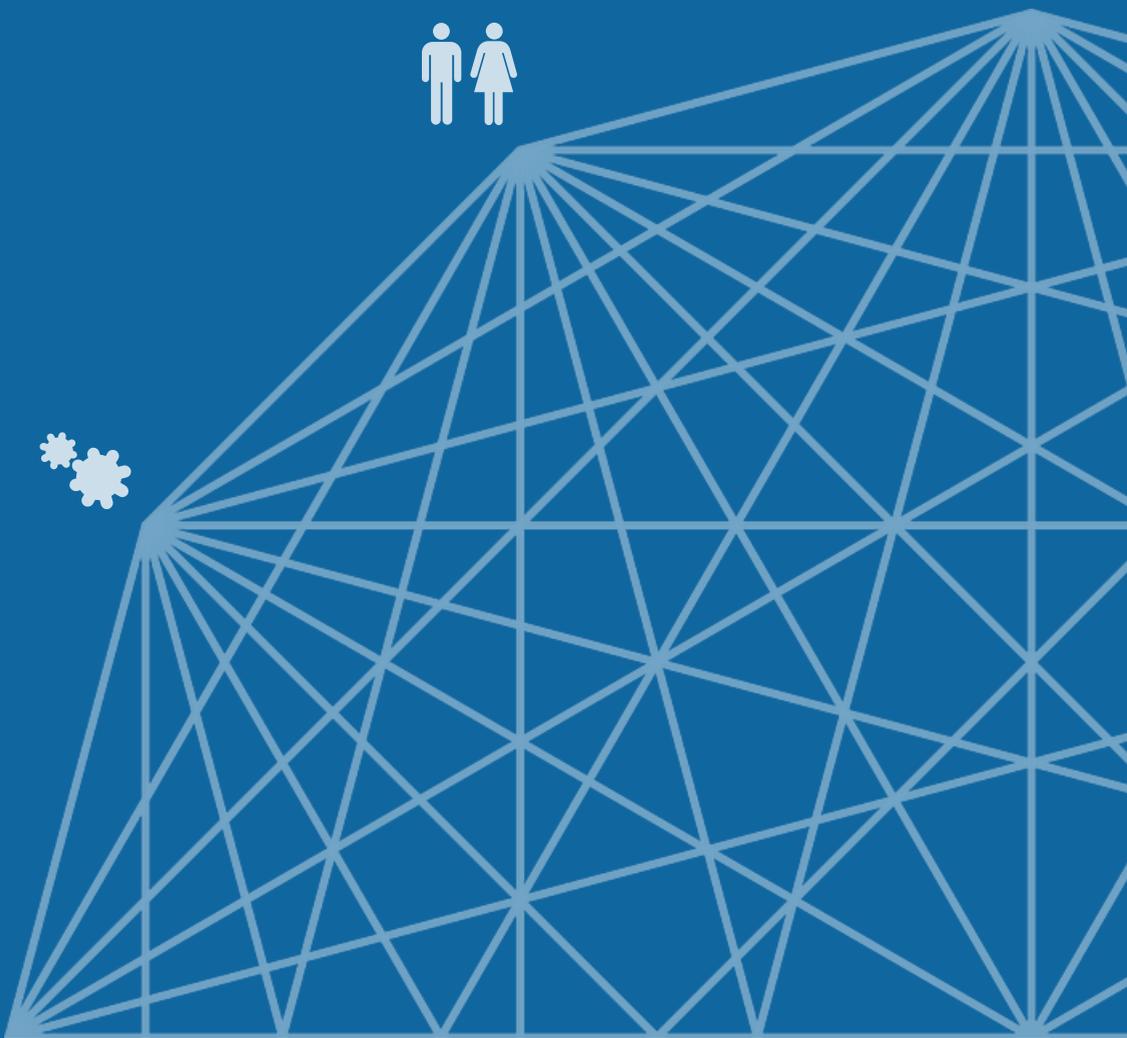


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Diciembre 2022. N° 6

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6

Sevilla, 2022

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)
Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)
Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)
Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)
María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)
Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)
Iluminada Fera Basilio (Universidad de Huelva)
Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)
Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)
María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)
Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)
Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)
Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)
Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)
María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)
Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)

José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)

Cristina Alessi (Università di Brescia)

Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)

Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)

Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)

Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)

Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)

Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)

Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)

Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)

Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)

María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)

Patrizia Tullini (Università di Bologna)

Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)

Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)

Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT

José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales

Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES.

Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación Open Acces y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de Trabajo, Persona, Derecho, Mercado no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

Este número de la Revista TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO se enmarca dentro de los resultados del Proyecto de Investigación FEDER-US 2018 denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479). Proyecto financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional Una manera de hacer Europa. Además, este número 6 cuenta con una subvención del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Sevilla para Revistas de la Universidad de Sevilla.



© Editorial Universidad de Sevilla

C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla

Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443 Correo electrónico: eus2@us.es

<https://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2022

<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>

Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.

Maquetación: Referencias Cruzadas.

referencias.maquetacion@gmail.com

ÍNDICE

El Consejo Editorial	
<i>In Memoriam</i> : Doctor Bartolomé Clavero Salvador	11
Miguel Rodríguez-Piñero, director	
<i>Editorial</i> : “Años de reformas: esto no se ha terminado”	15

FIRMA INVITADA

Rocío Blanco Eguren	
La nueva Reforma laboral. El valor del consenso para un tiempo nuevo	25

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Pablo Gimeno Díaz de Atauri	
La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español	37
<i>The Directive on adequate minimum wages in the European Union: content and impact of its transposition into Spanish law</i>	
Carmen Ferradans Caramés	
Las retribuciones variables de altos directivos, o miembros de Consejo de Administración, de empresas perceptoras de fondos públicos.....	71
<i>Variable remuneration of senior managers or members of the board of directors of publicly funded companies</i>	
Juan Carlos Álvarez Cortés	
La reforma de la cotización de los autónomos en el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio: la cotización por ingresos reales como regla general. Una aproximación a la norma.....	101
<i>The reform of contributions for the self-employed workers in RD-Law 13/2022, of 26 july: contributions based on real income as a general rule. An approach to the regulation</i>	

Andrés Urbano Medina

- Elementos conformadores de la relación laboral en el trabajo en plataformas digitales. La lucha por el derecho del trabajo desde la perspectiva nacional y europea 137
Conforming elements of the labor relationship at work on digital platforms. The struggle for labor law from the national and european perspective

Silvia Fernández Martínez

- LA CONSIDERACIÓN DE LA COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL: UN ANÁLISIS DESDE LA NORMATIVA PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD SOCIAL 161
The consideration of COVID-19 as an occupational disease: an analysis from the point of view of Occupational Health and Safety and Social Security regulations

Silvia Morales Carrizo

- Mujeres de la salud: entre el trabajo y la vida cotidiana. Un estudio de los factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud de la ciudad de Santa Fe, Argentina 181
Women in health: between work and everyday life. A study of the factors that influence the role assumed by professional women in the health sector in the city of Santa Fe, Argentina.

ANÁLISIS DOCTRINA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL

Alejandro Zalvide Bassadone

- Modificación sustancial de las propinas al amparo del artículo 41 del estatuto de los trabajadores 229
Substantial modification of tips under article 41 of the workers' statute

COLABORACIÓN NOVEL

Jaime Román Lemos

- La transgresión de la buena fe contractual en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia: casuística y algunos aspectos doctrinales destacados 249
Contractual good faith transgression in the recent pronouncements of the Spanish High Courts of Justice: casuistry and some distinguished doctrinal aspects

Índice 9

FROM MY WORKSPACE

Manuel Alonso Escacena
El despido sin causa, o con causa falsa: ¿nulidad o improcedencia? 295

AGENDA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca 309

Normas para los autores de la Revista *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 311

Compromiso ético para publicación de artículos 317

IN MEMORIAM

DOCTOR BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR

Por su relación con el mundo del Derecho del Trabajo, el Consejo Editorial de *TPDM* desea dedicar este número al Prof. Dr. D. Bartolomé Clavero Salvador (Madrid, 25 de mayo de 1947-Sevilla, 22 de septiembre de 2022), Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla. Inició su carrera académica bajo la dirección del Prof. Dr. D. José Martínez Gijón, y tuvo profundos vínculos con los más brillantes historiadores del Derecho de los largos años durante los cuales se dedicó a esta disciplina, como lo fueron Francisco Tomás y Valiente, Paolo Grossi y Antonio Espanha, entre otros muchos. El Profesor Clavero Salvador –conocido como “Pipo”- deja una profunda estela de discípulos dedicados a esa disciplina, y a las otras de las que se ocupó durante su fructífera vida académica.

