discrimination*). De hecho, acabamos de señalar que, debido a la limitación de la información disponible, a sesgos o inclinaciones cognitivas derivadas de heurísticas prejuiciosas —basadas en estereotipos o clichés de pensamiento tradicionalistas arraigados en el inconsciente colectivo—, o debido también a la necesidad de decidir con urgencia en plazos cortos y perentorios, el error es posible, de modo que no cabe descartar que las empresas se confundan y decidan salarios discriminatorios que no estarían basados en razones económicas sino emocionales; aunque hemos dicho también que estas decisiones de discriminación salarial por error tenderían en el contexto de la lógica económica y competitiva de la economía de mercado a ir reduciéndose por sí mismas. En todo caso, cuando decimos que en la economía de mercado sigue habiendo espacio para la discriminación salarial estamos en verdad pensando en una circunstancia distinta. Tal circunstancia es que de hecho los salarios efectivamente percibidos por los trabajadores no son en muchos casos fijados directamente por los empresarios que han comprometido su capital y asumen el riesgo de beneficios inciertos ligados al verdadero valor de mercado de los trabajos desempeñados.

De un lado, porque en ocasiones los salarios son determinados normativamente, a través por ejemplo de las tablas salariales aprobadas en regulaciones sectoriales, que se imponen a las empresas imperativamente sin tener en cuenta sus preferencias, y que no necesariamente reflejan los valores salariales que éstas pagarían a sus trabajadores si los salarios quedaran fijados en un entorno de libre mercado. De hecho conviene tener presente que en las tablas salariales aprobadas en convenios colectivos sectoriales los salarios son fruto de acuerdos adoptados por representaciones de empresas y trabajadores —no por las empresas y los trabajadores mismos— obedeciendo a intereses bien distintos de las razones de mercado de cada empresa, de modo que no hay necesidad ni sería posible —más bien resultaría inconveniente en términos sindicales— que los salarios colectivamente pactados (fijados globalmente o de manera agregada) reflejaran lo que cada empresario estaría

dispuesto a pagar en el mercado por tales trabajos ni por consiguiente su valor de cambio, lo que abre paso a discriminantes salariales no estrictamente económicos¹⁰ (esto sucede también en los convenios de empresa, pero en menor medida, pues aunque la necesidad de pactar puede conllevar el pago de ciertos peajes, ahora es a la postre la misma empresa la que directamente lo asume)¹¹. De otro lado, porque, a partir de cierto tamaño, en las organizaciones empresariales la gestión económica se vuelve tan compleja que deja de ser asumida directamente por los dueños, pasando a ser desarrollada por tecnócratas o gestores no propietarios cuyos intereses económicos no siempre están perfectamente alineados con los de los dueños empresariales, lo que —en virtud del llamado riesgo de agencia— posibilita que puedan fijarse salarios discriminatorios o que no están en estricta correspondencia con lo que el mercado aconsejaría al empresario. *Mutatis mutandis*, esto puede apreciarse también, por cierto, en el trabajo en el sector público, donde la gestión de las retribuciones, en cuanto financiada con impuestos y decidida por técnicos que no juegan con recursos propios, podrá dar lugar sin duda a salarios totalmente desligados de criterios de mercado. Y es que, como venimos sugiriendo, el mercado parece el mejor antídoto contra la discriminación salarial, que no derivaría de las decisiones económicas de las empresas sino de otras fuentes o instancias cuyo común denominador sería el desacoplamiento entre el verdadero interés económico de la empresa y las decisiones de fijación de los salarios¹².

10 Es por esto por lo que la doctrina viene apuntando a la negociación colectiva como un terreno principal en la lucha contra la discriminación salarial, no sólo o no tanto por la fuerza normativa de los convenios y su condición de sedes estratégicas para la imposición a las empresas de la igualdad salarial, sino subrayando sobre todo el hecho de ser los convenios mismos —lejos de ejemplarizantes— ámbitos muy destacados de sesgos, estereotipos y prácticas discriminatorias; vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Reus, Madrid, 2010, p. 56; M. LÓPEZ BALAGUER y E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, "La discriminación retributiva por razón de sexo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431 (2019), pp. 67 y 68; M. ELÓSEGUI, "Igual salario por trabajo de igual valor", *Persona y Derecho*, 54 (2006), pp. 123 y ss; C. MARTÍNEZ, A. COROMINAS, A. M. COVES y A. LUSA, "El principio de igualdad de retribución y la valoración de puestos", *II Congreso Internacional de Ingeniería Industrial. "Trascendiendo fronteras. Retos y Estrategias de la Globalización"*, Villahermosa. México, p. 17 (<https://recerca.upc.edu/giopact/ca/publicacions/Documents/villahermosa.mxic.pdf>); esta circunstancia acaso explicaría también la falta de espontaneidad de la negociación colectiva a la hora de la puesta en marcha de las políticas de igualdad; vid. P. NIETO ROJAS, "El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad", *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario 'Tormenta de reformas' (2023), pp. 123 y ss.

11 Esta circunstancia —el origen convencional y normativo y de muchas de las discriminaciones salariales— plantea, por cierto, un importante problema de legitimidad a la hora de imputar finalmente la responsabilidad a las empresas, considerando que a estas, por no ser las causantes reales de la diferencia de trato en estos casos, no les resultará fácil probar la razón objetiva o material a la que obedecen las diferencias retributivas supuestamente discriminatorias, siendo que sin embargo "la corrección formal de las diferencias salariales derivada de la clasificación profesional en el convenio colectivo no basta para justificar la inexistencia de discriminación, siendo lo relevante, en todo momento, el contenido esencial y el valor del trabajo realizado"; vid. M. MARÍN MALO, "Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo", *Femeris*, Vol. 6, Núm. 2, p. pp. 44 y 58.

12 Acaso sea en parte por esto por lo que las reglas de igual salario por trabajo de igual valor que proclaman regulaciones tan fundamentales como el Convenio OIT 100 (1951) como la Recomendación OIT

7. VIRTUALIDAD REAL DE LA REGLA DE IGUAL SALARIO POR TRABAJO DE IGUAL VALOR

Tanto es así que podría decirse que las reglas de igualdad salarial, particularmente la de igual salario por trabajo de igual valor, habrían nacido sobre todo para combatir las prácticas discriminatorias “indirectas” cristalizadas por las referidas “vías burocráticas” —ajenas al sistema de precios de mercado— de fijación de los salarios de los trabajadores. Esto se apreciaría muy singularmente respecto de las tablas salariales de los convenios colectivos de sector, que no podrían obviamente vehicular discriminaciones salariales de manera explícita y manifiesta —*vgr.*, retribuciones más bajas para las mujeres—, toda vez que ello contradiría los principios de unidad de clase, igualdad y justicia social en los que se basa —y con los que se legitima— la acción colectiva. De producirse, algo que no tendría necesariamente que acontecer, ni acontece siempre, pero resulta factible, y a veces ha acontecido de hecho, la discriminación salarial de origen convencional tendría que operar de manera oculta o subliminal: por ejemplo, mediante una definición de la estructura retributiva, y particularmente de los complementos salariales, tal que estos terminaran siendo de hecho principalmente disfrutados por los hombres (así acontece, pongamos por caso, con determinados incentivos por productividad, duración de la jornada o continuidad sin interrupciones o suspensiones de la relación de trabajo, que siempre terminan penalizando en la práctica el salario de las mujeres), o también, vía clasificación profesional, definiendo las condiciones que determinan el acceso a las categorías profesionales mejor pagadas conforme a criterios masculinizadores (fuerza física, estatura, plena disponibilidad), y viceversa, perfilando en femenino los puestos de peor condición profesional (asistencia personal, limpieza, etc), a los que aparecerían ligados salarios base —que es la partida salarial directamente conectada a la categoría o grupo profesional— más bajos. La discriminación salarial por razón de sexo, que tomamos como referencia por su mayor relevancia, de implantarse por vía convencional, tendría que hacerlo en definitiva de un modo invisible¹³, con base en criterios aparentemente neutros (pero que no lo son realmente), tal y como denuncia precisamente la idea —fraguada en el entorno la lucha por la igualdad de trato real— de las discriminaciones indirectas¹⁴.

90 (1951), que lo acompaña, refieran el juego del principio de referencia al ámbito público (Administración pública, sector público en general) y/o al terreno de la negociación colectiva, sin comprometer directamente —sí de modo reflejo, obviamente— a las empresas privadas; cfr. art. 2 del Convenio OIT 100 (1951) e indicaciones 1 y 2 de la Recomendación OIT 90 (1951); *vid.* M. OELZ, S. OLNEY y M. TOMEI, *Guía introductoria de igualdad salarial*, OIT, Ginebra, 2013, pp. 66 y ss.

13 *Id.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “El concepto de discriminación y otros conceptos afines”, *Noticias CIELO*, 4 (2019).

14 La doctrina ha expresado de modo concluyente en este sentido que “la mera posibilidad de que el convenio colectivo pueda constituirse en instrumento de discriminación chirría, pues nada hay más alejado ni contrario a sus fines primigenios”; *vid.* T. SALA FRANCO y B. CARDONA RUBERT, “La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, p. 388; por ello, ha terminado ligando

Y hemos de decir que así ha sucedido efectivamente cuando los convenios colectivos han establecido criterios remuneratorios que inducen discriminaciones por razón de sexo. Bien podría decirse entonces que una de las principales fuentes de la discriminación salarial indirecta de las mujeres podría haber sido la negociación colectiva de sector, hasta el punto de que las normas internacionales y las leyes de los Estados en materia de igualdad de trato habrían tenido que combatir tales prácticas rectificando la regla original de igual salario por igual trabajo y sustituyéndola por la nueva regla de igual salario por trabajo de igual valor, buscando con ello evitar diferenciaciones salariales aparentemente justificadas —por tratarse de trabajos objetivamente distintos— pero que no lo son realmente por tratarse de trabajos distintos pero equivalentes —del mismo valor— y que por tanto deben ser retribuidos de la misma manera. En este sentido, la aludida reformulación del principio de igualdad salarial en el trabajo tendría por objeto principalmente las prácticas discriminatorias convencionales u otras igualmente indirectas, al ser en este tipo de operaciones discriminatorias *elaboradas o sofisticadas* donde concurriría el entramado o aparato institucional y simulatorio estructuralmente necesario para *armar* la ocultación o enmascaramiento de la discriminación —preexistencia de criterios formalizados de fijación de los salarios, sistemas de promoción y clasificación profesional, etc.—, única situación en la que, considerando además la necesidad de legitimar las diferencias salariales asumidas en las complejas negociaciones sindicales a nivel sectorial —comprometidas en soluciones de equilibrio difíciles pero que deben atender sobre todo los intereses de los trabajadores (y empresarios) con mayor peso— sería factible y tendría sentido, creando la conveniente apariencia de neutralidad, que los criterios de retribución acordados parecieran igualitarios cuando no lo fueran realmente¹⁵.

Es por tanto para este tipo de situaciones de determinación normativa de los salarios a nivel sectorial, y en general como hemos dicho para todos los casos en que quien decide el salario no asume riesgos o no internaliza los costes que comporta tal decisión (determinación tecnocrática de las remuneraciones en organizaciones complejas o en el ámbito del sector público), es decir, en los supuestos a los que no alcanzan los efectos de purga económica que impone el mercado, para las que cobra sentido la regla de igual retribución por el mismo trabajo o, más precisamente, por trabajos de igual valor. Pero, ¿cómo se define el valor de los distintos trabajos —y su posible “equivalencia”— a efectos de aplicar la misma retribución al margen de la morfología característicamente distinta —estructural o funcionalmente— de cada tipo de operaciones? Si hemos dicho que la única manera factible de objetivar el valor real de cada trabajo y de compararlos y conmensurarlos todos es el precio de merca-

la discriminación salarial de origen convencional a “vías indirectas” u “ocultas”; *vid.* M. MARÍN MALO, “Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo”, *cit.*, pp. 48 y ss.

15 A esta discriminación transversal o institucionalizada —normalizada, sociológicamente implantada— se ha referido la doctrina, a propósito de las diferencias de género, con la expresión de “discriminación sistémica”; *vid.* J. LÓPEZ, «Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva de género», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Número Extraordinario (2019), pp. 133 y ss.

do parece que la regla de igual salario por trabajos de igual valor debería simplemente tener por objeto que lo que resultara de la determinación burocrática de los salarios se ajustara al sistema de precios, de modo que la solución de la discriminación simplemente consistiría en romper los sesgos salariales cristalizados a través de las vías burocráticas u organizacionales haciendo regresar las cuantías salariales a lo que pide el mercado. Sin embargo, esta solución no ha podido imponerse por razones obvias, optando las normas de igualación retributiva por una definición objetivada del valor del trabajo que, partiendo de premisas próximas a la teoría marxista del valor trabajo —donde este aparece desligado de su precio de mercado—, identifican aquel valor en función de características intrínsecas del trabajo (distintas a su morfología, evidentemente) como la formación o títulos requeridos, las aptitudes necesarias para su desempeño o las responsabilidades que comporta su realización. Por utilizar el lenguaje de las propias normas, el art. 28.1 ET dice que “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”; por su parte, el art. 22.2 ET, al definir los grupos profesionales a efectos de la clasificación profesional, ecualiza los distintos trabajos señalando de modo análogo al art. 28 que “se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, que podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”¹⁶.