En Pipo Clavero encontramos varios perfiles, y varias biografías intelectuales. Del estudioso del Antiguo Régimen y del *Ius Commune*, al experto en el movimiento codificador; del maestro en el estudio de la historia de las Constituciones al investigador en Derecho Internacional. Y, no por encima de todo lo demás pero sin duda ocupando un lugar destacado, fue uno de los padres del estudio contemporáneo del Derecho indígena, al que dedicó años de entusiasta estudio y de valiente praxis.

Fue historiador del Derecho, sí, pero también constitucionalista, filósofo político, defensor de los pueblos indígenas, abogado de la memoria histórica, crítico de la formación del jurista a lo largo de la historia. Muchos Pupos hubo, y en todas estas comunidades hizo sentir su presencia, como ahora sentimos su ausencia.

También fue un historiador del Derecho del Trabajo. Su vinculación con la comunidad iuslaboralista española tiene raíces familiares, pero también resultó perfectamente coherente con su visión sobre la función del Derecho en la sociedad, y con la especial sensibilidad hacia estos temas de su generación, de la que surgieron numerosas vocaciones que se transformaron en algunos de los perfiles más notables de nuestra comunidad académica.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

En relación con la materia laboral demostró un marcado interés por el Derecho del Trabajo, un interés que se mantuvo a lo largo de su larga carrera académica, durante la cual tuvo ocasión de realizar importantes aportaciones al conocimiento de los orígenes históricos de esta disciplina. Y lo hizo no solo desde la perspectiva de los textos legales (en cuyo análisis nos descubrió algunos de gran relevancia que habían pasado desapercibidos para la comunidad iuslaboralista española), sino también centrado en los debates académicos que precedieron al nacimiento del Derecho del Trabajo en nuestro país.

Publica ya en 1979 una “Noticia del socialismo jurídico en España”, en el número 28 de la Revista *Sistema*. Y en este mismo año vio la luz su importante edición de la fundamental obra de Giuseppe Salvioli *El Derecho Civil y el proletariado*, en la Colección del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Su artículo “Institución de la Reforma social y constitucionalización del Derecho del Trabajo” (*Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 59/1989, y *Revista Española Civitas de Derecho del Trabajo*, nº 41/1995) supuso un factor relevante para el conocimiento del momento reformador que llevó a la aprobación de las primeras disposiciones de lo que podemos considerar el Derecho del Trabajo moderno, a partir de un profundo y completo análisis de la bibliografía existente en ese momento. Fue un artículo de cita obligada para generaciones de académicos cuando estudiaban el origen histórico de esta disciplina. El hecho de que fuera publicada en un soporte tan importante como la *Revista Española de Derecho del Trabajo* de la editorial Civitas explica, en parte, este impacto.

Considerado universalmente como uno de los mayores expertos mundiales en el estudio de la codificación, dentro de su obra sobre esta materia encontramos una muy interesante aportación al conocimiento de los primeros años de la legislación laboral, en su artículo “Derecho liberal y laboral entre código y cultura”, publicado en el año 2001 en la reputada y añorada Revista *Relaciones Laborales*.

Hubo una línea de trabajo sobre el pasado colonial español en la que se centró en unos aspectos laborales que los laboristas no habíamos encontrado, o no habíamos querido encontrar. Comienza en 2006 con el Estudio “Sombra de Constitución: Derecho del Trabajo en Guinea, 1843-1869”, publicado como contribución al libro coordinado por los profesores Casas Baamonde, Cruz Villalón y Durán López *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, un libro homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, al que le unían lazos familiares y de diálogo intelectual. Ese mismo año se publica, como el número 35 de sus tan queridos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de su amigo Paolo Grossi, *Bioko, 1837-1876: constitucionalismo de Europa en África Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo mediante*.

Una atención especial merece un trabajo muy querido para él, el capítulo “Derecho Constitucional del Trabajo ayer y hoy: (diálogo con Manuel Ramón)”, publicado

en los Estudios en recuerdo de su amigo el profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Estos Estudios, *Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la Protección Social*, se publicaron bajo la dirección de sus compañeros los profesores Cruz Villalón, Gómez Muñoz y Rodríguez-Ramos Velasco, dentro de la Colección de Monografías de la Revista *Temas Laborales* en el año 2016, para homenajear a otro maestro prematuramente desaparecido y muy llorado.

Los laboristas andaluces le invitamos a pronunciar la Conferencia inaugural de las XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, por su condición de historiador de las Constituciones, al celebrarse estas jornadas en Cádiz el mismo año (2012) en que se conmemoraba el Centenario de la Constitución de 1812. En aquella ocasión, el Profesor Clavero Salvador disertó sobre “Antropología del sujeto de derechos en Cádiz, con particular atención al trabajo y al género” (*Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Actas de las Jornadas, Monografías de Temas Laborales, nº 51, Edit. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2013).

No son éstos los únicos trabajos que publicó sobre el Derecho del Trabajo, sobre sus normas, sobre su origen, sobre su cultura. Está en curso un estudio completo sobre esta contribución para poder conocer mejor a Pipo Clavero historiador del Derecho del Trabajo, al que los iuslaboristas considerábamos uno de los nuestros, un maestro al que respetar y escuchar. Y al que echar de menos.

El Consejo Editorial

EDITORIAL

“AÑOS DE REFORMAS: ESTO NO SE HA TERMINADO”

Miguel Rodríguez-Piñero, director

En España llamamos a las reformas por el año en que se aprobaron, lo que tenía sentido cuando nuestra manera de cambiar las leyes era mediante largos procesos que se traducían en grandes paquetes legislativos que, concentrados un único Real Decreto-ley, procedían a afectar a un volumen importante de disposiciones legales, alterando en profundidad múltiples instituciones del Derecho del Trabajo. Así vinimos funcionando durante décadas, acumulando reformas de mayor o menor calado, con o sin acuerdo previo de los interlocutores sociales. Hoy esta práctica quizás no tenga tanto sentido.

En la segunda década del siglo XXI, coincidiendo con el cambio de gobierno, comenzaron a aprobarse normas que tenían este mismo efecto reformador, pero que aparecían en un formato diferente, como intervenciones monográficas sobre aspectos concretos de la regulación laboral, pensados más en resolver problemas concretos que en cambiar la dinámica del mercado de trabajo. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales fue un primer resultado de este nuevo enfoque, combinando en un mismo texto dos leyes, una de protección de datos (con algún contenido laboral) y otra de garantía de este tipo de derechos de nueva generación (en la que estos temas eran mayoritarios). Una nueva ley, monográfica y centrada en el reconocimiento de derechos a las personas que trabajan.

Poco después se aprobaron dos normas de calado y gran impacto, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; y el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Normas importantes que fortalecieron los planes de igualdad e introdujeron un nuevo derecho para las personas en las empresas, la desconexión digital.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Luego llegó la COVID. Todo cambió. Olvidamos los temas tradicionales y las prioridades políticas para centrarnos en las medidas destinadas a evitar los efectos de la pandemia sobre el empleo y las empresas. Medidas con un claro carácter coyuntural, en normas de emergencia que también tenían este carácter, pero que en algunos casos han demostrado tener un impacto mayor del originalmente previsto, al haber sobrevivido a la crisis para la que se diseñaron y convertido en elementos estructurales de nuestro ordenamiento laboral. El Derecho de la Emergencia COVID se basó en los ERTES y en el teletrabajo, y los unos y el otro siguen presentes entre nosotros, con nuevas regulaciones destinadas a perdurar y a promover un uso adecuado y sostenible de estas figuras.

El Derecho del Trabajo post-COVID demostró un vigor insospechado, dando lugar a numerosos cambios en un momento en que el diálogo social se desarrolló de manera fluida y fructífera. Acuerdo, enfoque monográfico, reconocimiento de derechos y garantía de su eficacia caracterizaron a este momento de renovación de nuestra legislación, durante el cual se pusieron de manifiesto otra forma de legislar (muy criticada por algunos) y otro lenguaje de la norma, incluyendo el uso generalizado de la expresión “persona trabajadora” para superar las limitaciones de la utilizada anteriormente con carácter general, la de “trabajador”.