De acuerdo con esto, entonces, dos trabajos distintos tendrán el mismo valor, y merecerán idéntica retribución, en atención a criterios decididamente inespecíficos y abiertos a múltiples y variadas interpretaciones como la “naturaleza de las funciones o tareas efectivamente desempeñadas” (¿cómo objetivar tal naturaleza, esencia, sustancia?), las “condiciones educativas, profesionales o de formación” (¿cuáles exactamente?), “los factores relacionados con el desempeño del trabajo” (¿qué factores concretos?), “las condiciones laborales en que se llevan a cabo” (¿qué condiciones en particular?); o bien, ya no en el marco del art. 28.1 ET, sino en el del art. 22.2 ET, las “titulaciones o aptitudes profesionales” (¿cuáles?), “el contenido general de la prestación” (¿cómo se define?), o las “tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador” (¿cuáles exactamente?). Se trata de criterios de identificación y valorización del trabajo tan ambiguos que son susceptibles de

16 Estos criterios están en línea con las indicaciones sobre valoración objetiva del trabajo contenidas en M. OELZ, S. OLNEY y M. TOMEI, *Guía introductoria de igualdad salarial*, OIT, Ginebra, 2013, pp. 42 y ss; y son resultado también de la doctrina interna sobre trabajos de igual valor tejida a partir de la TC 145/1991, 1 julio; *vid.* T. PEREZ DEL RIO, “La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto ‘Fontaneda’ (Recurso de Amparo 175/93, de 27 octubre 1994)”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 38 (1996), pp. 75 y ss; M. ELÓSEGUI, “Igual salario por trabajo de igual valor”, *Persona y Derecho*, *cit.*, pp. 119 y ss.

múltiples y variadas concreciones, lo que lleva a concluir que la objetivación y comparación del valor de distintos trabajos, y el consiguiente deber de retribuirlos con el mismo salario, resultará más de la intención de justicia subjetiva de quien realice las referidas operaciones que de los criterios objetivos supuestamente considerados a tal efecto¹⁷. Prueba de ello es la equiparación en valor de trabajos tan distintos como los que, sobre estas bases, propone por ejemplo la Guía de Igualdad Salarial de la OIT de 2013, que ecualiza tipos de operaciones tan distintas como el cuidado en centros geriátricos y las tareas de vigilancia y seguridad; la limpieza y preparación de comidas y las operaciones de jardinería y conducción de vehículos; las actividades de bibliotecario y de basurero; las de auxiliares de vuelo y de pilotos y mecánicos; o las de auxiliar contable y de cartero¹⁸.

Es verdad que el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, establece en sus artículos 4, 6, 8 y 9 reglas con las que se busca especificar o concretar los criterios con los que se definirá objetivamente el valor de los distintos trabajos, tratando de definir qué deberá entenderse por la “naturaleza de las funciones o las tareas” (el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada), qué son las “condiciones educativas, profesionales o de formación” precisas para un trabajo (las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad o las que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad) o en qué consisten las “condiciones laborales o los factores estrictamente relacionados con el desempeño del trabajo” (identificadas en una relación, *ad exemplum* por cierto, que incluye penosidad y dificultad, posturas forzadas, movimientos repetitivos, destreza, minuciosidad, aislamiento, responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, polivalencia o definición extensa de obligaciones, habilidades sociales, habilidades de cuidado y atención a las personas, capacidad de resolución de conflictos o capacidad de organización). Y es verdad también que la referida norma reglamentaria indica que la aplicación de estos criterios deberá operar, para que refleje la correcta valoración objetiva de los distintos trabajos, de acuerdo con los principios de adecuación (ponderación de los distintos factores de valorización según su pertinencia para cada tipo de trabajo en particular), totalidad (deber de consideración sólo de los factores pertinentes pero todos los pertinentes para la valorización de cada trabajo) y transparencia (dotación

17 Vid. P.G. DÍAZ de ATAURI, “Tiempo de reformas ¿tiempo de igualdad salarial?”, *Foro de Labos*, 10 diciembre 2019; tal intención adopta respecto de la discriminación salarial de las mujeres el formato de “interpretación en perspectiva de género”; vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, “Retribución inferior de trabajos de igual valor constitutiva de discriminación salarial indirecta por razón de sexo: juzgando con perspectiva de género”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 9 (2021), pp. 5 y ss; G. POYATOS i MATAS, “Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justicia con perspectiva de género”, *Net21*, 6 (2021), pp. 5 y ss.

18 Vid. M. OELZ, S. OLNEY y M. TOMEI, *Guía introductoria de igualdad salarial*, OIT, Ginebra, 2013, p. 36.

de mecanismos claros que permitan identificar los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que estos no son expresión de valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género). E incluso es verdad que las exigencias de auditoría retributiva que esta norma impone a las empresas se traducen en la necesidad de cuantificar o asignar finalmente una puntuación numérica a cada uno de los distintos trabajos según lo que resulte de las operaciones de valoración que se hayan llevado a cabo aplicando los criterios aludidos¹⁹.

De hecho, para la ejecución de estas reglas, ha llegado a diseñarse desde los Ministerios de Trabajo y de Igualdad (de manera consensuada con las organizaciones sindicales y patronales más representativas), en el marco de la Disposición Final Primera del Real Decreto 902/2020 ("Procedimiento de valoración de los puestos de trabajo"), una compleja fórmula cuantitativa —de uso voluntario, de modo que no excluye la utilización de otros procedimientos distintos por las empresas o por quien corresponda— que haría posible valorar cualquier tipo de trabajo y objetivar el resultado de la valoración obtenida en un esquema numérico de hasta un máximo de 1000 puntos, de suerte que los trabajos que obtuvieran la misma puntuación serían del mismo valor y merecerían la misma retribución (igualdad salarial *stricto sensu*), y con la consecuencia implícita también —cabe suponer— de que toda diferencia de retribución debería operar en cierto modo en proporción o estar en correspondencia con las diferencias de puntuación que arrojaran en el esquema de referencia los distintos trabajos (equidad o igualdad salarial *lato sensu*), so pena de ser consideradas no justificadas y por tanto discriminatorias o en su caso contrarias a las exigencias de igualdad salarial (contempladas sobre todo en perspectiva de género)²⁰. Se trata concretamente de la llamada "Herramienta de Valoración de Puestos de trabajo" que obra en las páginas web del Ministerio de Trabajo y de Economía Social y del Instituto de las Mujeres, aprobada por Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y que entró en vigor el 4 de noviembre de 2022 (https://www.mites.gob.es/es/portada/herramienta_valoracion_puesto/index.htm). Es una herramienta cuyas reglas se han vertido en una aplicación informática²¹ que facilita a las empre-

19 Reglas estas por cierto en línea con las prescripciones a los Estados de la reciente Directiva 2023/970, 10 mayo 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

20 Esta diferencia entre "igualdad (*equivalencia*) salarial" y "equidad (*proporcionalidad*) salarial" aparece reflejada en M. OELZ, S. OLNEY y M. TOMEI, *Guía introductoria de igualdad salarial*, OIT, Ginebra, 2013, pp. IX y 33 y ss.

21 Herramientas de software similares para la revisión y el control de las políticas de igualdad salarial en las empresas —como por ejemplo el "*Programa Logib*"— ya se habían puesto en marcha en otros países vecinos de España; *vid.* S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número extraordinario (2019), p. 262.

sas la valoración objetiva de los puestos de trabajo y cuya correcta utilización —pese a no ser obligatoria, como hemos señalado ya— permitiría entender cumplidas, a efectos de auditorías retributivas y planes de igualdad, las exigencias formales de no discriminación e igualdad salarial que rigen en el sistema legal español²².

Sin embargo, la fiabilidad de los resultados de la valoración que puedan resultar de una herramienta como esta —la correspondencia de los mismos con el valor objetivo real del trabajo— no está ni mucho menos garantizada, pues la intención de objetividad y de llegar a medir el valor real de cada trabajo no comporta necesariamente un resultado de objetividad o de hallazgo efectivo del valor real de cada trabajo. Y tampoco es garantía ni mucho menos de la consecución de este resultado la utilización de métodos supuestamente analíticos y cuantitativos o de aparato numérico, pues la fiabilidad de estos procedimientos dependerá de que los números utilizados estén verdaderamente en correspondencia con los valores que se supone que representan. La aplicación de fórmulas cuantitativo-analíticas de medición pide unas condiciones de simplicidad o elementalidad de la materia o magnitud que se mide (peso, longitud), técnicas o aparatos de medición calibrados (balanza, regla) y unidades de medida referenciales muy precisas (gramo, metro) —si es que se quiere obtener resultados que estén en correspondencia con la realidad que permitan comparaciones fiables entre cosas distintas a escala de la medida de una determinada cualidad que compartan— que no están presentes cuando lo que busca conmensurar es algo tan complejo y variable como el trabajo humano, una esencia verdaderamente cualitativa cuya valoración objetiva es refractaria a cualquier reducción analítica o puramente cuantitativa, so pena de incurrir en resultados arbitrarios y artificiosos que no reflejen su valor real y objetivo (que, como hemos dicho, sólo puede obtenerse como precio de mercado)²³.

Pretender por tanto que es posible descubrir científica o racionalmente el valor real —el precio justo— del trabajo *a priori* o al margen del mercado a partir de circunstancias intrínsecas al mismo tan esencialmente complejas, indeterminadas o

22 Vid. Disp. Final Primera RD 902/2020, 13 octubre, y apartado 1.2 de la Herramienta de Valoración de Puestos de trabajo; https://www.mites.gob.es/es/portada/herramienta_valoracion_puesto/index.htm; el incumplimiento de estas formalidades y otras exigencias de transparencia podría colocar a la empresa en una comprometida situación de presunta vulneración de las exigencias de igualdad salarial que le obligaría a demostrar su inocencia; esto es lo que parece desprenderse al menos de la Directiva 2023/970, 10 mayo 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, que dice que “los Estados miembros se asegurarán de que, cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva que se establecen en los artículos 5, 6, 7, 9 y 10, corresponda al empleador, en todo procedimiento administrativo o judicial en relación con una presunta discriminación directa o indirecta en relación con la retribución, demostrar que no se ha producido tal discriminación” (art. 18.2).

23 Sobre las dificultades prácticas de medir y conmensurar adecuadamente el valor objetivo de los distintos trabajos utilizando este tipo de metodologías de constructivismo analítico, vid. C. MARTÍNEZ MORENO, “Principio de igualdad retributiva y trabajos de *igual valor*: el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto *Tesco Stores*”, *Laborum. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2 (2022), pp. 131 y ss.

aún metafísicas como la naturaleza de las funciones desempeñadas, la educación o formación precisa para realizarlo, el esfuerzo o dedicación o arte que requiere su ejecución, o la responsabilidad que se asume en el desarrollo del mismo, todas completamente refractarias a objetivación y no traducibles a medida objetiva cuantitativa precisa, es tanto como coger agua con un colador. Por muchas que sean las veces que reiteremos la operación —de recoger agua con el colador, o de medir objetivamente el valor del trabajo— y por mucho que pretendamos afinar la herramienta al efecto —estrechar la trama del colador, o aumentar el número de factores y niveles de intensidad a considerar para definir más aquilatadamente el valor del trabajo—, no dejará de escapársenos el agua o el valor del trabajo por los resquicios de la inadecuada herramienta que hemos utilizado para acometer las respectivas operaciones. Y no cabe invocar aquí el argumento gradualista según el cual tendrían más valor las soluciones de valoración del trabajo cuanto más aproximaran tendencialmente al resultado o fin óptimo deseado (de descubrimiento del verdadero valor objetivo del trabajo) por cumplir un mayor número de condiciones que las soluciones que por cumplir menos se quedarían más lejos del objetivo de referencia, de la misma forma que no puede decirse que si una silla necesita al menos tres patas para sostenerse es mejor que tenga dos que sólo una porque con dos se acerca mejor al estado de equilibrio (y es que o bien hay equilibrio, con tres patas, o no lo hay, tanga la silla una o dos patas). O bien contamos con un procedimiento que cumple todas las condiciones necesarias para medir de modo preciso el valor de cada trabajo, y la valoración es aceptable —no es el caso— o bien contamos sólo con un procedimiento que no las cumple, en cuyo caso la valoración será siempre constitutivamente inaceptable con independencia de que cumpla parcialmente alguna, pues no caben relativismos o terceros géneros en este tipo de determinaciones exactas-cuantitativas discretas o discontinuas, de la misma manera que, por ejemplo, no cabe meter un tercer número entero entre el uno y el dos, o un término intermedio entre los estados dicotómicos de ingravidez o embarazo.

Aparte de que pretender que es posible hallar racional o intencionalmente el verdadero valor objetivo —y debido— de un trabajo, es tanto como pretender, por ejemplo, que puede determinarse científicamente el verdadero —y debido— grado de humedad o temperatura de un día concreto en un territorio determinado, propósito obviamente absurdo, pues los valores de verdad, y su cuantificación numérica —la verdad de la temperatura o la humedad del clima— carecen de todo sentido normativamente (la verdad objetiva de la temperatura o la humedad que ha de hacer un día en un lugar determinado), al ser resultado de procesos espontáneos que se autoforman y varían caóticamente, tal y como les sucede a los precios de mercado y también del trabajo. ¿Es verdadera la temperatura o la humedad que tenemos hoy? ¿Están cobrando hoy los trabajadores los salarios según el valor objetivo real del trabajo desempeñado? La ciencia no puede decirnos cuál es la verdad de la temperatura, la humedad o el precio objetivamente debidos para cada caso, sino a lo sumo —lo que es muy distinto— cuál será la temperatura, la humedad o el precio predecibles para una situación climática o de mercado futura dado un determinado entorno de circunstancias determinantes.

Su misión no es desvelar los verdaderos valores debidos de ciertos fenómenos (temperatura, humedad, precios) sino descubrir cursos o regularidades fenoménicas y sobre estas leyes —descriptivas, no normativas— formular predicciones contrastables.

Tanto es así que, de hecho, si bien se mira, las reglas y la propia herramienta de valoración objetiva de los trabajos que proporcionan las normas más arriba aludidas estarían asumiendo las limitaciones y la imprecisión del procedimiento de medición que proporcionan, reconociendo incluso la necesidad de contar con criterios o elementos de apreciación subjetiva en las pertinentes operaciones de medición del valor del trabajo. Primero, porque el procedimiento de valoración no se impone como único posible, sino como una vía voluntaria compatible con otras alternativas de medición diferentes, que podrían arrojar resultados distintos (art. 8.4 RD 902/2020). Segundo, por el carácter consustancialmente abierto de muchos de los términos —categorías, factores, niveles— con los que se opera la valoración de los distintos trabajos, así como el carácter no exhaustivo, sino meramente ejemplificativo de tales términos (el art. 4.3 RD 902/2020 dice que los factores y condiciones a los que se refiere se tendrán en cuenta “con carácter no exhaustivo”, pudiendo añadirse “otros”). Tercero, por la apelación prudencial —muy sintomática— que en el marco del referido procedimiento se hace al efecto o resultado a donde finalmente termine llevando la valoración objetiva de cada trabajo, en cuanto se dice —lo que da a entender que no deberá admitirse cualquier resultado obtenido con la fórmula, lo que es tanto como dudar de la fiabilidad del método utilizado— que la valoración obtenida para cada trabajo deberá “ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que a estos efectos puedan ser significativas ” (art. 8.1a1º RD 902/2020). Cuarto, por la referencia a la necesidad de realizar la valoración de los trabajos conforme a criterios de “adecuación” y “totalidad” (art. 4.4 RD 902/2020) a través de la “estimación global” de “todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico” (art. 8.1a1º RD 902/2020). Quinto, por la ponderación o peso diferenciado que los distintos factores tienen en la “Herramienta de Valoración de Puestos de trabajo” (Anexo I Ponderación de factores), donde, sin saberse muy bien por qué (aunque en todo caso parece que para “eliminar estereotipos de género y neutralizar la tradicional infravaloración de las cualidades que socialmente se consideran femeninas”), se terminan asignando porcentajes distintos para las distintas categorías, grupos, factores y subfactores²⁴.

24 La “subjetividad” o “parcialidad” son consideradas de hecho consustanciales a esta metodología de valoración “objetiva” del trabajo por sus defensores, que asumen por ejemplo que “definitivamente (la misma) requiere una *apreciación* sobre (lo) que es considerado más o menos valioso, que si bien no es arbitraria entraña mayor *dificultad de objetivización*” o afirman que “en último término se requiere *hacer un juicio de valor que luego se cuantifica en una escala de puntos*”(sic); vid. M. ELÓSEGUI, “Igual salario por trabajo de igual valor”, *Persona y Derecho*, cit., p. 130; o también dicen que “la aplicación de sistemas de valoración de puestos de trabajo como elemento determinante para la fijación del salario, si bien resulta ser, en apariencia, un método objetivo, no elimina completamente la subjetividad

Al final, viene a quedar claro por tanto que la única razón sólida en la que verdaderamente encuentra apoyo la propuesta de objetivación del valor del trabajo que ofrece la herramienta legal que venimos analizando no es otra el consenso político y sindical en torno a la identificación y la cuantificación de los factores o criterios que —excluido el sexo— deben ser considerados para la valoración del trabajo, de lo que es muestra la recurrente referencia al acuerdo conseguido en esta materia con los agentes sociales: dice el texto de la “Herramienta de Valoración de Puestos de trabajo” que estamos ante “el resultado del trabajo de la mesa técnica de diálogo social conformada por las organizaciones sindicales y patronales más representativas, expertos y expertas independientes, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad”, de modo que “se trata de una herramienta acordada en sus diferentes apartados con las organizaciones sindicales y patronales, y elaborada de manera conjunta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad” (siguiendo lo establecido en la Disposición Adicional 1 y 3 RD 902/2020 y Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre). La valoración objetiva de los trabajos así obtenida es por tanto meramente estipulativa, pactada sobre la condición de operar sedicentemente abstraída de factores de género, pero sin necesidad de estar en correspondencia con el valor real de aquellos trabajos: prueba de ello es que con la herramienta de referencia se obtiene un valor fijo para cada trabajo, efecto que no se compadece con el valor de mercado o su precio real, que está permanentemente fluctuando según circunstancias económicas como la demanda de un tipo de actividad productiva o los bienes que la involucran, la oferta de tales recursos o de bienes económicos que pueden operar como sustitutivos de ellos, etc. Estamos simplemente ante una nueva fórmula burocrática —normativa— de determinación intencionalmente asexuada del valor del trabajo con la que pretenden corregirse las desviaciones —de primer grado— de las otras vías burocráticas de la regla de igualdad salarial, que hemos dicho que son la regulación sectorial de los salarios, la fijación de las retribuciones en empresas con formato de grandes organizaciones complejas y la determinación de las remuneraciones en las Administraciones Públicas y en el sector público en general (es decir allí donde, como ya hemos dicho, no consiguen imponerse los criterios de mercado ni por lo tanto las exigencias de internalización de costes y de racionalidad económica)²⁵.

y además, puede resultar objetivo sin ser neutro en cuanto al respeto a la igualdad entre hombres y mujeres”, razón por la que “resulta imprescindible implementar la perspectiva de género en estos sistemas, con el fin de lograr la neutralidad de estos”; *vid.* M. MARÍN MALO, “Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo”, *cit.*, p. 41.

- 25 Es por esto que las operaciones de valoración objetiva y comparabilidad de los trabajos siempre aparecen ligadas también de un modo u otro a la estipulación o al consenso de los reguladores en Directiva 2023/970, 10 mayo 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (art. 4.4 y art. 10).

Es sintomático que la negociación colectiva de los salarios —los criterios de clasificación y promoción profesional y la determinación de las retribuciones de los trabajadores— esté no en balde siempre, como si fuera sospechosa de establecer remuneraciones discriminatorias contrarias a las reglas de igual salario por trabajos de igual valor (no sólo por tanto por su capacidad estratégica para actuar como fuente normativa de regulación salarial), en el punto de mira de estas reglas y herramientas de valoración objetiva del trabajo. El art. 22.3 ET dispone que “la definición de los grupos profesionales” —que corresponde a la negociación colectiva— “se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”, criterios y sistemas que “en todo caso cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1”. El RD 902/2020 dice en este sentido en su art. 9 (“Valoración de puestos de trabajo en los convenios colectivos”) que “de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores, con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor en los términos establecidos en el artículo 4”. La “Herramienta de Valoración de Puestos de trabajo” dice también en su punto 1.5d (“Utilidades de la herramienta”) que con ella se busca no sólo “corregir la (sesgada) política de personal y retributiva de la empresa” sino también que “sirva como base a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos”. El mismo propósito de controlar las prácticas de negociación colectiva como potencialmente sospechosas de discriminación salarial indirecta aparece reflejado, a escala internacional, en la ya citada Guía Introductoria de Igualdad Salarial de la OIT 2013 (vgr., pgs. 23, 24, 67, 70).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El concepto de discriminación y otros conceptos afines”, *Noticias CIELO*, 4 (2019)
- BUENO, G., *Teoría del Cierre Categorical II*, Pentalfa, Oviedo, 1993
- CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak*, 25 (2012)
- CASTRO ARGÜELLES, M.A. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Igualdad entre varón y mujer en materia de retribución (Directiva 75/117/CEE)”, *La Transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español* (dir. J. García Murcia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005

- CAVAS MARTÍNEZ, F., "Retribución inferior de trabajos de igual valor constitutiva de discriminación salarial indirecta por razón de sexo: juzgando con perspectiva de género", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 9 (2021)
- DÍAZ de ATAURI, P.G., "Tiempo de reformas ¿tiempo de igualdad salarial?", *Foro de Labos*, 10 diciembre 2019
- ELÓSEGUI, M., "Igual salario por trabajo de igual valor", *Persona y Derecho*, 54 (2006)
- LÓPEZ, J., «Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva de género», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Número Extraordinario (2019)
- LÓPEZ BALAGUER, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "La discriminación retributiva por razón de sexo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431 (2019)
- MARÍN MALO, M., "Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo", *Femeris*, Vol. 6, Núm. 2
- MARTÍNEZ, C., COROMINAS, A., COVES A.M. y LUSA, A., "El principio de igualdad de retribución y la valoración de puestos", *II Congreso Internacional de Ingeniería Industrial. "Trascendiendo fronteras. Retos y Estrategias de la Globalización"*, Villahermosa, México
- MARTÍNEZ MORENO, C., "Principio de igualdad retributiva y trabajos de *igual valor*: el alcance del efecto directo del art. 157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto *Tesco Stores*", *Laborum. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2 (2022)
- MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A., *Igualdad salarial por razón de sexo*, Tecnos, Madrid, 1993
- NIETO ROJAS, P., "El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad", *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario 'Tormenta de reformas' (2023)
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7 (2021)
- OELZ, M., OLNEY, S., y TOMEI, M., *Guía introductoria de igualdad salarial*, OIT, Ginebra, 2013
- PEREZ DEL RIO, T., "La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto 'Fontaneda' (Recurso de Amparo 175/93, de 27 octubre 1994)", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 38 (1996)
- POYATOS i MATAS, G., "Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justicia con perspectiva de género", *Net21*, 6 (2021)

- RALLO JULIÁN, J.R., *Anti-Marx. Crítica a la economía política marxista*, Deusto, Barcelona, 2022
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la TJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)", *Relaciones Laborales*, 12 (2005)
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., "Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número extraordinario (2019)
- SALA FRANCO, T., y CARDONA RUBERT, B., "La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008
- SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004
- VALDÉS DAL-REÍ, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Reus, Madrid, 2010

La subcontratación más allá del paradigma empresarial tradicional: el supuesto de una comunidad de propietarios ante sucesivas contratistas

(A propósito de la STS 27 mayo 2022, Rº 3307/2020)

José María Ruz López

Personal investigador en formación FPU
Universidad de Córdoba

The application of Art. 42 ET beyond the classic schemes: the case of a community of property owners (Regarding STS 27 May 2022, Rº 3307/2020).

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. RELATO FÁCTICO. 3. ÍTER PROCESAL. 4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. 4.1. Sede de suplicación. 4.2. Sede casacional. 4.2.1. *Condición empresarial*. 4.2.2. *Concurrencia de propia actividad*. 4.2.3. *Actividades sin conexión con una actividad empresarial*. 4.2.4. *Cuestiones procesales conexas*. 5. VALORACIONES FINALES

Resumen: A propósito de la STS 27 mayo 2022 (Rº 3307/2020), nuestro Alto Tribunal confirma la aplicación del art. 42 ET ante un particular supuesto de hecho. Se trata de una entidad sin personalidad jurídica, concretamente una comunidad de propietarios, que decide externalizar la actividad de conserjería. La resolución en liza permite, en torno a un mismo litigio, analizar dos de los elementos configurados del art. 42 ET: la condición empresarial de los sujetos que intervienen en la subcontratación, así como el concepto de propia actividad. Más allá de la concreta solución adoptada por la Sala cuarta, la presente incógnita invita a plantear un análisis crítico del ámbito de aplicación normativo a la luz de los nuevos escenarios de la descentralización productiva.

Palabras clave: Subcontratación; comunidad de propietarios; empresario; empleador; propia actividad

Abstract: Regarding the STS 27 mayo 2022 (Rº 3307/2020), the Spanish Supreme Court confirms the application of Article 42 of the Workers' Statute in a quite specific case. It concerns an entity without legal personality, specifically a community of property owners, that decides to outsource the concierge service. The sentence in

question allows, at the same time, the analysis of two shaping elements of Article 42 of the Workers' Statute: the entrepreneurial status of the parties involved in subcontracting, as well as the concept of core activity. Beyond the specific solution adopted by the Court, this current question invites to raise a critical analysis of the regulatory scope in the light of the new scenarios of outsourcing strategies.

Keywords: Subcontracting; community of property owners, entrepreneur, employer, core activity

1. INTRODUCCIÓN

La STS 27 mayo 2022 (Rº 3307/2020) pivota en torno a una institución que sigue planteando una intensa conflictividad jurídica y social, la contratación y subcontratación de obras y servicios. Entre las numerosas incógnitas dimanantes del art. 42 ET, la presente resolución aborda un aspecto cuanto menos baladí como es su ámbito de aplicación. A grandes rasgos, el supuesto de hecho del art. 42 ET se configura en torno a tres parámetros de referencia: la condición empresarial de los sujetos que intervienen en la subcontratación, la naturaleza jurídica del negocio base y el confuso y reiteradamente cuestionado concepto de propia actividad¹.

El singular supuesto de hecho que protagoniza el presente litigio suscita interesantes cuestiones a nivel teórico. Hasta la fecha, la mayor parte de los recursos ventilados por la Sala cuarta sobre esta materia solían estar protagonizados por sociedades mercantiles o entidades del Sector público. Sin embargo, a raíz de la STS 27 mayo 2022, nuestro Alto Tribunal debe valorar la aplicación del art. 42 ET ante una decisión de externalización llevada a cabo por un sujeto sin personalidad jurídica, concretamente una comunidad de propietarios. Para más inri, el presente litigio no se circunscribe al parámetro subjetivo del ámbito de aplicación. De forma paralela resulta necesario cuestionar la existencia de propia actividad, incógnita que no suele ser fácil de resolver, aún menos cuando el supuesto de hecho escapa de los esquemas clásicos de contrataciones mercantiles o administrativas.