El año 2021 fue uno particularmente notable desde el punto de vista de la producción normativa en el ámbito laboral, con intervenciones muy destacadas como la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Dos normas, es importante señalarlo, pioneras en Europa, que nos colocan en la vanguardia de la renovación de la legislación social del siglo XXI, mediante la construcción de un auténtico Derecho del Trabajo Digital. Este impulso culminó, justo al final del año, con la firma del acuerdo social y la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Llegados a este punto, y logrados los principales objetivos del Gobierno de coalición, cabría haber esperado una fase de relajación. Porque podría pensarse que el momento reformador había terminado con esta norma, iniciándose una nueva fase, un momento de aprender, de interpretar y de aplicar unas leyes que van a tener cierta estabilidad. Y de esperar a que los tribunales fueran elaborando una construcción que facilite su operatividad. Esto no es, sin embargo, así. Parece, por el contrario, que los cambios en la legislación laboral no han terminado, puesto que se han producido ya algunos posteriores al RDL 32/2021, y que, y esto es lo más importante, el final del año 2022 y el principio del 2023 van a traer otros aún mayores.

Empecemos con alguna novedad legislativa ya producida. Así, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha

generado un importante debate por motivos que no tienen que ver con lo que a nosotros nos ocupa. Esta norma contiene un artículo sobre prevención y sensibilización en el ámbito laboral, según el cual las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Se derivan una serie de deberes y responsabilidades para los empleadores que han pasado casi desapercibidos. En las disposiciones finales de la ley se modifican los textos refundidos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley General de la Seguridad Social, unos cambios que están ya vigentes y que afectan al núcleo duro de nuestra legislación sociolaboral.

También vigente está la reforma de la contratación laboral operada por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, con importantes novedades en materia de contratación del personal investigador en sus distintas categorías.

Al margen del Derecho ya vigente hay en curso un proceso de reforma del Código Penal que ha generado un enorme debate político y judicial, que se ha concentrado en unas pocas figuras delictivas especialmente sensibles por la situación política del país. Parece que todo se centra en la sedición y en la malversación, pero esto no es cierto y hay otros cambios previstos que pueden tener un gran alcance. La centralidad de estos dos delitos ha distraído la atención de otros cambios que pueden ser especialmente importantes. En concreto, están previstos cambios en la regulación de los delitos contra los derechos de los trabajadores, un instrumento muy útil para evitar ciertas conductas empresariales, que en nuestro país ha tenido poco uso, por la preferencia por el Derecho administrativo sancionador y por la renuencia a aplicar sanciones penales a incumplimientos de la legislación laboral (con la excepción de las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo). Con esta reforma serán objeto de sanción penal quienes impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantenga en contra de requerimiento o sanción administrativa. Este cambio regulatorio tiene todo su sentido en un contexto de lucha generalizada contra el fraude en la contratación laboral, para el que se han dispuesto instrumentos de todo tipo, que incluyen ya a la Inteligencia Artificial. Intensificar los mecanismos sancionadores para apoyar a las autoridades laborales en su lucha contra estas prácticas está justificado, aunque en este caso la razón que está detrás de esta novedad quizás sea otra, más concreta. En efecto, los primeros anuncios de que se podría ampliar la sanción penal a este tipo de conducta se producen en un momento particular, hace no muchos meses, cuando se constató la existencia de un efecto llamada en el sector de las plataformas de delivery. Me explico: tras la aprobación de la Ley 12/2021, la Ley Rider, hubo alguna de éstas que mantuvo su modelo de negocio, basado en la contratación de trabajadores

autónomos (una calificación más que discutible en muchos casos), contraviniendo así los objetivos de esta nueva legislación. El resto de las plataformas optó en un primer momento por diversas soluciones (contratación laboral y subcontratación con empresas de reparto, básicamente), abandonando la contratación de autónomos. Pero más tarde denunciaron la ventaja competitiva que estaba obteniendo la primera por no adecuarse a la nueva legislación, amenazando primero e implementando después un nuevo modelo de contratación en la que se volvía a utilizar la figura de los contratos de servicios con trabajadores por cuenta propia. Ante esta creciente resistencia a la laboralización desde el Ministerio de Trabajo y Economía Social se anunciaron medidas sancionadoras más severas para el uso irregular del trabajo autónomo, incluyendo una modificación de los tipos penales aplicables que ahora llega a adoptarse.

De esta manera, el objetivo genérico es sancionar a las empresas que recurran sistemáticamente a la contratación de falsos autónomos; aunque en la mente de todos estén las que han propiciado este nuevo tipo penal, concentradas en un sector objeto de una legislación específica no hace mucho.

El Anteproyecto de Ley de Familias, igualmente en una fase avanzada de su tramitación, introduce nuevos permisos y adapta la ordenación de los ya existentes, ampliando sustancialmente los permisos por nacimiento. Esta nueva ley estaba comprometida dentro del Componente 22 (“Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión”) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia acordado entre el Reino de España y la Unión Europea. El compromiso que asumió nuestro país fue el de aprobar una nueva ley de protección de las familias y de reconocimiento de su diversidad para proteger los diversos tipos de estructuras familiares existentes y la determinación de todas aquellas prestaciones y servicios a las que las mismas tienen derecho según sus características y niveles de ingresos.

En la presentación que de ella hace el Gobierno se identifican cuatro “pilares principales”: la ampliación de la protección social a las familias y el apoyo a la crianza; avanzar en la garantía del derecho a la conciliación; el pleno reconocimiento jurídico de los distintos tipos de familias que ya existen en nuestro país; y el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Cada uno de estos pilares genera una serie de modificaciones de la legislación vigente.

De esta manera, para ampliar la protección social a las familias se amplía la renta crianza de 100 euros al mes para un mayor número de familias con hijos e hijas de cero a tres años. Se establece una categoría de “Familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza”, a efectos de una protección social incrementada. Se amplía el concepto de familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza de categoría especial, que ahora incluyen a las familias que hasta ahora eran consideradas numerosas de categoría general como aquellas con cuatro hijos (en vez de cinco); las familias con tres hijos en caso de parto múltiple (en vez de cuatro), y las familias con tres hijos y bajos ingresos.

Para garantizar del derecho a la conciliación se crean tres permisos de cuidados: un permiso por cuidado de cinco días al año, retribuidos, para atender a un familiar hasta 2º grado o conviviente, que los trabajadores o trabajadoras podrán utilizar en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que necesite reposo; un permiso parental de ocho semanas, que podrán disfrutarse de forma continua o discontinua, hasta que el menor cumpla ocho años y un permiso por ausencia por fuerza mayor familiar que requiera atención inmediata, que será de cuatro días retribuidos al año y que se podrá disfrutar por horas.

Se incluyen otras medidas con esta finalidad, como extender el subsidio por nacimiento y cuidado no contributivo a adoptantes y familias de acogida; ampliar la pensión de orfandad un año, hasta los 26; y aumentar el permiso por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave hasta los 26 años en caso de discapacidad.

Adicionalmente se avanza en el reconocimiento de los distintos tipos de familias, incluyendo la equiparación de derechos entre los matrimonios y las parejas de hecho, y la contemplación de distintos modelos de unidad familiar.

Otra medida que requiere atención es el Proyecto de Ley para proteger a las personas que informen sobre corrupción, conocida como “Ley de los Alertadores” (o de los Whistleblowers). Ésta se ha elaborado para dar cumplimiento a obligaciones unioneuropeas, transponiendo la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea (UE). Servirá, a la vez, para dar cumplimiento a una serie de objetivos del Plan de acción del Gobierno en la lucha contra la corrupción. Encontramos en el texto disponible obligaciones para las empresas, algunas de claro contenido laboral. Por ejemplo, se prevé que sindicatos y organizaciones empresariales, así como las fundaciones que dependan de estos, queden obligados a contar con un sistema interno de información, siempre que gestionen fondos públicos. Es interesante que el umbral para determinar la obligatoriedad del sistema interno de formación se calcula tomado como referencia las dimensiones de la plantilla, un criterio tradicional del Derecho del Trabajo que viene siendo criticado desde hace tiempo.

Una iniciativa planteada hace tiempo, en 2018, pero de la que nos hemos olvidado con todo lo que había caído en España, es la Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y conocida en los debates políticos como la “ley de usos del tiempo”. Sus proponentes la justifican como una medida dirigida a “garantizar un reparto equitativo de tiempos de trabajo y de cuidado así como un efectivo derecho a la adaptación del trabajo a la persona, a la desconexión del trabajo y, en definitiva, para facilitar la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, así como la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres”.

Esta proposición afecta a instituciones laborales tan relevantes como el período de prueba, los contratos a tiempo parcial, el despido (individual y colectivo), la movilidad (en sus distintas modalidades), las suspensiones del contrato, la negociación colectiva y (como era previsible) la regulación de la jornada de trabajo. Se trata de cambios de mucho alcance que tienen muchas posibilidades de ser aprobados y entrar en vigor, dado que parece que esta proposición vuelve a la arena política tras varios años de olvido, coincidiendo con el giro social que el Gobierno quiere dar a su acción en estos momentos de la legislatura.