Las anteriores observaciones permiten apreciar la especial relevancia doctrinal de la sentencia en liza, lo que justifica su análisis y comentario. Por consiguiente, mediante las presente páginas se pretende examinar la STS 27 mayo 2022 desde un acercamiento teórico, entablando un diálogo entre dicha resolución y la jurisprudencia previa existente al respecto.

1 En definitiva, requisitos de carácter subjetivo, negocial y objetivo según la esquematización planteada en Del Rey Guanter, Salvador (2001): "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42.1 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores" en Del Rey Guanter, Salvador y Luque Parra, Manuel (coords.) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex nova, Valladolid, p. 25 y ss.

2. RELATO FÁCTICO

A pesar de la particular naturaleza jurídica del sujeto comitente, el supuesto de hecho representa el prototipo de relación triangular con sucesivas novaciones de la parte contratista. El trabajador demandante y posteriormente recurrente, desde el 10 de mayo de 2015, prestó servicios de conserjería en una comunidad de propietarios. Sin embargo, no media contrato de trabajo con dicho sujeto, sino con un contratista, INTERSECURITY HOLDING EMPRESARIAL, SL. A partir del 1 de agosto de 2015, aunque el trabajador sigue prestando servicios para la comunidad de propietarios, pasa a la plantilla de un nuevo contratista, SECURUS SFS, SL. Posteriormente, con fecha 22 de enero de 2018, dos días antes de la interposición de la primera demanda, SECURUS SFS, SL comunica al trabajador que a partir del 31 de enero de 2018 dejará de prestar servicios para la comunidad de propietarios, pasando a pertenecer a la plantilla de un tercer empleador, ALEGO SERVICIOS REUNIDOS, SL.

En adición a las sucesivas novaciones recién descritas, se tiene como hecho probado la existencia de una deuda salarial a favor del trabajador. La suma asciende a 14.093,79 euros correspondientes a las diferencias salariales entre lo efectivamente percibido de su empleador, SECURUS SFS, SL, y lo que debería haber percibido convencionalmente por salario base, complementos y horas extraordinarias entre octubre 2016 y enero 2018. En suma, la existencia de un crédito salarial y su cuantía constituyen hechos pacíficos en el litigio. Por su parte, la verdadera incógnita radica en identificar los sujetos que deben responder ante dicha deuda.

3. ÍTER PROCESAL

Tras los correspondientes intentos de conciliación sin avenencia, con fecha 24 de enero de 2018, el trabajador interpuso una demanda de extinción del contrato por incumplimiento del empleador en virtud del art. 50 ET y de reclamación de cantidad por diferencias salariales dirigida contra el que era su empleador en dicho momento, SECURUS SFL, SL pero también contra su empleador anterior, INTERSECURITY HOLDING EMPRESARIAL, SL, así como contra el sujeto comitente, la comunidad de propietarios. En tal demanda, el trabajador alega cesión ilegal de trabajadores entre dichas codemandadas.

Con posterioridad, el 5 de marzo de 2018, tras la baja en la Seguridad Social comunicada por SECURUS SFL, SL, el trabajador interpuso una demanda por despido tácito frente a las anteriores codemandadas, lo que derivó en una acumulación de ambas demandas. Con fecha 15 de marzo de 2018, la parte actora solicita una ampliación de las demandas acumuladas frente a su nueva empleadora, ALEGO SERVICIOS REUNIDOS, SL. Posteriormente, el trabajador demandante, por un lado, desistió de la demanda de despido y, por otro lado, solicita la desacumulación de la reclamación de cantidad y de la extinción del contrato al amparo del art. 50 ET para, a su vez, desistir de esta última. De ese modo, el litigio se circunscribe a una reclamación de cantidad dirigida contra el sujeto contratante y los tres sucesivos contratistas.

El Juzgado de lo Social nº20 de Madrid, con fecha 21 octubre 2019, estima parcialmente la demanda, condenando al pago de la cantidad reclamada más un 10% de interés legal por mora a SECURUS SFL, SL, absolviendo el resto de las partes codemandadas. Respecto al empresario anterior y posterior, es decir, INTERSECURITY HOLDING EMPRESARIAL, SL. y ALEGO SERVICIOS REUNIDOS, SL, el Juzgado concluye que la cantidad reclamada no alcanza a dichos empresarios puesto que se trata de un supuesto de sucesión de contratas y ha de estarse a lo que disponga el convenio colectivo o lo pactado en la contrata. Por su parte, el Juzgado exonera de responsabilidad a la comunidad de propietarios, parte comitente, sobre la base de la inaplicación del art. 42 ET.

Frente a dicha resolución, el trabajador interpone recurso de suplicación. Atendiendo a las cuestiones sustantivas relevantes para el presente comentario, el trabajador demandante, ahora recurrente, denuncia la infracción del art. 42 ET, solicitando que la comunidad de propietarios responda de forma solidaria frente a la cantidad adeudada. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestima el recurso, absolviendo a la comunidad de propietarios tras determinar la no aplicación del art. 42 ET. Seguidamente, el trabajador recurre la anterior sentencia en casación, solicitando nuevamente la extensión de responsabilidad solidaria del art. 42 ET a la comunidad de propietarios. La estimación de dicho recurso tiene como resultado la STS 27 mayo 2022, objeto del presente análisis.

Antes de concluir el análisis procesal, conviene advertir que el presente supuesto de hecho es susceptible de ocasionar diversas cuestiones jurídico-laborales, más allá del ámbito de aplicación del art. 42 ET. Por un lado, cabría plantear una hipotética sucesión de empresas en virtud del art. 44 ET. Aunque la sucesión de contratas no presupone *per se* la aplicación del art. 44 ET, ello no excluye que el supuesto de hecho sí reúna los elementos configuradores de tal institución. Sin pretensión de exhaustividad, la sucesión legal de empresas del art. 44 ET requiere la transferencia de una “entidad económica”, lo que a su vez presupone transmisión de elementos patrimoniales o, en el supuesto de actividades que descansen sobre la mano de obra, transmisión de personal². Respecto al caso de autos, sería factible considerar que los servicios de conserjería son actividades que descansan en la mano de obra. En tal caso, ante la transmisión de un trabajador que representa la totalidad de la plantilla dedicada a la contrata, sería plausible alegar sucesión de empresas en virtud de la doctrina de la sucesión de plantillas. Por otro lado, tampoco sería descabellado cuestionar si la comunidad de propietarios ostentaba realmente la posición de empleador, produciéndose así un supuesto interpositorio subsumible en el art. 43 ET³. Con la información

2 Entre la numerosa literatura al respecto, véase Arastey Sahún, María Lourdes (2018): “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios” en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, pp. 85-103.

3 Por todos, Martín Valverde, Antonio (2018): “Cesión de trabajadores” en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, pp. 69-83.

que se deriva de las sentencias de suplicación y casación, ambas hipótesis no fueron efectivamente planteadas por el trabajador en el momento procesal oportuno y por consiguiente, en plena concordancia con el principio de congruencia, los sucesivos órganos juzgadores no han reflexionado acerca de las mismas.

4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A priori, la argumentación jurídica de la STS 27 mayo 2022 podría parecer algo confusa. Como se ha advertido previamente, el presente litigio requiere analizar dos de los tres principales elementos configuradores del art. 42 ET. En esta dirección, debe preguntarse, por un lado, si el comitente, en este caso la comunidad de propietarios, cumple con el requisito subjetivo del art. 42 ET y, por otro lado, si el encargo subcontratado se corresponde con la propia actividad de la parte comitente. Sin embargo, la sentencia objeto de análisis no plantea una clara diferenciación entre ambas incógnitas⁴. Por su parte, la sentencia de suplicación sí distingue ambos debates, llevando a cabo un tratamiento individualizado, lo que recomienda su análisis previo.

4.1. Sede de suplicación

La STSJ Madrid 9 julio 2020 (Rº 272/2020) concluye que la comunidad de propietarios no debe responder solidariamente por el crédito salarial puesto que no confluyen las circunstancias configuradoras del art. 42 ET. Ello se sustenta principalmente en dos argumentos claramente diferenciados y referidos, por un lado, a la condición empresarial del sujeto comitente y, por otro lado, al concepto de propia actividad.

Respecto al primero de ellos, el Tribunal de suplicación afirma que la comunidad de propietarios carece del carácter empresarial requerido por el art. 42 ET. Según el TSJ madrileño, dicha entidad no desarrolla fines mercantiles ni lleva a cabo una prestación de servicios con carácter lucrativo. De forma esquemática, concluye que la comunidad de propietarios “no es una empresa, por mucho que sea empleadora”⁵.

Respecto a la concurrencia de propia actividad, el Tribunal de suplicación sustenta la ausencia de tal concepto sobre la base de un llamativo argumento. Téngase en cuenta que la identificación de dicho elemento presupone una comparación entre el ciclo productivo del sujeto comitente y la actividad efectivamente subcontratada. Sin embargo, el TSJ no llega a realizar dicha labor comparativa al considerar que la

4 Un claro ejemplo de ello puede observarse en el segundo párrafo del F.J. 5º. Tras introducir el concepto de “agente económico”, determinante para admitir la aplicación subjetiva del precepto, el Tribunal afirma que “esto es lo que permite entender que la actividad que ha externalizado se identifica con la propia actividad a los efectos del art. 42 del ET”. Sin embargo, como se puede advertir con facilidad, el término agente económico está referido a la configuración subjetiva del precepto y no a la exigencia de propia actividad.

5 F.J. 2º, párrafo 3º.

comunidad de propietarios caree de ciclo productivo. En palabras del Tribunal, una comunidad de propietarios “no es de una organización productiva sino un conjunto de propietarios organizados en comunidad”⁶.

4.2. Sede casacional

Como se ha adelantado anteriormente, nuestro Alto Tribunal estima el recurso de casación, concluyendo que, ante la concurrencia de los elementos constitutivos del art 42 ET, la comunidad de propietarios sí es responsable solidaria de la deuda salarial. Antes de resolver el objeto del recurso, la sentencia objeto de análisis identifica la normativa aplicable al caso⁷. Seguidamente, lleva a cabo una exhaustiva sistematización de la jurisprudencia sobre el concepto de propia actividad. Dicha síntesis comienza con una serie de importantes resoluciones de la década de los años noventa que configuran la lectura actual del término en cuestión⁸. Seguidamente, se citan importantes sentencias que han marcado la evolución del concepto, entre las que se podrían destacar la STS 20 julio 2005 (Rº 2160/2004), que ofrece una definición adicional del término de propia actividad⁹ o la STS 23 enero 2020 (Rº 2332/2017), que extiende la lectura estricta de tal concepto al ámbito de prevención de riesgos, a pesar de reiteradas aportaciones doctrinales en sentido contrario¹⁰. Al margen del valor doctrinal e incluso pedagógico de la mencionada síntesis, cabe mencionar la ausencia de jurisprudencia sobre la condición empresarial de los sujetos que intervienen en la subcontratación, lo que a su vez influirá en la posterior fundamentación jurídica.

Sobre la base del anterior resumen normativo y jurisprudencial, la sentencia en liza confirma que la doctrina correcta es la que contiene la sentencia de contraste¹¹. Dicha resolución, proveniente a su vez del TSJ madrileño, sí extiende la responsabilidad solidaria a la comunidad de propietarios. A su juicio, los servicios de conserjería subcontratados representan tareas inherentes a cualquier comunidad de propietarios, lo que permite identificar la concurrencia de propia actividad y la consiguientemente aplicación del art. 42 ET¹². Si bien la sentencia objeto de comentario alcanza una conclusión similar, conviene examinar los argumentos esgrimidos en sede casacional.

6 F.J. 2º, párrafo 4º.

7 Con carácter anecdótico, llama la atención la transcripción de preceptos que no son objeto de litigio como el art. 16 LGSS o el art. 24 LPRL.

8 SSTs 18 enero 1995 (Rº 150/1994), 29 octubre 1998 (Rº 1213/1998), 24 noviembre 1998 (Rº 517/1998). Sobre la evolución del concepto, véase Nores Torres, Luis Enrique (2004): *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

9 “Conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratante, de manera que se produzca una cierta implicación de la organización de trabajo de los empresarios”.

10 Puede consultarse una exhaustiva sistematización al respecto en Navarro Nieto, Federico (2005): *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, pp. 44 y ss.

11 STSJ Madrid 25 enero 2018 (Rº 510/2017).

12 F.J. único, último párrafo.

4.2.1. Condición empresarial

Aun de manera implícita, la Sala cuarta parece responder a las dos objeciones planteadas en suplicación por el TSJ madrileño. Respecto al elemento subjetivo, el TS declara que la comunidad de propietarios ostenta la condición de “agente económico”. Mediante el empleo de esta singular expresión, el Tribunal parece intentar solventar la ausencia de condición empresarial del sujeto comitente. De esta forma, no sería necesario que la parte comitente ostentase la categoría de empresario mercantil ni que persiga fines lucrativos, siempre y cuando pueda ser considerada un agente económico.

En este punto, resulta sorprendente que nuestro Alto Tribunal no acuda a su propia jurisprudencia dictada al respecto¹³. Desde finales del siglo pasado, el TS confirmó que el término empresario del art. 42 ET debía ser interpretado en términos laborales, a la luz del art. 42 ET, y no desde un acercamiento económico o mercantil. En esta lógica, el Supremo sostiene que el concepto empresario de dicho precepto ha de entenderse como sinónimo de empleador, es decir, como aquel que reciba prestaciones de servicios en régimen de laboralidad. De igual modo, el ánimo de lucro del comitente carece de relevancia a la hora de calificar la configuración subjetiva del art. 42 ET¹⁴. Respecto al concreto supuesto de autos, no puede desconocerse que una comunidad de propietarios encaja en el concepto de empleador del art. 1.2 ET, concretamente en la referencia a la comunidad de bienes. Como ha advertido la doctrina iuslaboralista, la introducción del concepto de comunidad de bienes en el art. 1.2 ET “obliga a convertir la anécdota en categoría”¹⁵, permitiendo que cualquier sujeto desprovisto de personalidad jurídica pueda adquirir la posición de empresario laboral¹⁶.

En contraposición, cabría advertir que la anterior lectura jurisprudencial nace a raíz de una subcontratación llevada a cabo por una Administración Pública. En efecto, la interpretación laboral del concepto empresario del art. 42 ET permitió extender la normativa sobre subcontratación a las contrataciones públicas, aspecto de notable relevancia jurídica y económica. Sin embargo, a nuestro parecer, dicha construcción jurispuden-

13 La misma conclusión es extensible respecto a la parte demandante, posteriormente recurrente. En el recurso de casación, la parte recurrente afirma que la aplicación del art. 42 ET no está sometida a la realidad de “actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios lucrativos”. Sin embargo, su alegación no está fundamentada en la lectura jurisprudencial del concepto de empresario de tal precepto, sino en las normas de Propiedad Horizontal.

14 STS 15 julio 1996 (R^o 1089/1996). A nivel doctrinal, véase García-Perrote Escartín, Ignacio y Goñi Sein, José Luis (2000): “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 144-145.

15 De la Villa Gil, Luis Enrique (2010) “El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo” en Blasco Pellicer, Ángel (coord.) *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 16.

16 En extenso, Palomeque López, Manuel Carlos (1980): “Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, pp. 217-232 y Camps Ruiz, Luis Miguel (1990): “El concepto laboral de empresario” en Borrajo Dacruz, Efrén (coord.) *El Estatuto de los trabajadores: Conceptos fundamentales: empresa y trabajador*, Edersa, 1990, p. 36 y ss.

cial es plenamente aplicable a los sujetos comprendidos en el *tertium genus* del art. 1.2 ET. Aunque la ampliación del ámbito subjetivo del art. 42 ET surge a raíz de un supuesto de contratas públicas, la fundamentación jurídica presenta una clara vocación de generalidad. En este sentido, el Tribunal Supremo no justifica su interpretación amplia en la naturaleza pública del sujeto que subcontrata, por lo que sería posible aplicar dicha lectura al resto de sujetos que acuden a tal recurso. Algo parecido ha ocurrido respecto a la naturaleza jurídica del negocio base que instrumentaliza la subcontratación. Con el propósito de aplicar la tutela jurídico-laboral a las concesiones administrativa, el TS concluyó que el ámbito de aplicación del art. 42 ET no se circunscribe a los contratos de obra y servicio de naturaleza privada, sino a cualquier negocio que permitiese externalizar una parte de la actividad productiva. Con posterioridad, esta fundamentación sirvió de base para extender la regulación jurídico-laboral a figuras mercantiles que tradicionalmente habían sido excluidas, como el contrato de agencia¹⁷.

En definitiva, la aplicación del cuerpo jurisprudencial que propone la sinonimia entre empresario y empleador en el marco del art. 42 ET hubiera permitido, en primer lugar, resolver el presente recurso conforme a nuestra tradición jurídica, evitando la inseguridad jurídica que representa la introducción de un concepto ajeno para el Derecho del Trabajo como es el de agente económico¹⁸ y, en segundo lugar, disipar una relevante incógnita en materia de contratas y subcontratas, como es el encaje del *tertium genus* del art. 1.2 ET en el ámbito subjetivo del art. 42 ET.

Antes de finalizar la reflexión en torno al aspecto subjetivo del art. 42 ET, resulta pertinente al menos mencionar un reciente cambio normativo. En virtud del RD-ley 32/2021, el término “empresario” del art. 42 ET fue sustituido por “empresa”¹⁹. Sería pacífico concluir que dicha modificación responde a cuestiones de lenguaje inclusivo, en paralelo a la introducción del término “personas trabajadoras”. Sin embargo, resulta interesante cuestionar si la utilización del término “empresa” pretende ampliar el ámbito de aplicación subjetivo del precepto en cuestión, en línea con la interpretación extensiva de dicho concepto en el marco del Derecho de la competencia²⁰. Sin pretensión de mayor ahondamiento, la norma no ofrece razones suficientes para concluir que la introducción del término empresa representa una expansión del ám-

17 STS 21 julio 2016 (R° 2147/2014).

18 Normativamente, ninguna de las principales normas de nuestra disciplina contiene tal expresión: ET, LGSS, LPRL, LISOS, LRJS. Judicialmente, la Sala cuarta ha incluido el término agente económico en dos ocasiones. A parte de en la sentencia objeto de análisis, en la STS 20 julio 2005 (R° 2160/2004), según la cual “un mismo agente económico podría a la vez dedicarse a la construcción y a la promoción”. Resulta llamativo que dicha resolución también pivote en torno a un supuesto de subcontratación y que, más aún, haya sido incluida en el resumen doctrinal de la sentencia objeto de comentario.

19 Los antecedentes legales del art. 42 ET, art. 19 LRL y art. 4 Decreto 3677/1970, también empleaban el término “empresa”. Con la versión original del Estatuto se introdujo el término empresario, cambio valorado positivamente por la doctrina. Por todos, Martínez Emperador, Rafael (1980): *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontratas de obras o servicios*, Instituto de estudios sociales, Madrid.

20 Véase el reciente pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, STJUE 6 octubre 2021 (asunto C-882/19, Sumal c. Mercedes).

bito de aplicación de la norma, sin obviar la imprecisión técnico-jurídica que supone subjetivar dicho concepto²¹. Aunque la normativa aplicable a la sentencia es anterior a dicha reforma, hubiera sido positivo que la Sala cuarta hubiera valorado *obiter dicta* el mencionado cambio legislativo, máxime cuando la sentencia de suplicación alude reiteradamente al concepto de empresa como elemento configurador del art. 42 ET.

4.2.2. Concurrencia de propia actividad

Superada la problemática relativa a la condición empresarial, resulta pertinente abordar la segunda cuestión sobre la que pivota el presente litigio: el concepto de propia actividad. Recuérdesse que el Tribunal de suplicación concluyó que la comunidad de propietarios no puede considerarse una organización productiva, sino un conjunto de propietarios organizados. Como respuesta a lo anterior, la sentencia de casación afirma que la comunidad de propietarios “participa en la producción de servicios”. Adicionalmente, la resolución declara que los servicios de dicha comunidad redundan, además de en los copropietarios, en aquellos sujetos que gocen del uso y disfrute del inmueble²². A nuestro parecer, esta última apreciación, más que excluir la ausencia de actividad productiva, parece confirmarla. De ese modo, independientemente del ánimo de lucro, la comunidad de propietarios desarrolla una actividad productiva que repercute más allá de los meros propietarios.

Sobre la base de lo anterior, la Sala cuarta confirma que la actividad subcontratada se identifica con la propia actividad de la comunidad de propietarios puesto que, en palabras del TS, “se incorpora a lo que sería el resultado final respecto de una de las competencias que la Comunidad debe atender”²³. Aunque pudiera ser incidental, la alusión a las competencias del sujeto comitente recuerda al tratamiento de la propia actividad en el marco de las AAPP. A partir de la anteriormente reseñada STS 15 julio 1996, la identificación del ciclo productivo en el marco de una Administración Pública gira en torno a las competencias atribuidas a la misma²⁴. A pesar de que las comunidades de propietarios son entes sin personalidad jurídica, la fuerte intervención pública respecto a su funcionamiento podría justificar el anterior silogismo²⁵.

21 La doctrina mercantilista, seguida de la laboralista, han afirmado desde antaño que el sujeto de relaciones jurídicas es el empresario, que no la empresa. Entre otros, desde el ámbito mercantil, por todos, Uría, Rodrigo (1990): *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, pp. 33-36 y desde el laboral, Bayón Chacón, Gaspar (1959): “El concepto jurídico laboral de empresa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 3, núm. 6, p. 261 y ss. y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (1960): “Empresa y contrato de trabajo”, *Anales de la Universidad Hispalense*, p. 11. Más recientemente, De la Villa Gil, Luis Enrique (2010): “El concepto de empresario-empleador... op. cit. p. 14.

22 F.J. 3º, apartado 5º, párrafo 2º y 4º.

23 F.J. 3º, apartado 5º, párrafo 4º.

24 Reiterado, y hasta cierto punto flexibilizado, con posterioridad por las SSTS 5 diciembre 2011 (Rº 4197/2010) y 14 septiembre 2021 (Rº 652/2018).

25 Concretamente el art. 10 LPH identifica aquellas funciones que toda comunidad de propietarios debe llevar a cabo al margen de lo dispuesto en la Junta de propietarios.

En definitiva, mediante la presente resolución, nuestro Alto Tribunal reconoce, de un lado, que la comunidad de propietarios desarrolla una actividad productiva y, de otro lado, que los servicios subcontratados encajan en el ciclo productivo de la misma, lo que permite confirmar la concurrencia de propia actividad y, por consiguiente, la aplicación del art. 42 ET. En todo caso, cabría subrayar la escasa atención dedicada a la demostración de la existencia de propia actividad. Teniendo en cuenta la particularidad del presente supuesto de hecho, hubiera sido oportuno que el Supremo demostrase con mayor detenimiento que la actividad subcontratada representa un elemento inherente —según la tesis jurisprudencial mayoritaria— del ciclo productivo de la comunidad de propietarios.

4.2.3. Actividades sin conexión con una actividad empresarial

En último lugar, conviene reflexionar acerca de un aspecto que podría haber sido tenido en cuenta en el presente litigio, pero que ha sido obviado durante su desarrollo. Se trata del último párrafo del art. 42.2 ET en virtud del cual queda exceptuada la imputación de responsabilidad cuando la subcontratación se refiera a la “construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto a su vivienda” o, en su caso, “cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”²⁶. Aun de forma escueta, sería oportuno esbozar brevemente las principales interpretaciones doctrinales al respecto. Desde la introducción de tal elemento en la primera versión del Estatuto²⁷, la doctrina de forma mayoritaria ha subrayado su carácter declarativo, más que constitutivo. En este sentido, los supuestos que tienen encaje en la citada exclusión directamente no cumplen los requisitos del art. 42 ET²⁸. Admitiendo cierta finalidad exegética, no existe unanimidad respecto a si dicho párrafo constituye un “mero reverso de la exigencia de propia actividad”²⁹ o si, por el contrario, representa un reflejo de la condición empresarial de los sujetos que intervienen en la subcontratación³⁰.

26 Hipótesis planteada en Blasco Pellicer, Ángel (2022): “El tratamiento de las contratas y subcontratas en la jurisprudencia reciente” en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco. (dir.) *La regulación laboral de contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 167

27 Teniendo en cuenta las diferencias entre ambos sistemas, el ordenamiento francés alberga una cláusula que podría resultar parecida: “*Le présent article ne s’applique pas au particulier qui contracte avec une entreprise pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin ou de ses ascendants ou descendant*”, presente en los arts. L3245-2 y L4231-1 del *Code du Travail*.

28 Martínez Emperador, Rafael (1980): *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial...* op. cit. pp. 46-47, García Murcia, Joaquín (1981): “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de política social*, núm. 130, pp. 53-54.

29 Cruz Villalón, Jesús (1992): “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, p. 129.

30 Montoya Medina, David (2004): *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 141 y ss.

Hipotéticamente, sería posible sostener que el caso de autos tiene encaje en la segunda de estas exclusiones, es decir, obras o industrias contraídas sin conexión con la actividad empresarial. De esa forma, independientemente de la condición empresarial y de la concurrencia de propia actividad, el sujeto comitente, en este caso la comunidad de propietarios, quedaría excluida de la responsabilidad solidaria. En esta dirección, deviene imprescindible examinar el significado de “actividad empresarial” en el marco del art. 42 ET. A pesar de la escasa jurisprudencia al respecto, nuestro Alto Tribunal ha confirmado que la expresión “actividad principal” del párrafo del art. 42.2 ET “hace referencia a aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad”³¹. En consecuencia, en estrecha relación con la interpretación del término empresario anteriormente reseñada, la expresión actividad empresarial debe interpretarse desde una óptica laboral, más que económica o mercantil. Respecto al supuesto de autos, la comunidad de propietarios sí requiere trabajo por cuenta ajena, ya sea mediante un contrato de trabajo o una contrata civil/mercantil, lo que permite descartar las exclusiones del art. 42.2 *in fine* ET. En cualquier caso, hubiera sido recomendable que la Sala cuarta hubiera reflexionado de manera expresa sobre el anterior extremo. Es cierto que, con la información se puede obtener de las resoluciones de suplicación y casación, dicha excepción no ha sido introducida por la parte demandada, es decir, la comunidad de propietarios. No obstante, también es cierto que el art. 42.2 ET, incluyendo su último párrafo, no deja de ser una norma que sí ha sido esgrimida en el proceso.

4.2.4. Cuestiones procesales conexas

Antes de concluir sería oportuno, aun de manera breve, revisar algunos aspectos de naturaleza procesal que también han sido abordados en la presente sentencia. Aunque no gravitan en torno al ámbito de aplicación del art. 42 ET, es importante anotar ciertas denuncias introducidos por la parte recurrida en la impugnación del recurso de casación que, de ser estimadas, hubieran derivado en la inadmisión del recurso, como reconoce el propio TS³².

De un lado, sobre la base de los arts. 224.1 y 2 LRJS, la parte recurrida denuncia la ausencia de fundamentación respecto a la infracción legal alegada. La Sala cuarta no admite tal extremo al afirmar que el escrito de interposición del recurso sí razona acerca de la condición de empresario principal de la comunidad de propietarios. Según el Tribunal, el carácter escueto y breve de tal argumentación no es óbice para que tanto la parte recurrida como, en su caso, el órgano juzgador aborde dicha cuestión.