Está puede ser, a mi juicio, una reforma mayúscula que, además, se produce con una norma íntegra y monográficamente laboral, a diferencia de las otras citadas, que en muchos de los casos se llevan a cabo con disposiciones de este contenido en normas de carácter general y transversal.

Dos novedades para terminar, de impacto diverso. Por un lado, el Proyecto de Ley de Presupuestos General del Estado para el año 2023, contiene una modificación de la de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que afecta a su artículo 71.1.d). Según éste, “no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias (...) en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres”. Este precepto contiene la redacción original de cuando se aprobó la norma, en un año en el que estaba vigente la primera versión de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y ésta, como es sabido, exigía el plan de igualdad, entre otras, a las empresas con plantillas superiores a 250 empleados. Pues bien, una reforma posterior, operada el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo antes citado, cambió la redacción del artículo 45.2 para extender la obligación a todas las empresas que emplearan a más de 50 personas. Pero esta modificación no se proyectó a la legislación de contratación pública, de tal manera que existía una descoordinación con un curioso efecto práctico: había empresas que tenían entre 50 y 249 empleados que incumplían la legislación laboral, por no tener plan de igualdad, pero que no podían ser excluidas de contratar con el sector público, porque sí se adecuaban a lo que su normativa les exigía. Así lo admitieron los organismos competentes en materia de contratación, y por ello se produce esta reforma, con el único objetivo de coordinar y homogeneizar ambas regulaciones.

La segunda es de mucho mayor calado, y puede tener un impacto sustancial, más allá de lo que el propio cambio supone, en la medida en que puede afectar a las dinámicas del diálogo social y, con ello, a los procesos de regulación laboral. Se trata de

una modificación del apartado 2 del artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que, a lo que parece, pasaría a disponer que “el informe de la Inspección se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas en la comunicación inicial y constatará si la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta para despedir”. Esta nueva redacción se introduce como una disposición adicional en el texto de la Ley de Empleo que se está negociando en el Parlamento, mediante una enmienda transaccional.

En teoría, esto no supone volver al modelo de autorización administrativa para el despido colectivo anterior a 2012, ya que parece que el papel de la Inspección es más de control que de decisión discrecional. Pero el hecho de que el partido que ha propuesto esta modificación, Bildu-EH, haya declarado que con este cambio se “recupera la autorización administrativa para los despidos colectivos”, no ha tranquilizado los ánimos en el sector empresarial. Representantes de la CEOE se han opuesto vigorosamente a esta medida, no sólo por no compartirla (lo que es, por otra parte, perfectamente lógico y legítimo), sino por entender que supone una verdadera traición del Gobierno a los acuerdos previos, ya que esta cuestión se trató en la mesa de diálogo social que dio lugar al Acuerdo de 22 de diciembre de 2021, y fue rechazada cambio de concesiones del banco empresarial. Se corre el riesgo de romper el clima de cooperación que había permitido alcanzar auténticos hitos en el diálogo social, ya debilitado con el último incremento del salario mínimo. El acuerdo sobre el proyectado Estatuto del Becario, entre otros, queda bastante en el aire.

Lo cierto es que vienen importantes cambios en el Derecho del Trabajo, una nueva oleada de reformas. No son medidas inesperadas, ya que hay varios documentos que han venido marcando la hoja de ruta para todo el momento reformista. Por un lado, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno de España a la Unión Europea, cuyo ya famoso Componente 23 se recogía todo un catálogo de medidas legislativas (aunque algunas otras aparecen en otros componentes del plan, como se ha visto). Por otro, el Acuerdo de Coalición Progresista PSOE-Unidas Podemos. Otros documentos preveían actuaciones específicas, como el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, y el Plan de acción del Gobierno en la lucha contra la corrupción. Hay una nueva Ley de Empleo en plena tramitación parlamentaria. Y queda por culminar el gran proyecto de la década, el “Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, anunciado hace ya varios años y que todavía no ha avanzado, a la sombra de tantas leyes concretas.

Está claro, a mi juicio, que el momento reformista del siglo XXI no ha terminado con el RDL 32/2021. La práctica común en España, de alternar momentos intensos y cortos de producción con fases largas de interpretación, aplicación y construcción jurisprudencial, no se ha producido en esta ocasión, y lo que tenemos es una

dinámica continuada de elaboración de nuevas normas que se solapan con los de maduración doctrinal (académica, judicial y profesional) de las anteriores.

Para concluir, este dinamismo legislativo, que a la vez expresa el del diálogo social, apunta a una realidad que me parece muy trascendente: después de años en los que los debates laborales se habían planteado en términos de contrarreforma, los laboristas volvemos por fin a jugar el papel que históricamente nos ha correspondido: el de reformadores.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



FIRMA INVITADA

FIRMA INVITADA

LA NUEVA REFORMA LABORAL. EL VALOR DEL CONSENSO PARA UN TIEMPO NUEVO

Rocío Blanco Eguren
Consejera de Empleo, Empresa y
Trabajo Autónomo (Junta de Andalucía)

“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”, dice nuestra Constitución española. Es la misma Constitución que, en su artículo 7, reconoce a los sindicatos y a las asociaciones empresariales, por su contribución a la “defensa y promoción de los intereses económicos y sociales”. Todo esto no es solo una nomenclatura abstracta, sino que constituye los puntos claves para entender quiénes y por qué de los actores de la Reforma laboral.

CEOE, CCOO y UGT llegaron en diciembre a un Acuerdo para la Reforma laboral. Es un pacto de gran importancia, en el que se aborda por consenso un tema complejo, y donde, en principio, los intereses eran contrapuestos.

Pero es que, en realidad, las reformas no son otra cosa que herramientas que se ponen al servicio de los agentes económicos y sociales para convertirlos en ventajas y avances reales.

Si en 1980, cuando se abordó el Estatuto de los Trabajadores, era difícil alcanzar un gran consenso sobre un tema tan complejo, hoy lo es más. En un mundo como el actual, de polarización extrema, donde el debate de ideas ha sido sustituido por los zascas de *Twitter*, el consenso es casi un milagro.

En nuestro país y en nuestra Comunidad Autónoma, tenemos unos problemas de paro estructural muy serios, que son de dos tipos: uno de calidad y otro de cantidad del empleo. El de cantidad del empleo se evidencia en nuestro paro juvenil –uno de los más altos de Europa–, en nuestro paro de larga duración, y en el paro de los mayores de 45 años, que también es muy elevado. Y el otro problema es de calidad laboral, porque tenemos una elevada temporalidad: un 26 % en España y un 33% en Andalucía, ambas muy superiores a la media europea.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

No solo eso, sino que hay que añadir una rotación laboral enorme: uno de cada cinco contratos tiene una duración de un día. Y es ahí, en la temporalidad, donde incide más la Reforma del 2021.

El Gobierno no ha establecido unos objetivos concretos de cuánto prevé reducir la tasa de temporalidad gracias a la Reforma (tampoco ha señalado cuánto bajará el paro o subirán los salarios, otra de sus metas). En su Informe de prospectiva *España 2050* esperaba que en 2023 la temporalidad española se situaría en el 23%, pero entonces no se había aprobado la Ley.

No obstante, si todos los contratos por obra y servicio hoy en día vigentes en España –unos 1,4 millones–, pasaran a ser indefinidos, la tasa de temporalidad bajaría al 17 %, lo que nos situaría muy cerca de los países europeos de nuestro entorno.

Transcurridos más de dos meses desde la promulgación del Real Decreto-ley 32/2021, seguimos inmersos en la importante labor de interpretación de la norma. Esta interpretación no es fácil, por varias razones:

- Porque los cambios introducidos invalidan algunas de las orientaciones hermenéuticas de los tribunales.
- Porque no tendremos a corto plazo ninguna interpretación de urgencia del Tribunal Supremo.
- Y por la alta densidad de conceptos jurídicos indeterminados, con los que se ha querido asegurar este Acuerdo.

Por razones de tiempo y de competencia no cabe abordar aquí por mi parte el análisis en profundidad de todos los cambios de la Reforma. Sí me gustaría, no obstante, destacar algunos elementos que me parecen las claves de la misma:

- El Gobierno ya había fijado una serie de objetivos que daban cumplimiento a los compromisos asumidos por éste frente a las Instituciones Europeas en el “Componente 23” del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, a lo que se unían exigencias de la Unión Europea que marcaban las pautas sobre las que podía transitar el pacto, y en la hoja de ruta existía la necesidad de reducir la temporalidad y de cambiar las modalidades de contrato, básicamente.
- La evaluación técnica de las reformas anteriores, la influencia de la jurisprudencia y la responsabilidad de los agentes económico y sociales han propiciado una Reforma laboral equilibrada, con cuatro objetivos consensuados: la reducción de la temporalidad la mejora de los salarios, la relevancia de la formación de los trabajadores y el mantenimiento y potenciación de la flexibilidad empresarial.
- La reducción de la temporalidad se pretende alcanzar con la desaparición legal del contrato por obra y servicio, allanada por la jurisprudencia, y el aumento de sanciones administrativas en el fraude de los nuevos contratos con causa de sustitución o productiva.