Por otro lado, la parte recurrida denuncia la introducción de cuestiones nuevas en sede casacional que no han sido abordadas en instancia y que fueron expresamente

31 Nuevamente, STS 15 julio 1996.

32 El resumen del escrito de impugnación puede encontrarse en F.J. 1º, apartado 1º y la respuesta por parte del TS en el F.J. 3º, apartado 2º.

rechazadas en suplicación, concretamente, las referencias a la LPH y al convenio colectivo aplicable. Nuevamente, nuestro Alto Tribunal rechaza la pretensión de la parte recurrida al concluir que la introducción de dichas alusiones “no significa que se estén introduciendo hechos o pretensiones nuevas en este recurso de forma que esta Sala puede valorar todos esos argumentos que se ofrecen por quien recurre, dada la finalidad que con ello se persigue y que claramente se dice en el presente recurso”. Si bien la valoración dicha cuestión procesal escapa sobremanera de la pretensión del presente trabajo, de un lado, conviene recordar la taxatividad que debe inspirar el recurso de casación, fruto de su naturaleza extraordinaria³³. De otro lado, sería asimismo plausible concluir que las mencionadas alusiones no representan nuevas cuestiones a valorar, sino nuevos argumentos estrechamente vinculado al debate central del litigio.

5. VALORACIONES FINALES

Si bien podríamos compartir la solución alcanzada en casación, es decir, la aplicación del art. 42 ET al caso concreto y la consiguiente imputación de responsabilidad solidaria a la comunidad de propietarios, habría sido conveniente que el TS hubiere abordado ciertas incógnitas, como el encaje del *tertium genus* del art. 1.2 ET en el ámbito de aplicación del art. 42 ET y la interpretación de las exclusiones del último párrafo de dicho precepto.

Respecto a tales extremos, la naturaleza jurídica del sujeto que interviene en la subcontratación no debería suponer un obstáculo para extender las tutelas del art. 42 ET. En esta dirección, la imputación de responsabilidad solidaria al sujeto comitente, como excepción al principio de relatividad de los contratos del art. 1.257 CC, se justifica en el aprovechamiento patrimonial de trabajo ajeno³⁴. De ese modo, independientemente de la particular ontología del sujeto que realiza el encargo, si este último se beneficia de trabajo ajeno como consecuencia de una contrata o subcontrata, deberían extenderse las garantías del art. 42 ET. Por consiguiente, debería resultar irrelevante tanto que el sujeto comitente sea una comunidad de propietarios, o cualquier otro sujeto sin personalidad jurídica, como que el encargo constituya una actividad doméstica o ajena al tráfico empresarial.

33 Véase al respecto, Fernández Avilés, José Antonio y Rodríguez-Rico Roldán, Victoria (2020): “Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina” en García Murcia, Joaquín (dir.) *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción Social*, BOE, Madrid, pp. 499 y ss.

34 Esta apreciación se remonta a la STS-CA 2 diciembre 1987. Posteriormente reiterada en STS 17 mayo 1996 (R° 1902/1995), 9 julio 2002 (R° 2175/2001). En sede doctrinal, a modo de muestra, García Murcia, Joaquín (2004): “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 48, p. 26.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARASTHEY SAHÚN, María Lourdes (2018): "Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios" en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, pp. 85-103.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar (1959): "El concepto jurídico laboral de empresa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 3, núm. 6, pp. 249-292.
- BLASCO PELLICER, Ángel (2022): "El tratamiento de las contratas y subcontratas en la jurisprudencia reciente" en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco. (dir.) *La regulación laboral de contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 163-181.
- CAMPS RUIZ, Luís Miguel (1990): "El concepto laboral de empresario" en Borrajo Dacruz, Efrén (coord.) *El Estatuto de los trabajadores: Conceptos fundamentales: empresa y trabajador*, Edersa, pp. 35-76.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (1992): "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, pp. 114-162.
- DE LA VILLA GIL, Luís Enrique (2010): "El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo" en Blasco Pellicer, Ángel (coord.) *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 13-41.
- DEL REY GUANTER, Salvador (2001): "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42.1 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores" en Del Rey Guanter, Salvador y Luque Parra, Manuel (coords.) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex nova, Valladolid, pp. 25-50.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y Rodríguez-Rico Roldán, Victoria (2020): "Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina" en García Murcia, Joaquín (dir.) *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción Social*, BOE, Madrid, pp. 489-508.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín (1981): "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores", *Revista de política social*, núm. 130, pp. 7-88.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín (2004): "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 48, pp. 13-38.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luís (2000): "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas" en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 132-159.

- MARTÍN VALVERDE, Antonio (2018): "Cesión de trabajadores" en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, pp. 69-83.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael (1980): *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontratas de obras o servicios*, Instituto de estudios sociales, Madrid.
- MONTOYA MEDINA, David (2004): *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO NIETO, Federico (2005): *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete.
- NORES TORRES, Luís Enrique (2004): *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (1980): "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, pp. 217-232.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (1960): "Empresa y contrato de trabajo", *Anales de la Universidad Hispalense*, pp. 41-84.
- URÍA, Rodrigo (1990): *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid.

Reseña de actualidad judicial

Erik Monreal Bringsvaerd

Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Ángel Jurado Segovia

Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

STJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/2022): la normativa europea se opone a la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente del trabajador sin exigir que, con carácter previo, el empresario lleve a cabo “ajustes razonables” con el fin de mantener el empleo.

En respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Baleares, esta STJUE declara que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de otros textos internacionales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva. Entiende, en efecto, el TJUE que, dentro del concepto de discriminación por motivos de discapacidad se incluye la denegación de “ajustes razonables”, los cuales implican que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario. Y, en este sentido, considera el TJUE que el 49.1 e) ET permite sin más la extinción del contrato de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas en el sentido apuntado. Añade, además, el Tribunal que el hecho de que, en virtud de la normativa española, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador, con el derecho a una prestación económi-

ca de seguridad social, carece de relevancia a este respecto, pues de otro modo se menoscabaría el efecto útil de la Directiva 2000/78.

STS de 19 de septiembre de 2023 (R° 260/2021): en el teletrabajo, la interrupción de la prestación por causas ajenas a la voluntad del trabajador y las pausas por razones fisiológicas son tiempo de trabajo.

En esta STS, se desestima el recurso de casación presentado frente a una SAN en materia de conflicto colectivo. Dos son los problemas suscitados en este caso. De un lado, la consideración jurídica que debe darse a las interrupciones producidas, dentro de la jornada prestada en teletrabajo, por causas impeditivas de la prestación de trabajo tales como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a los trabajadores. De otro lado, el segundo problema versa sobre las pausas llevadas durante el teletrabajo y por el tiempo imprescindible para atender los trabajadores a sus necesidades fisiológicas y cómo se deben considerar y registrar tales pausas, no contempladas específicamente en el convenio colectivo de aplicación. Pues bien, a la vista ciertas previsiones legales, como el art. 30 ET y otras recogidas en la normativa específica en materia de trabajo a distancia (RD-ley 28/2020, posteriormente convertido en Ley 10/2021), el TS entiende, respecto a la primera cuestión, que la interrupción de la prestación del teletrabajo como consecuencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad del trabajador no debe ser objeto de recuperación o de merma del salario, pues ello implicaría aplicar a este tipo de trabajadores unas condiciones de peor condición que las del trabajo presencial. Por tanto, la aportación de la justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de una incidencia ajena a la voluntad del trabajador, resulta suficiente para mantener el derecho al salario por el tiempo correspondiente, sin obligación de recuperarlo. Asimismo, la respuesta del TS a la segunda cuestión, a la luz de la concreta regulación convencional, es que las pausas por razones fisiológicas no deben considerarse como tiempo de descanso y, por tanto, deben registrarse y computarse de forma separada del resto de las pausas sí expresamente contempladas en el convenio colectivo.

STS de 19 de septiembre de 2023 (R° 61/2023): cómputo de las extinciones de mutuo acuerdo a efectos del despido colectivo.

Partiendo de algún precedente en que también se concluyó que determinadas bajas voluntarias puedan asimilarse, en función de las circunstancias concurrentes, a extinciones no inherentes a la persona de los trabajadores, que, de conformidad con la normativa europea y nacional, deben computarse a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo sujeto, como tal, a la tramitación del correspondiente procedimiento legalmente previsto, en esta STS se confirma esta tesis, considerándose que no se deben excluir de dicho cómputo a las extinciones por mutuo acuerdo que tienen precisamente lugar en el contexto, los aledaños o el entorno de otras extinciones contractuales en el periodo de referencia del despido colectivo. Concreta-

mente, en el caso de autos, se considera que estas extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales, sino en el marco de un proceso de reestructuración de la plantilla previamente anunciado e iniciado con una comunicación un año antes, mediante la cual la empresa hace saber su intención de eliminar una parte del negocio y derivar algunas de sus funciones a los servicios centrales de otra empresa, ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de extinguir sus contratos para incorporarse a aquella empresa. El TS concluye que es cierto que en esta clase de extinciones converge la voluntad del trabajador y no hay razones para apreciar la concurrencia de posibles vicios del consentimiento, pero que no lo es menos que surgen de la iniciativa del empresario que ha puesto en marcha diferentes mecanismos de reducción de plantilla, por lo que deben computarse en una interpretación finalista del art. 51 ET.

STS de 10 de octubre de 2023 (Rº 4537/2022): el SMI resulta aplicable a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles.

La cuestión que se resuelve a través de sentencia de casación para la unificación de doctrina es si las normas reguladoras del salario mínimo interprofesional (SMI) se aplican a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas y, en concreto, si hay que tener en cuenta dicho SMI para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. Contrariamente a lo considerado por alguna otra sentencia del TS ya bastante antigua, en esta STS se concluye que, efectivamente, las normas relativas al SMI se aplican a estas relaciones laborales especiales. Se destaca, en este sentido, la trascendencia constitucional del SMI y la derivada, asimismo, de la reciente Directiva en la materia, interpretándose, además, las previsiones del RD 1438/1985, sobre esta relación laboral especial, en el sentido de que las mismas garantizan la aplicación en esta relación de los derechos básicos previstos en el ET; lo que presupone el obligado respeto a la cuantía del SMI, por así deducirse también de la referencia a las relaciones laborales especiales contenida en RD-ley 3/2024, que estableció una serie de reglas sobre vinculación y desvinculación del SMI a determinados efectos.

STS de 17 de octubre de 2023 (Rº 5073/2022): la sustracción de productos de la empresa puede ser causa de despido disciplinario con independencia de su valor económico.

A través de esta sentencia, se aborda la cuestión relativa al despido disciplinario de una trabajadora que prestaba servicios como cajera en un supermercado y sustrajo un producto por un valor al público de 5,52 euros. El convenio colectivo aplicable tipifica la infracción como muy grave y la sanciona con despido. Pues bien, el TS considera correcta la tipificación convencional y su aplicación por parte de la empresa. Se considera, en este sentido, que, al margen del mayor o menor perjuicio económico

que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es que, una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora. El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que se impone a los trabajadores es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que puede ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario. Cuando el trabajador se apropia de bienes de la empresa en un supermercado, no es solo que con ello cause un perjuicio económico directo a la empresa, sino que compromete además la situación personal de los trabajadores que prestan servicio en el establecimiento. Para llegar a tal conclusión, el Alto Tribunal subraya que la negociación colectiva puede incluir, entre las faltas laborales muy graves que justifiquen el despido disciplinario, tanto comportamientos concretos que constituyan especificación de los incumplimientos contractuales genéricos establecidos en el artículo 54.2 ET como otras conductas no recogidas en dicho precepto. Y añade que la apropiación de dinero, que cause un perjuicio a la empresa y tenga algún tipo de vinculación con el contrato de trabajo, ha constituido siempre para la jurisprudencia una especificación de la genérica transgresión de la buena fe contractual establecida en el artículo 54.2.d) ET.

STS de 21 de noviembre de 2023 (R° 3576/2020): la concreción horaria de la reducción de jornada por razones familiares no comprende el derecho a alterar el régimen de trabajo a turnos.

En esta sentencia, siguiendo la línea interpretativa ya fijada en anteriores pronunciamientos, el TS entiende que en la reducción de jornada por razones familiares ex art. 37 ET, aunque al derecho a la reducción le acompaña la facultad del trabajador de concretar el horario que pretende realizar como consecuencia de la reducción, esa concreción solo puede hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria, lo que determina que, en el caso examinado, la reducción debería producirse sin alterar el régimen de trabajo a turnos que se venía realizando. Se entiende, pues, que dicha facultad de concreción no comprende la posibilidad de variar el régimen ordinario de la jornada, ni consiente una modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos. Advierte, además, el Tribunal que la actora no ejercitó la posibilidad de solicitar la adaptación de su jornada de trabajo en los términos previstos en el artículo 34.8 ET, que, en su caso, podría haber servido para materializar la pretensión de no trabajar a turnos y trabajar sólo de mañana. Mas, en cualquier caso, se destaca que, en el caso analizado, la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con cambio del sistema de trabajo a turnos no aparecía como desprovista de fundamento o razón, ni tampoco que constituía un fraude o abuso de derecho, arguyendo la empresa razones organizativas y productivas conectadas al hecho de que la aceptación de la pretensión implicaría una descompensación de personal. Añade, en fin, la sentencia de que de la normativa europea no se desprende disposición alguna que permita obligar a las legislaciones nacionales, en el contexto de una solicitud de un permiso

parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos.

STS de 12 de diciembre de 2023 (R° 5556/2022): no todo despido nulo de una mujer embarazada acarrea el reconocimiento de una indemnización por daño moral.

Considerando la doctrina del TC y la propia jurisprudencia del TS relativa a la caracterización de la nulidad objetiva del despido ex art. 55.5 ET, en esta sentencia se aborda la cuestión relativa a si el despido nulo derivado del embarazo de una trabajadora acarrea el derecho a una indemnización por daños morales. El supuesto de hecho trae causa en un despido disciplinario, señalando el TS que el mismo podría haber sido calificado de procedente si hubiera quedado acreditada su causa justificativa y se hubieran cumplido las formalidades legalmente establecidas. Pero, para el caso contrario, la norma prevé necesariamente la calificación de nulidad, soslayándose, en todo caso la calificación de improcedente. Añade el Tribunal que a la calificación de la nulidad también se podría haber llegado como consecuencia de la aplicación de la previsión general que vincula tal calificación a los despidos que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, en cuyo caso a la tutela de la nulidad se le sumará, por mandato del artículo 183.1 LRJS, que el juez deba pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda por haber sufrido discriminación u otra lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de otros posibles daños y perjuicios. Sin embargo, en el caso concreto, no existiendo indicios de que el despido tuviera como móvil la discriminación ni que implicara vulneración de derechos fundamentales, se confirma el criterio de la sentencia de suplicación que, declarando la nulidad en aplicación de la tutela objetiva ex artículo 55.5 b) ET, desestimó que se procediera una indemnización por daño moral, restringiendo la condena a los efectos típicos de declaración de nulidad: readmisión y salarios de tramitación.

STS (Cont.-Admvo.) de 18 de diciembre de 2023 (R° 4858/2021): las dietas son conceptos excluidos de la cotización empresarial siempre que haya desplazamientos.

En esta sentencia, la Sala Contencioso-Administrativo del TS, confirmando una resolución del TSJ de Andalucía, corrige el criterio de la Tesorería General de la Seguridad Social que había considerado que en determinados contratos de trabajo que, por sus propias características, implican trabajar en una o varias obras, sin que exista un lugar de trabajo habitual o permanente, no cabe considerar que las dietas compensen los desplazamientos y, por tanto, que las mismas no pueden considerarse un concepto extrasalarial excluido de la obligación de cotización empresarial. Para el TS, en cambio, lo determinante para entender que las dietas estén excluidas de la base

de cotización no es tanto el objeto o modalidad contractual, como el hecho de que los trabajadores para realizar la obra o servicio tengan que desplazarse temporalmente desde un lugar habitual a un punto distinto donde se encuentra la obra y éste no sea el lugar de su residencia habitual. En el caso concreto, se considera acreditado que los trabajadores para el mantenimiento de un trazado ferroviario tenían asignada una concreta base de mantenimiento, desde la cual, en caso de incidencia, debían desplazarse a un concreto punto kilométrico. Y, a la vista de todo lo anterior, se concluye que los gastos de manutención y alojamiento generados por estos desplazamientos temporales desde la base operacional asignada, que hace las veces de un centro de trabajo habitual, a otras localidades para realizar obras de mantenimiento concretas y determinadas deben considerarse como dietas excluidas de la base de cotización.

STS de 21 de diciembre de 2023 (Rº 2900/2021): es la actividad preponderante lo que determina el convenio colectivo aplicable, de modo que al no quedar incluida en ningún convenio es válido el pacto entre las partes sobre el concreto convenio aplicable.

Reiterando la doctrina unificada sentada en otro precedente, el TS concluye en este supuesto que, atendiendo a que la actividad preponderante de la empresa consiste en comercializar e intermediar, como agente o distribuidor, entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, siendo la actividad secundaria la venta de terminales móviles, no se detecta ningún convenio colectivo que resulte de aplicación y, por consiguiente, el convenio pretendido por la parte trabajadora no resulta de aplicación al haber lícitamente optado las partes por aplicar otro. Entiende, por tanto, el Tribunal que, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes, en virtud de la autonomía contractual, acuerden la aplicación de un determinado convenio, no vulnerándose en tal caso el derecho a la negociación colectiva, ni la prohibición de pactar condiciones contractuales menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

STS de 11 de enero de 2024 (Rº 3148/2021): el tiempo en que un conductor acompaña al vehículo transportado en ferry no es un tiempo de descanso sino un “tiempo de presencia”.

Confirmando el criterio de la sentencia de suplicación, en esta STS se aborda la cuestión relativa a la calificación del tiempo durante el cual un trabajador transporta mercancías entre Valencia y Palma o Ibiza, acompañando el vehículo transportado durante el embarque y disfrutando de camarote en el ferry durante los trayectos. El Tribunal entiende que estamos ante un “tiempo de presencia”, que debe ser retribuido de conformidad con el art. 10.4 del RD 1561/1995, en virtud del cual se consideran como tal los periodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para

responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos. Concretamente, en el caso analizado, aunque el vehículo está estacionado a todos los efectos hasta llegar a destino, la sentencia llega a la conclusión de que estamos ante un “tiempo de presencia” por existir la posibilidad de que el trabajador tuviera que realizar algún movimiento con el si fuera requerido para ello, no pudiendo tampoco abandonar en ningún momento la embarcación y, por tanto, disponer libremente de su tiempo. Para fundamentar tal conclusión, el Tribunal entiende que el 10.4 a) del RD 1561/1995 y la normativa convencional aplicable establecen una presunción de “tiempo de presencia”, que no quedaría desmentida por el hecho de que el artículo 9 del Reglamento europeo 561/2006 parezca partir de la premisa de que se considera tiempo descanso cuando el trabajador dispone de litera para el descanso, pues dicho Reglamento permite previsiones más favorables para los trabajadores.

SAN de 25 de enero de 2024 (R° 275/2023): los permisos retribuidos de los apartados b) y b.bis) del art. 37.3 ET se disfrutan en días laborables.

Se cuestionan en este procedimiento las cláusulas del convenio colectivo para el sector del contact center que establecen que los días de permiso retribuido de los trabajadores por accidente de cónyuge o persona asimilada y por fallecimiento de cónyuge o persona asimilada son días naturales. La Audiencia Nacional razona en diferente plano acerca de ambos permisos. Con respecto al primero, explica que el convenio colectivo es un desarrollo del apartado b) del art. 37.3 ET, precepto que transpone el art. 6 de la Directiva 2019/1158, que obliga a los Estados a reconocer un permiso de cinco días laborables. La Audiencia interpreta el art. 37.3.b) ET a la luz de la Directiva y declara que los cinco días de permiso reconocidos en nuestra legislación son hábiles, no naturales. Lo que comporta, según la Audiencia, la ilegalidad de la cláusula del convenio que mide la duración de este permiso en días naturales. En cuanto al permiso por fallecimiento de cónyuge, la Audiencia considera que el convenio es un desarrollo del apartado b.bis) del art. 37.3 ET y que este precepto no constituye un desarrollo de la Directiva, sino que se trata de un permiso ya existente en nuestra legislación al que por razones de técnica jurídica se le da nueva ubicación. Lo que conduce a aplicar la jurisprudencia sobre el carácter mínimo para el convenio colectivo del art. 37.3 ET y a declarar que los dos días de permiso que reconoce el convenio son, también, días hábiles; y es que, según la Sala, para poder admitir la validez del carácter natural de los días del permiso establecido en el precepto convencional es necesario que el convenio introduzca una mejora, inexistente en este caso, respecto a su configuración legal.

STSJ Canarias de 8 de junio de 2023 (R° 191/2023): despido por causas productivas y organizativas improcedente, pero no nulo, por ausencia de una conexión entre la reducción de jornada por razones familiares y la decisión de despido.

Un trabajador presta servicios como ingeniero técnico-topógrafo con carácter habitual en Gran Canaria y también en otras islas del archipiélago mediante desplazamien-

tos temporales. La empresa le propone que se traslade a la isla de Gomera, exponiendo que en otro caso debería plantear un despido objetivo por falta de trabajo, y el trabajador manifiesta desagrado. 5 días después, a primera hora de la mañana, el citado trabajador, padre de un menor de 4 años, solicita una reducción de jornada por guarda legal ex art. 37.5 ET. Ese mismo día, por la tarde, la empresa le dirige una carta mediante la que comunica su despido, con efectos desde ese mismo momento, por causas productivas y organizativas. El Tribunal canario confirma la sentencia de instancia, que apreció la improcedencia del despido y no su nulidad. La no concurrencia de causa ETOP se justifica en que la empresa no consigue probar la disminución productiva y/o la necesidad de reajuste o reestructuración productiva, puesto que las obras en cuya ejecución participaba dicho trabajador continuaron desarrollándose tras su despido. De otra parte, se entiende también que la solicitud de reducción de jornada por guarda legal origina una actuación de aparente ejercicio de un derecho de conciliación a los solos efectos de conseguir un “blindaje” frente a la decisión empresarial de despido. Esta decisión era conocida por el trabajador antes de solicitar la reducción de jornada, lo que desconecta el despido de dicha solicitud y coloca al trabajador en un actuar fraudulento.

STSJ País Vasco de 27 de junio de 2023 (Rº 226/2023): el informe de un médico de atención primaria es insuficiente por sí mismo para calificar una baja por ansiedad como accidente de trabajo.

El problema que resuelve esta sentencia se origina porque una trabajadora del servicio de limpieza de una residencia de mayores no quiso vacunarse contra la covid-19. La empresa trató de convencerla, pero la trabajadora se cerró en banda, ante lo cual, la empresa destinó a la trabajadora a limpiar las zonas menos confluidas y le dio instrucciones acerca de la necesidad de utilizar todas las medidas para prevenir contagios. La trabajadora expuso a la directora del centro que se sentía discriminada por no haber querido vacunarse y que necesitaba que la empresa aligerase la situación. Algo más adelante, la trabajadora causó baja por ansiedad, existiendo un informe del servicio de salud que expresa que la ansiedad derivó del contexto laboral. La trabajadora impugnó la decisión del INSS de declarar su baja como contingencia común, que se confirmó tanto en instancia como en suplicación. El Tribunal ratifica el criterio de magistrado de instancia, en el sentido de quitar valor al informe que apunta al contexto laboral como origen de la patología, entendiendo que dicho informe revela una subjetividad respecto a lo determinado en el diagnóstico que no está amparada en pruebas objetivas. El Tribunal señala que, aunque riesgos psicosociales como el estrés laboral se originan en contextos que pueden deberse a la forma del trabajo, también existe la posibilidad de que sea la propia persona trabajadora la que somatice esos síntomas. Según esta sentencia, las enfermedades no listadas como profesionales solo merecen la consideración de accidente de trabajo cuando su causa exclusiva sea la ejecución del trabajo. De modo que, para que una determinada patología pueda merecer esa calificación, no basta con que esté relacionada, de manera más o menos directa, con la actividad laboral, siendo indispensable que derive únicamente del ejercicio profesional, lo que excluye aquellos supuestos en que la actividad laboral ha podido interactuar con otros agentes en la aparición de la patología.

SSTSJ Madrid de 30 de junio de 2023 (R° 755/2022) y de 12 de enero de 2024 (R° 736/2023): inexistencia de derecho al traslado del domicilio familiar con teletrabajo al 100% ex art. 34.8 ET

El teletrabajo en aplicación de las medidas de contención sanitaria adoptadas por nuestros Poderes Públicos en materia laboral con vocación de temporalidad no responde a una voluntad unilateral de la empresa ni a un acuerdo de voluntades, sino a la fuerza mayor consecuencia de la covid-19. El problema que resuelve esta sentencia se origina porque, una vez superada la pandemia, una trabajadora con responsabilidades familiares solicita una prórroga de esa situación de teletrabajo que le es concedida por la empresa. Durante el transcurso de esta prórroga la trabajadora y su cónyuge fijan su nuevo lugar de residencia a 500km de su centro de trabajo, tienen una hija y la trabajadora disfruta del correspondiente permiso de maternidad. Próxima la finalización de la prórroga, la trabajadora solicita a la empresa, con fundamento en el art. 34.8 ET, consolidar su situación de facto de trabajo 100% a distancia. La sentencia de suplicación confirma la de instancia, que denegó la petición. El derecho del art. 34.8 ET es un derecho a solicitar el correspondiente régimen, que ha de ser razonable y proporcionado desde la perspectiva de ambas partes de la relación laboral. Recuerda también el Tribunal que el teletrabajo es voluntario para el trabajador pero también para la empresa (art. 5.1 10/2021). La empresa argumenta de forma razonable por qué es necesaria la presencia de la trabajadora en el centro de trabajo y le propone una alternativa, que es también razonable y que la trabajadora no acepta. En estas condiciones, no existiendo en el art. 34.8 ET una especie de derecho del trabajador al traslado, la trabajadora no puede pretender que su empresario acepte que el cambio de domicilio unilateralmente decidido por ella condicione la forma en que la empresa organiza el trabajo. La situación previa de teletrabajo, afirma este Tribunal, no puede ser considerada como vinculante ni genera un derecho a mantener indefinidamente tal método de trabajo. Esta misma tesis, en fin, del no reconocimiento en el art. 34.8 ET del derecho del trabajador a decidir un traslado de domicilio familiar con teletrabajo 100% a distancia sirve a este mismo Tribunal, en sentencia de 12 de enero de 2024 (R° 736/2023), para justificar el despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo, desobediencia y transgresión de la buena fe contractual de una trabajadora del sector de la banca que trasladó su domicilio a Méjico por motivos laborales de su esposo, solicitando teletrabajar desde ese país, ex art. 34.8 ET, por tener dos hijos menores de edad, sin atender e incumpliendo los requerimientos de la entidad bancaria de reincorporación a su puesto de trabajo.