- La mejora de los salarios se efectúa mediante un salario mínimo sectorial, que unifica las condiciones retributivas de contratas públicas y privadas.
- La relevancia de la formación de los trabajadores aparece en un nuevo diseño de los contratos formativos y en su vinculación a las reducciones de jornada o suspensiones contractuales de los ERTes, con incentivos públicos.
- Y el mantenimiento de la flexibilidad empresarial, que supone la confirmación, por consenso, de la regulación legal del 2012 del despido, de la flexibilidad laboral interna y de la negociación colectiva, salvo el matiz de la ultraactividad indefinida, ya existente en la práctica convencional.

El contraste entre estos cuatro objetivos reformistas y su alcance en la realidad deberá ser evaluado. Su eficiencia dependerá, seguramente, de factores ajenos a la propia Reforma, como la ruptura con prácticas de rotación laboral, la digitalización de los medios de la Inspección en la lucha contra el fraude, la transformación de las ETT con fijos-discontinuos, la capacidad de la negociación colectiva de vincular salarios con productividad, la mejora de los sistemas de formación de los trabajadores o la mayor utilización por las PYMES de herramientas de flexibilidad interna más propicias en las grandes plantillas.

Desde mi punto de vista, se ha aprobado una Norma que permite consolidar lo mejor del modelo laboral vigente del 2012, que ha servido para superar dos crisis, la del 2009 y la actual.

No es, desde luego, una derogación de la Reforma laboral de 2012. Más bien, estamos ante una modificación parcial y relativamente incisiva de algunos aspectos del marco normativo de las relaciones laborales, que la reforma de 2012 definió, y que ésta ha venido a consolidar, salvo en lo tocante a la contratación temporal, que la Reforma del 2012 no abordaba directamente.

Podemos defender la Reforma laboral del 2012. Hay motivos para hacerlo; entre ellos, que la Unión Europea ha dicho que no habría acceso a numerosos Fondos europeos si esa Reforma –impulsada en su día por la propia Unión Europea– se derogaba sin ofrecer una Reforma laboral a la altura. Más aún, teniendo en cuenta nuestra situación de endeudamiento nacional que sostiene el BCE (1.432.228 millones de euros, que supone ya el 122,1% del PIB), la delicada situación de nuestras arcas públicas y, al mismo tiempo, una condicionalidad oculta de los Fondos europeos. Una “condicionalidad” –*off the record*– sujeta a la pervivencia de los aspectos nucleares de la Reforma del 2012. Pero un análisis objetivo debe subrayar que esta Reforma laboral, claramente, no era la definitiva. Con la flexibilidad y con esa menor tasa de paro, también vinieron externalidades negativas que se tradujeron en una mayor temporalidad y una mayor dualidad laboral, entre otros efectos negativos que nuestro Mercado laboral debe combatir para ser funcional.

Respecto a la Reforma del 2021, esta se ha abordado desde una perspectiva que ha pasado por hacer una valoración desprejuiciada de la Reforma de 2012 y de sus efectos –transcurridos casi diez años desde su entrada en vigor–, para detectar aquellos extremos en los que la Reforma no ha tenido el impacto deseado y/o se han producido disfunciones, para corregirlos. Y en el resultado ha tenido mucho que ver la acertada decisión de que la Reforma se pactara en la Mesa del diálogo social, a lo que se une que las Reformas pactadas son más estables y duran más en el tiempo; de ahí que la Comisión Europea reclamase como “garantía de éxito” el Acuerdo de “todos los actores económicos españoles”.

Mucho se ha escrito en los últimos años sobre la necesidad de renovar nuestro “contrato social” sobre nuevas bases. Desde mi óptica, esta legislación del 2021, que aspira a ser parte central de este contrato social para el siglo XXI, se ha conseguido gracias a la responsabilidad de los interlocutores sociales, sin que se haya puesto en peligro a los trabajadores y a las empresas, por ese orden.

Bien mirada, la Reforma ahora instrumentada podría leerse como un desarrollo de la Reforma de 2012, a la que en buena medida vendría a cerrar. Varias razones, a mi entender, así lo acreditan.

En primer lugar, el hecho de que algunos puntos de la Reforma consistan en desarrollos de la regulación previa. Tal es el caso de los ERTes, que son objeto de un interesante desarrollo a la luz de la experiencia durante la pandemia, en la que, dicho sea de paso, la regulación de los ERTes del 2012 –ahora completada– se mostró utilísima, y de los contratos formativos, respecto de los cuales se introducen modificaciones menores.

En segundo lugar, el que otros cambios vengán a incorporar a la Ley la que ha sido una previsión extendida en la contratación colectiva posterior a la Reforma: desaparece la posibilidad de que los convenios puedan perder su eficacia en defecto de pacto, al generalizarse la ultraactividad del convenio colectivo, decaído en su vigencia y denunciado, sin límite temporal, si bien es cierto que tanto para la ultraactividad como para el convenio sectorial la interpretación judicial y la evolución de la negociación habían relativizado ambos aspectos de la Reforma de 2012.

En tercer lugar, el que otras modificaciones supongan rectificaciones puntuales de algunas Instituciones introducidas en 2012, como es el caso de “la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, de la que ahora se excluye la materia salarial, sobre la que, sin embargo, sigue abierta la posibilidad del llamado “descuelgue”. La inaplicación se conserva, al igual que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica, por lo que las empresas conservan importantes instrumentos de adaptación, con algunos cambios que no son de calado.

Además, como digo, la irrenunciable opción del legislador de hacer una década por la flexibilidad interna frente el recurso al despido –cuyo régimen tampoco se altera en la Reforma de 2021– se mantiene en gran medida; en particular, en lo que

respecta al instrumento de flexibilidad interna por excelencia: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y avalada por el Tribunal Constitucional, que consideró conforme a la Constitución española la facultad de las empresas de acordar unilateralmente la modificación de condiciones de trabajo de alcance colectivo pactadas en acuerdos o pactos colectivos extraestatutarios (STC 8/2015, de 22 de enero).

Mencionar también otros elementos, pensados en términos de *flexiguridad* para asegurar –a las empresas– alternativas a los despidos colectivos: reducciones de jornada, ERTes y –el más original–, el Mecanismo RED, que se ofrece como una forma de evitar el recurso al despido colectivo. En estas figuras se incorporan medidas probadas durante el Derecho de la Emergencia COVID, como: la distinción de supuestos de “limitación” y de “impedimento”, los beneficios en cotización y en acceso a la protección por desempleo, y el establecimiento de obligaciones de formación y de mantenimiento del empleo.

El objetivo de las nuevas relaciones laborales tiene que ser lograr combinar el aumento de la seguridad laboral para el trabajador –con la calidad del empleo como norte– y la flexibilidad para las empresas, que permita incrementar la competitividad y la consiguiente reducción del paro. Es lo que Europa formula como *flexiseguridad*. Los dos términos del concepto son igualmente imperativos: ni sirve una flexibilidad ilimitada que precarice al grueso de la población laboral, ni sirve tampoco una seguridad ultraburocrática, que impida a las empresas disponer de márgenes de adaptación a Mercados cambiantes.

En cuarto lugar, el que el RDL aborde la modernización de una Institución, la de las “contratas y subcontratas” –que hace diez años no se tocó–, y que, además, lo haga en el sentido adecuado de garantizar a los trabajadores de la contratista la aplicación del convenio colectivo del sector de la actividad que ejecutan en la contrata, como ya ocurre en la contratación pública, evitando de este modo la competencia desleal de algunas empresas con convenios propios de escasa calidad. Para éstas, además, el objetivo pasa por que la contratación fija discontinua se extienda al ámbito de su prestación de servicios. La subcontratación es hoy día uno de los mayores focos de precariedad; de ahí que ésta sea una Reforma muy dirigida a las empresas multiservicios, y los trabajadores subcontratados son uno de los colectivos que pueden salir más beneficiados. Hasta ahora había un gran fraude con las empresas multiservicios, que competían a la baja, y con ellas los trabajadores que perdían en salarios, lo que también ha llevado a que los salarios, de media, bajen. Ahora deberán aplicar los sueldos del convenio del sector de la actividad realizada, o el de la empresa principal, aunque todo lo relacionado con las condiciones de trabajo seguiría sujeto al convenio de empresa. Solo podrá aplicarse el convenio de empresa si mejora el nivel salarial del sectorial.

En quinto lugar, en fin, el hecho de que el más relevante de los cambios operados –la reforma de la contratación temporal y de las modalidades de contratación–,

venga –creo– a completar la Reforma de 2012. Los ERTes y el impulso de la formación también son elementos interesantes y ayudarán a modificar la temporalidad.

Así, el primer cambio de importancia de esta Reforma radica en el restablecimiento de una presunción que fue eliminada en una de las más profundas Reformas del Estatuto de los Trabajadores, aparte de la llevada a cabo en 2012: la efectuada en el año 1994. Efectivamente, el artículo 15 original del ET contenía la siguiente redacción: “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada...”. Una redacción que fue alterada por la Ley 11/94, en la que se establecía que “el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”, y que se ha venido manteniendo hasta el reciente RDL 32/21. A pesar de esta modificación en la redacción, la regla ha sido la contratación indefinida y la excepción la contratación temporal, siempre que concurriesen las causas fijadas en la ley que justificasen esta excepcionalidad. Nadie había venido manteniendo lo contrario: en la teoría, porque en la práctica no ha sido así.

Por ello, el hecho de que el RDL establezca la presunción de la contratación indefinida tiene una doble importancia, la pedagógica –para cambiar la cultura– y la propiamente jurídica.

El contexto económico en el que se produce la actual Reforma no es que sea boyante, pero, ahora, auspiciado por las Instituciones Europeas, se ha tenido la necesidad de enfrentar el problema. La desmesurada temporalidad española, considerablemente más alta que la media europea, no solo ha tenido y tiene efectos sociales deletéreos, sino también efectos desestabilizadores del Sistema de Protección Social y del Sistema Económico.

Lo verdaderamente rompedor es la desaparición de los tres supuestos tradicionales de contratación temporal, que se sustituyen por dos nuevos, que dejan sin presencia la obra o servicio determinado, uno de los instrumentos más utilizados para las empresas. Pero no se trata de propiciar cambios semánticos, ni transformaciones formales en las modalidades de contratación, sino de promover las condiciones económicas y regulatorias en las que la temporalidad se vaya reconduciendo hacia fórmulas de mayor estabilidad, y se actúe, de verdad, sobre la dualidad del Mercado laboral español, a todas luces excesiva. España tiene demasiados contratos temporales, lo que no solo se explica por razones estructurales y sectoriales (el peso del turismo, hostelería y agricultura), sino por motivos incluso culturales, por los que la temporalidad se ha utilizado históricamente como mecanismo de flexibilidad más que como herramienta de gestión de los recursos humanos. De ahí que la Reforma laboral plantea este elemento, ligado a un cambio cultural, pasando su propósito –como sabemos– por limitar, en muy alta medida, las causas y la duración de los contratos temporales, hasta ahora ortodoxos. En consecuencia, la alternativa que se ofrece a las empresas es el contrato fijo-discontinuo, una figura muy poco utilizada, nacida en 2007, que no interrumpe el vínculo empresa-trabajador,

cuyo régimen se modifica, y que está llamada a ser el elemento que impulse ese cambio cultural desde la temporalidad hacia la estabilidad en el empleo, y casi el único recurso al alcance de las empresas cuyas actividades sean de carácter estacional y de temporada.

Sin embargo, hay sectores muy dependientes de la estacionalidad como la agricultura, el comercio y el turismo –sin que la Reforma apunte a ninguno de ellos en concreto sino a todos en general–, cuyo peso en el PIB es relevante, y que van a tener dificultades –más que otras áreas de la actividad económica–, para adaptarse a esta figura contractual. Igualmente, no sería de recibo que los fijos-discontinuos se conviertan en los nuevos temporales, pero con un despido más caro.

La reducción de las posibilidades de contratación temporal también se dirige al sector de las empresas de trabajo temporal. En este sentido, se les permite la celebración de contrato fijo-discontinuo con persona contratada para ser cedida –algo que los tribunales les habían negado–, y que resulta coherente con la voluntad de promover esta modalidad de empleo indefinido. Ello se hace vía modificación del artículo 16 ET y del 10.3 de la Ley 14/94. El artículo 10 ya permitía que las ETT pudieran celebrar un contrato de trabajo para cubrir varios contratos de puesta disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que dichos contratos de puesta a disposición estuvieran plenamente identificados al firmar el contrato de trabajo y obedecieran a un supuesto de contratación laboral permitido. Además, se delega en la negociación colectiva (dice la Norma: “los convenios colectivos podrán”) la posibilidad de fijar una garantía de empleo para quien se ha contratado como fijo-discontinuo.

A todas estas restricciones para la contratación temporal –contratación para la que se refuerza la causalidad, se establecen limitaciones a su duración y penalizaciones a su encadenamiento–, se añade un incremento de las sanciones por el uso indebido de estas modalidades, además de una nueva regla, según la cual en estos casos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas. No obstante, las multas solo son efectivas si realmente se pueden vigilar y aplicar, y esperamos sea así. Además, ello debería haber ido acompañado de incentivos a la contratación porque podemos correr el riesgo de que aumente la economía sumergida y la contratación a tiempo parcial, tanto de fijos como de fijos-discontinuos.

Otra gran área que toca la Reforma es la de la negociación colectiva, en la que más que “innovar” se han recuperado elementos tradicionales de nuestro Derecho, no recogidos en 2012. Se fomenta el papel de los convenios colectivos, al establecerse expresamente la posibilidad de que fijen: planes de reducción de la temporalidad; criterios generales sobre la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa; criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos; preferencias entre las personas con contrato de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición; y porcentajes máximos de temporalidad y consecuencias de su incumplimiento.

Son competencias que los negociadores ya tenían pero que pueden verse fomentadas, al ser recogidas en la Norma con marcada finalidad pedagógica.

En definitiva, en la Reforma destacan dos ideas sencillas pero importantes, para aventurar las líneas maestras de esta nueva regulación laboral: la primera es el necesario refuerzo y extensión de la protección jurídica del trabajador en el desarrollo de una relación contractual, que ya nadie discute que está en vías de transformación por la nueva realidad económica. A pesar de la precarización laboral existente en algunos sectores económicos, sigue “haciendo mucho frío” fuera del contrato de trabajo, con lo que, lejos de querer diluirlo con nuevas figuras pseudolaborales, la Reforma tiene presente que el contrato de trabajo, con toda su regulación tuitiva, es uno de los pilares de un Estado del Bienestar que, junto con la sanidad, la educación y el acceso a una vivienda digna, conforman el núcleo del contrato social. La segunda idea es la constatación del reconocimiento de la competitividad empresarial como un bien jurídico a proteger. Por muy repetida que haya sido la palabra “derogar” en el anuncio de estas nuevas medidas laborales, no se discute la necesidad de contar con unas empresas competitivas, como premisa indispensable del desarrollo económico y sustento del progreso social. Si la protección del trabajador no está reñida con la competitividad de las empresas, es necesario encontrar la fórmula de relación entre estos dos intereses. Y, en este sentido, el papel de la negociación colectiva debe ser, de nuevo, fundamental: no podemos olvidar que es el pacto lo que fundamenta la Norma y le da estabilidad.

Sin embargo, la Reforma no aborda los grandes cambios en los pilares de nuestra regulación laboral, los retos del mercado de trabajo diez años después de la anterior, ni las modificaciones del mundo laboral que se han visto catalizados por la pandemia: el modelo híbrido de teletrabajo, la digitalización de los puestos, la creciente brecha digital, los nuevos desafíos del Mercado de trabajo que impone la robotización, o el hecho demográfico en España. El Derecho del Trabajo que tenemos está pensado para un modelo tradicional de grandes empresas, integradas verticalmente; y ahora mismo las empresas funcionan en red. Tampoco están adaptadas al propio concepto de trabajador, fuera del que existía en el siglo XIX. Echo de menos mejoras en el fomento del empleo juvenil y del talento *senior*, que faciliten la reducción del desempleo estructural, y haber tenido mucho más presentes los desafíos sociales, tecnológicos y ecológicos del siglo XXI.