STSJ Galicia de 15 de septiembre de 2023 (R° 2042/2023): despido disciplinario reconocido como improcedente, pero no nulo, tras negativa a transformar contrato fijo ordinario en fijo discontinuo.

Una empresa sufre una parada de actividad por ausencia de contratas y activa un expediente de reorganización productiva consistente en la transformación de contratos fijo ordinarios en fijo discontinuos. El expediente finaliza sin acuerdo. Sin solución de

continuidad, la empresa mantiene charlas con los trabajadores a resultas de las cuales varios trabajadores aceptan la conversión de sus contratos. Al trabajador recurrente en este proceso se le ofrece reconsiderar su negativa, cosa que no acepta y que conduce a la empresa a comunicarle su despido disciplinario, que la empresa reconoce como improcedente. La sentencia de instancia entiende que no hay coacción al trabajador, que el despido no es una represalia y que la empresa hubiera podido explorar otras alternativas, como una modificación sustancial con una indemnización, en su caso, menor. El Tribunal gallego confirma esta resolución, explicando que el despido disciplinario fue por razones de reestructuración, no por otros motivos, y que la empresa reconoció su improcedencia para no perjudicar al trabajador con una indemnización menor. Valora esta sentencia que, concurriendo un cese de actividad que hace imposible el mantenimiento de los contratos, negar la posibilidad de utilizar de esta forma el poder disciplinario empresarial implicaría dejar en manos de los trabajadores la gestión de la empresa.

STSJ Madrid de 30 de octubre de 2023 (R° 181/2023): accidente de empleada de hogar en el hogar familiar que ni es de trabajo ni cubre el seguro de la vivienda

Una cláusula de un seguro de hogar que cubre la responsabilidad civil del asegurado hasta determinado tope y que excluye los daños que puedan sufrir los empleados domésticos es, según esta sentencia, una cláusula delimitadora del riesgo, no una cláusula limitativa, válida, por pertenecer al ámbito de la autonomía de la voluntad, en tanto en cuanto define, eliminando ambigüedades, y concreta la naturaleza de dicho riesgo en coherencia con el objeto del contrato de seguro. Por otra parte, la caída de la empleada de hogar por rotura de la barandilla de la escalera de la planta superior del hogar mientras efectuaba tareas de limpieza, tratándose de una barandilla que incumple requisitos del Código Técnico de la Edificación pero solo para impedir la escalada de niños, es una circunstancia absolutamente fortuita que escapa al control del empleador y que le exime de responder por incumplimiento de norma de seguridad alguna. Las características técnicas de esta escalera podrían ser peligrosas de cara a accidentes infantiles, pero, entiende este Tribunal, el supuesto que resuelve no coincide con esta tesitura y no equivale a falta de medidas de seguridad en el trabajo comunes a todos los trabajadores. Esta sentencia confirma los razonamientos de la de instancia, en el sentido de que la finalidad del deber de cuidado del art. 7.2 RD 1620/2011 es genérica y carece de desarrollo para poder comprobar las medidas concretas que hay que adoptar. La obligación de los empleadores en este caso era únicamente el cuidar que el trabajo del empleado de hogar se realizase en las debidas condiciones de seguridad y salud.

STSJ Canarias de 2 de noviembre de 2023 (R° 453/2022): la modificación de los periodos de actividad en el trabajo fijo discontinuo no es modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET.

En el pliego de prescripciones técnicas de una contrata de limpieza de las instalaciones municipales de Sta. Cruz de Tenerife (colegios públicos y dependencias mu-

nicipales) figura que las actividades de limpieza deben realizarse durante 10 meses al año. Los trabajadores adscritos a dicha contrata eran habitualmente llamados al trabajo el 1 de septiembre de cada año y finalizaban su actividad el 30 de junio del año siguiente. Para el curso escolar 2021/22, la empresa comunica a los trabajadores de dicha contrata que, con ocasión de la covid-19 y la necesidad de reforzar la limpieza, la corporación local contratante exige un incremento del número de horas de prestación del servicio de limpieza, lo que hace necesario adelantar en 5 días el inicio del periodo de actividad, fijándolo en el 25 de agosto. Los trabajadores recurren, a través de sus representantes, esta actuación empresarial, por considerar que se trata de una modificación sustancial que debe observar los trámites del art. 41 ET. Y la demanda, tanto en instancia como en suplicación, se desestima. Lleva a cabo el Tribunal sendas teorizaciones sobre los requisitos para poder aplicar el art. 41 ET y sobre el régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo. En un caso manifiesta, entre otras cosas, que el poder de modificar sustancialmente condiciones de trabajo es una derivada en el ámbito laboral de la libertad de empresa del art. 38 CE; y argumenta, respecto del trabajo fijo discontinuo, que se trata de una modalidad contractual que carece de fecha fija de llamamiento. Sobre estas bases, concluye el citado Tribunal que la modificación de la fecha de llamamiento de los trabajadores de esa contrata no es una modificación sustancial del art. 41 ET porque se trata de una posibilidad inherente a la naturaleza del vínculo contractual fijo discontinuo, basada en necesidades de la propia actividad de la empresa, que, además, hace inviable poder apreciar la existencia de una condición más beneficiosa.

STSJ Madrid de 29 de noviembre de 2023 (Rº 663/2023): inexistencia de relación laboral especial de abogados que prestan servicios en despachos de abogados.

Un abogado se presenta en su perfil de LinkedIn como asociado de un despacho especializado en distintas áreas del Derecho. En la web corporativa del despacho figura este abogado como socio especializado en proceso civil. Esta persona acude todos los días al despacho entre las 10 y las 14h y también por las tardes, con horario libre. El despacho facilita los clientes, pero el abogado gira facturas directamente a los clientes. En desarrollo de su actividad profesional, el abogado no queda sujeto a directrices o normas de actuación impartidas por el despacho. Los medios y materiales de trabajo los proporciona el despacho, girando trimestralmente facturas al abogado en tal concepto. En estas condiciones, entiende la Sala, confirmando la sentencia de instancia, que no resulta aplicable el RD 1331/2006, que regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. El Tribunal aplica las excepciones a la aplicación del RD 1331/2006 previstas en las letras d) y e) de su art. 1.2, respectivamente referidas, de una parte, a abogados contratados por un despacho que actúan con criterios organizativos propios, cuya contraprestación económica está vinculada enteramente a la obtención de un resultado sin ingreso mínimo garantizado por el despacho, y, de otra parte, a abogados contratados por un despacho que obtienen autorización del

despacho para desarrollar otras actividades profesionales con sus propios clientes, facturando directamente a los clientes.

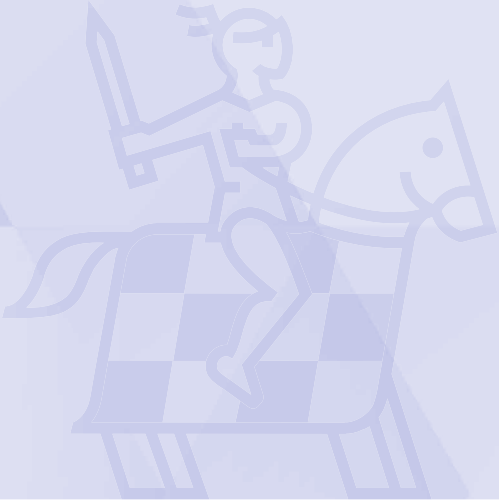
STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2023 (Rº 672/2023): competencia jurisdiccional por razón del territorio en escenarios de trabajo a distancia.

Un contrato de trabajo a distancia adscribe al trabajador al centro de trabajo que la empresa tiene en Tudela (Navarra). Demanda por despido este trabajador en un juzgado de Madrid, el cual dicta auto de inadmisión de la demanda por falta de competencia territorial advirtiéndole que el derecho puede ejercitarse ante los juzgados de Tudela. Recurrido este auto en suplicación, estima el Tribunal madrileño que, por lo que respecta al teletrabajo, supuesto donde resulta dificultoso conocer cuál es el lugar de prestación de los servicios, existe un vacío legal en el art. 10.1 LRJS cuando atribuye competencia al juzgado del lugar de prestación de los servicios y que este vacío tiene que salvarse aplicando las reglas especiales de la Ley 10/2021, de Trabajo a distancia. La primera regla es el art. 7.e) LTD, que establece que el acuerdo de trabajo a distancia debe incluir el centro de trabajo al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, esta habrá de desarrollar la parte de jornada presencial. Considera el Tribunal que, desde el punto de vista legal, esta regla implica que la voluntad del legislador es considerar que el teletrabajo se presta en el centro físico donde se realiza parte de la jornada presencial. La segunda regla es la DA 3ª LTD, que establece que, a efectos de considerar quién es la Autoridad laboral competente y cuáles son los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, el domicilio que hay que considerar como referencia es el que figura en el contrato de trabajo. Para el Tribunal, el legislador quiere, de cara a la Autoridad laboral, que el domicilio sea el que conste en el contrato o el del lugar donde se preste físicamente la parte de servicio presencial. En aplicación de estas reglas, se confirma la competencia territorial del juzgado tudelano y se apunta una doble conclusión: 1ª) Si existe una parte de trabajo presencial, el juzgado competente es el del lugar donde se realiza dicho trabajo presencial; y, 2ª) Si el trabajo se presta en su totalidad a distancia, la competencia corresponde al órgano judicial del domicilio que figura en el contrato de la persona trabajadora a distancia.

STSJ Castilla-León de 1 de febrero de 2024 (Rº 819/2023): el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT no exige audiencia previa al trabajador en caso de despido disciplinario y no es directamente aplicable.

Reitera esta sentencia la doctrina contenida en sentencias previas de la misma Sala (sentencias de 11 de octubre de 2023 —Rº 629/2023— y de 26 de octubre de 2023 —Rº 632/2023—) para confirmar, con cita de sendas sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1988, que el procedimiento de despido disciplinario del art. 55.1 ET cumple ampliamente la finalidad de garantizar al trabajador afectado la posibilidad de defensa que quiere el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT cuando previene que el despido no podrá ser efectivo antes de que se ofrezca al trabajador la

posibilidad de defenderse de los cargos que se le imputan. Estima el Tribunal que la STSJ Islas Baleares de 13 de febrero de 2023 (Rº 454/2022), que resolvió en sentido contrario, declarando que la citada norma internacional modifica nuestro régimen formal de despido porque introduce una obligación empresarial de dar audiencia previa al trabajador, no es una sentencia hábil para fundamentar una revisión jurídica en suplicación porque no es jurisprudencia. Expone asimismo el citado Tribunal que la norma internacional controvertida rige tan solo con carácter indirecto, a la espera de su introducción en nuestro sistema de despido por una disposición legislativa o por convenio colectivo, pues así se sigue del art. 1 del mismo Convenio de la OIT cuando encarga a la legislación nacional la tarea de dar efecto a sus disposiciones. Todo cual conduce a esta sentencia a declarar que la carta de despido entregada al trabajador delimita bien los cargos que la empresa le atribuye, que estos cargos son los únicos cargos que pueden ser discutidos en el proceso de despido, y que ello constituye garantía suficiente para el trabajador, al poder defenderse de ellos.



Sobre la revista

Trabajo y Empresa, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tirant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

Trabajo y Empresa, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial*: se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.

Equipo editorial

El primer compromiso de **Trabajo y Empresa** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Secretario de redacción:

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

Comité de redacción

María Amparo García Rubio
Profesora Titular. Universidad de Valencia.

Juan Gil Plana.
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Mónica Llano Sánchez
Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompарт Bennàssar
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Enrique Nores Torres
Profesor Titular. Universidad de Valencia.

Margarita Tarabini-Castellani Aznar.
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Javier Thibault Aranda
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Comité científico

Raquel Aguilera Izquierdo

Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Icíar Alzaga Ruiz

Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Stefano Bellomo

Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.

Ángel Blasco Pellicer

Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.

Alberto Cámara Botía

Catedrático. Universidad de Murcia.

Maria Teresa Carinci

Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.

María Antonia Castro Argüelles

Catedrática. Universidad de Oviedo.

Francisco Javier Gárate Castro

Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

Salvador del Rey Guanter

Catedrático. Esade Law School.

Juan García Blasco

Catedrático. Universidad de Zaragoza.

Joaquín García Murcia

Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Magistrado del Tribunal Supremo.

José María Goerlich Peset

Catedrático. Universidad de Valencia.

Jesús Lahera Forteza
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

María Lourdes López Cumbre
Catedrática. Universidad de Cantabria.

Manuel Luque Parra
Catedrático. Universidad Pompeu Fabra.

Jesús Martínez Girón
Catedrático. Universidad de A Coruña.

Jesús Mercader Uguina
Catedrático. Universidad Carlos III de Madrid.

José Luis Monereo Pérez
Catedrático. Universidad de Granada.

Erik Monreal Bringsvaerd
Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Ana Orellana Cano
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Rosario Palma Ramalho
Catedrática. Universidad de Lisboa.

Antonio Preteroti. Ordinario
Università degli studi di Perugia.

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática. Universidad de La Laguna.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático. Universidad de Sevilla.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática. Universidad de Valencia.

Carmen Sáez Lara
Catedrática. Universidad de Córdoba.

Carolina San Martín Mazzucconi
Catedrática. Universidad Rey Juan Carlos.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Wilfredo Sanguineti Raymond
Catedrático. Universidad de Salamanca.

Concepción Rosario Ureste García
Magistrada del Tribunal Supremo.



Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales

Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

Criterios generales para la presentación y remisión de originales

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los

autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado “Sistema de numeración decimal de capítulos” y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): “Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación”, en Ramos Ramos, María (coord.): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): “The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context”, *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daouidi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

trabajoempresa.revista@gmail.com

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