En resumen, y para concluir, no es poco lo que tenemos que hacer. Sin embargo, no partimos de cero. No podemos desechar el excelente trabajo de modulación y adaptación de las Instituciones laborales que han ido haciendo nuestros Tribunales de Justicia. Tampoco podemos olvidar que nuestro marco normativo no acaba en los Pirineos, ya que estamos sujetos no solo a los avances constantes de la Política Social comunitaria sino a las regulaciones fundamentales de los múltiples Tratados y Convenios Internacionales, que nos afectan y que son fruto de largos y laboriosos debates conceptuales que deben iluminarnos en la resolución de los problemas que se nos

presenten. Tenemos, finalmente, la experiencia de las recientes Reformas laborales. Espero podamos utilizar todo ello con sabiduría.

No hay un crecimiento más social que la creación de empleo. Por ese motivo, nosotros estaremos al lado de empresarios y trabajadores, dentro de nuestras competencias, velando por el cumplimiento de la Norma y de lo pactado en la negociación colectiva, que no solo es un derecho fundamental, sino que es el instrumento clave para facilitar la adaptación de la empresa y trabajadores a los cambios actuales, avanzar en el aumento y el incremento del empleo y en la mejora de su calidad.

Finalmente, se ha llegado a una posición de Reforma bastante equilibrada, y se ha alcanzado a través de un Acuerdo. El objetivo del Acuerdo ha hecho que, finalmente, se trate de una Reforma “más descafeinada” de lo que la parte sindical hubiese querido, y más estricta de lo que preferían muchos empresarios, pero en ella no hay nada de derogación sino actualización y adecuación. En definitiva, es una Reforma muy pragmática, porque se reforma lo que se ha podido pactar. Empresarios y sindicatos han sido generosos en sus posturas, en aras de lograr un acuerdo: los sindicatos no vuelven al Estatuto anterior al 2012 y la patronal admite que la contratación pierda flexibilidad, ya que hasta ahora está prácticamente descausalizada. De alguna manera, desde posiciones ideológicas totalmente contrarias, las partes han yuxtapuesto sus propuestas del Mercado de trabajo, habiéndose dejado llevar por la experiencia empírica para cambiar sencillamente lo que no funciona, de forma que, curiosamente, en esta cuestión, la Reforma del 2021 no es antagónica sino complementaria de la del 2012.

Más allá de las medidas concretas que se han pactado, buena parte del valor de esta reforma laboral está en otro punto: en el propio consenso. Porque recupera la verdadera esencia de ese “Estado social y democrático” del que hablaba al principio. Porque pone en el centro la concertación social: el acuerdo entre trabajadores y empresarios. Y porque un acuerdo por consenso, que nunca puede ser de máximos, también supone una prima a las dos partes que lo firman. Este es precisamente lo que otorga fortaleza a la Reforma, pues, una vez pactada por parte de los representantes de esos intereses, solo un consenso similar podría sustituirla legítimamente. Es cierto que en la Reforma del 2021 no están todas las medidas que quisiéramos, pero negociación y acuerdo, además de ser incompatibles con la imposición, exigen equilibrio entre las posiciones de cada parte. Un atributo con el que cuenta esta Reforma. Hemos aprendido que debemos centrar nuestras energías en construir el futuro, más que en revisar el pasado, articulando nuevos consensos que favorezcan soluciones compartidas que preserven el crecimiento y la competitividad, y, además, mantengan la confianza en España y en Andalucía. Nuestro país y nuestra Comunidad Autónoma se lo merecen.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA DIRECTIVA DE SALARIOS MÍNIMOS ADECUADOS:
CONTENIDO E IMPACTO DE SU TRASPOSICIÓN
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE DIRECTIVE ON ADEQUATE MINIMUM WAGES
IN THE EUROPEAN UNION: CONTENT AND IMPACT
OF ITS TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW

Pablo Gimeno Díaz de Aauri
Universidad Carlos III de Madrid
Orcid: 0000-0002-3484-3968
pablo.gimeno@uc3m.es

RESUMEN: La Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea culmina un largo proceso legislativo con un resultado con mayor impacto político que jurídico. Supone una muestra del avance hacia la construcción social de Europa, pero las limitaciones competenciales derivadas de la expresa prohibición de los tratados constitutivos de regular los salarios limitan en gran medida el potencial impacto efectivo. En este trabajo se analiza este problema y cómo se ha llegado hasta el texto finalmente publicado en el Diario Oficial, para a continuación analizar su contenido. Este análisis se hace desde una perspectiva aplicativa al sistema jurídico-social español, destacando los aspectos en los que será necesaria una adaptación de nuestro régimen jurídico. Estos no son especialmente complejos, pero sí que pueden llegar a tener un impacto relevante tanto en la transparencia en la fijación del SMI como en la elaboración y disponibilidad de datos en general, así como en una mayor participación de los interlocutores sociales. La mayor dificultad se presenta en la ponderación de cada uno de los criterios empleados para la fijación del SMI y su actualización. También en algunos casos, como el empleo al servicio de los hogares, las deducciones pueden plantear problemas por discriminación indirecta.

Recibido: 12-12-2022; Aceptado: 12-12-2022; Versión definitiva: 16-12-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 37-70
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.01>

PALABRAS CLAVE: Salario Mínimo, Derecho Comunitario, Unión Europea, Pilar Social, Negociación colectiva.

ABSTRACT: The Directive (EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union culminates a long legislative process with an outcome that has more political than legal impact. It is a sign of progress towards the social construction of Europe, but the limitation of the legal basis - derived from the express prohibition of the founding treaties to regulate wages - greatly limits the potential effective impact. This paper analyses this problem and how it led to the text finally published in the Official Journal, and then goes on to analyse its content. This analysis is carried out from an application perspective to the Spanish social legal system, highlighting the aspects in which an adaptation of domestic law will be necessary. These are not particularly complex, but they may have a significant impact both on transparency in the setting of the minimum wage and on the preparation and availability of data in general. It will also be necessary to involve the social partners more closely. The greatest difficulty arises in the weighting of each of the criteria used to set the minimum wage and its updating; also in some cases, such as employment in the personal and households services, deductions may raise problems of indirect discrimination in terms of social security contributions.

KEYWORDS: Minimum wages, European Union Community Law, Social Pillar, Collective Bargaining.

SUMARIO: 1. EL DEBATE DEL SALARIO MÍNIMO EN CONTEXTOS SUPRANACIONALES. 2. LA BASE JURÍDICA, Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN LA MATERIA; EL ALCANCE DEL ART. 153 DEL TFUE. 3. BREVE RECORRIDO POR EL ITER LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA HASTA SU APROBACIÓN. 4. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA CONFRONTADO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. 4.1. Los objetivos de la directiva, su ámbito de aplicación y otras disposiciones generales. 4.2. Fomento de la negociación colectiva. 4.3. El concepto de salario mínimo y de salario mínimo legal. 4.4. El procedimiento de fijación de los salarios mínimos legales y su actualización. 4.4.1. *Los criterios de fijación de los salarios mínimos.* 4.4.2. *El procedimiento de aprobación y la participación de los interlocutores sociales.* 4.5. Los mecanismos de información y efectividad. 4.5.1. *La efectividad desde la perspectiva individual: información.* 4.5.2. *La protección de la percepción efectiva del salario mínimo.* 4.5.3. *Reacción frente a incumplimientos y garantías.* 4.5.4. *Contratación pública y salarios mínimos.* 4.5.5. *Adecuación, evaluación y revisión de los salarios mínimos.* 5. Bibliografía y referencias

1. EL DEBATE DEL SALARIO MÍNIMO EN CONTEXTOS SUPRANACIONALES

La fijación de un salario mínimo implica, por su propia naturaleza, una restricción a la competencia empresarial vía precio del trabajo o, desde la perspectiva del mercado laboral, una limitación a las personas trabajadoras para no aceptar condiciones económicas excesivamente bajas. No es este el lugar de analizar las posibles implicaciones económicas del salario mínimo, pero no puede obviarse que es un debate que no es nuevo. Hace más de un siglo que vienen haciéndose afirmaciones catastrofistas, desmentidas por la realidad social y económica; puede resumirse la respuesta en la también centenaria afirmación de que el salario mínimo legal lo que hace es “transferir la presión de un elemento de la negociación a otra: del salario al trabajo, del precio a la calidad”¹. Son múltiples las razones que justifican, incluso desde una perspectiva económica, la existencia de un salario mínimo: desde el incentivo a la inversión en formación y mejora de la productividad empresarial a la necesidad de las personas trabajadoras de aumentar su esfuerzo para mantener la viabilidad del empleo².

En un área con un alto grado de integración económica, como es la Unión Europea, un quinto de la población vive en uno de los seis estados miembros que no tienen establecido un salario mínimo legal (aunque en todos ellos existe algún tipo de fijación por la negociación colectiva sectorial³). En los restantes veintiuno, el nivel del salario mínimo legal oscila en términos anuales entre los 363,02 euros de Bulgaria y los 2.313,28 euros de Luxemburgo⁴. Incluso en términos relativos a los niveles salariales generales, las diferencias son remarcables, aunque se moderan de forma notable: mientras que en Estonia el mínimo legal supone un 37% del salario medio en Eslovenia supera el 55%⁵. Así, conviven en el continente diferentes sistemas jurídicos que determinan la fijación de los niveles más bajos de retribución: apoyados en legislación estatal (con diversos modelos) o en la negociación colectiva⁶.

Con carácter general resulta compleja la fijación de un nivel común de salario mínimo entre distintos países; incluso dentro del mismo país podría plantearse la conveniencia de un salario mínimo único; no puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que el salario mínimo constituye, por su naturaleza, una limitación a la contratación. De esta forma, si se fija en un nivel excesivamente elevado, condenará al desempleo a personas cuya productividad no alcanza el nivel suficiente para hacerle

1. Webb, 1912, p. 978. En inglés en el original, traducción propia del autor.

2. Sobre estas cuestiones, me permito remitirme a los trabajos citados en Gimeno Díaz de Aauri, 2022 que, por economía no reproduzco aquí.

3. Seeliger, 2018, p. 39.

4. Datos tomados de la base de datos de la Comisión Europea (Eurostat) para el segundo semestre de 2022.

5. Con datos más antiguos pero un análisis extenso se analizan los niveles de salarios mínimos atendiendo también capacidad de compra en Schulten, 2012.

6. Fernández-Macías, Vacas-Soriano, 2016, p. 99.

frente (o al menos a la economía sumergida total o parcialmente, en forma de jornadas materialmente superiores a las declaradas). Así, el hecho de que un mismo nivel salarial suponga cuantías muy distintas en términos de poder adquisitivo es un argumento que se utiliza habitualmente para reclamar salarios mínimos regionales. Igualmente, algunos sistemas han establecido diferencias en los niveles de protección para trabajadores jóvenes⁷.

En este contexto, resulta lógico pensar que, si ni siquiera en el ámbito estatal se considera siempre conveniente establecer un único salario mínimo, difícilmente va a establecerse un consenso en este sentido en una lógica supranacional.

La regulación internacional en este ámbito, por tanto, se articula sobre la lógica de la figura, más que sobre la concreta fijación de niveles. El salario mínimo tiene como fin último garantizar que el trabajo sirve para mantener una calidad de vida suficiente. Como ya adelantara Taylor, no faltan empresarios cuya actitud sea la de “obtener de [sus trabajadores] la máxima cantidad de trabajo a cambio del mínimo salario posible”⁸; frente a esta competencia desmedida, surge la necesidad de establecer salarios mínimos⁹.

El Convenio 26 de la OIT, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, en este sentido, es una buena muestra de las tensiones existentes en la regulación internacional de esta materia. En primer lugar, debe subrayarse su naturaleza sectorial (industria); pero es que ni siquiera aspira a afectar a ésta en su totalidad, sino tan sólo a “industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos”. Es decir, este primer instrumento actúa únicamente en el margen inferior, con una aspiración de supletoriedad respecto de la negociación colectiva. No obstante, sí que hay dos elementos que llegan hasta nuestros días: el control de la eficacia de las medidas en materia de salarios mínimos (incluyendo sanciones) y la necesidad de transparencia e información.

Casi medio siglo después, el Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos, 1970, establece en su considerando segundo que “que ha llegado el momento de adoptar otro instrumento que complemente los convenios mencionados y asegure protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, el cual, siendo de aplicación general, preste especial atención a las necesidades de los países en vías de desarrollo”. Debe señalarse que, sin embargo, el nivel de ratificación de

7. Mención de sistemas en uno y otro sentido se hace en la parte descriptiva del extenso estudio Kampelmann et al., 2013.

8. Taylor, 1970, p. 25. El trabajo original, es de 1910, se cita la fecha de la edición consultada.

9. Evidentemente para quien conozca la obra de Taylor, dicho autor no propone el salario mínimo, sino que afirma que le irá mejor al empresario que pague salarios suficientes. La consecuencia es, por tanto, propia del autor de este trabajo.

este último, de alcance mucho más general, es prácticamente la mitad que el anterior (105¹⁰ frente a 54).

En cualquier caso, la OIT desde su nacimiento ha tenido muy presente el carácter central del salario en el sostenimiento de la vida de las personas. En su propia Constitución –contenida, como es sabido, en el Tratado de Versalles de 1919– entre las condiciones que considera imprescindibles mejorar se encuentra la “garantía de un salario vital adecuado”.

El convenio incide en esta idea: los salarios mínimos deben fijarse en atención al contexto concreto de necesidades (“las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales”) pero sin descuidar por ello la competitividad de las empresas (“los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”). Así, la propia OIT en la Recomendación 135 sobre la fijación de salarios mínimos, de 1970, hace referencia a la posibilidad de establecer diversos salarios mínimos para “grupos particulares de trabajadores” o “diferentes tarifas de salarios mínimos en distintas regiones o zonas que permita tomar en cuenta las diferencias en el costo de la vida”.

Estos equilibrios entre protección y competitividad, la diversidad de sistemas nacionales y la necesidad de alcanzar consensos—siempre presente en textos internacionales— han motivado que el sistema del Convenio 131 se critique por su tibieza en cuanto a los mecanismos de efectividad¹¹, resulta interesante a los efectos del presente estudio, por cuanto que marca cuál es el camino por el que puede discurrir una regulación supranacional en la materia: necesidad de una retribución suficiente desde una perspectiva material, fomentando los procesos de participación de agentes sociales y con un aparato instrumental que garantice tanto la información sobre los derechos de las personas trabajadoras como la eficaz respuesta jurídica frente a los incumplimientos.

En el marco europeo, en esta misma lógica, la Carta Social Europea, tanto en su versión primigenia de 1961 como en la versión revisada de 1996, recientemente ratificada por España, establece el derecho a una remuneración equitativa, que expresamente incluye el compromiso de “reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”, añadiendo a continuación que “el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”.

10. Aunque Reino Unido lo denunció el 25 de julio de 1985, con lo cual perdió vigencia en este estado.

11. Ballesteros, 2019, p. 1047.

El resultado que se infiere de todo lo anterior es claro; la regulación supranacional de los salarios mínimos se desarrolla en un contexto próximo al *soft law*. Nociones como suficiencia, nivel de vida decoroso y otras similares son, en el mejor de los casos, conceptos jurídicos indeterminados. Las garantías se establecen en relación con la existencia de una cantidad mínima de retribución por el trabajo asalariado y la necesidad de intervención de los agentes sociales. Es en cierto modo una garantía institucional, una exigencia de que el salario mínimo tenga unos perfiles reconocibles tanto en su cuantía como en su naturaleza imperativa y por tanto no disponible, de que en su elaboración intervengan los agentes sociales.

2. LA BASE JURÍDICA, Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN LA MATERIA; EL ALCANCE DEL ART. 153 DEL TFUE

Establece el art. 151 del TFUE que entre los fines de la Unión Europea se encuentra la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Incluso en ese mismo precepto se hace expresa mención a la interpretación a luz de la Carta Social Europea de este y otros fines enunciados. Ello implica, por tanto, que esta mejora de condiciones de vida se debe relacionar con el derecho a la obtención de ingresos salariales que garanticen un nivel de vida decoroso. También alude el mismo precepto a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, en la que de nuevo se afirma –de manera poco tajante, también es cierto– que “conviene que con arreglo a las prácticas nacionales se garantice a los trabajadores una remuneración (...) que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno”.

El art. 153 del mismo tratado establece que para conseguir dichos objetivos “la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros” en diversos ámbitos, entre los que se incluye, a los efectos que aquí interesan, el de las condiciones de trabajo, así como el de lucha contra la exclusión social. Este último punto, no obstante, se encuentra dentro de las materias en las que se atribuye a Parlamento Europeo y Consejo competencia para fomentar la cooperación e intercambios de información, pero no para dictar directivas de disposiciones mínimas. En materia de condiciones de trabajo, por el contrario, sí que se permite la legislación por el procedimiento ordinario.

Este punto de partida podría permitir incluir la regulación de los salarios mínimos dentro de esas “condiciones de trabajo”; sin embargo, el apartado quinto de este mismo art. 153 TFUE es tajante al señalar que “las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones”. Debe señalarse que, sobre esta exclusión, se ha afirmado que encuentra su fundamento, más que en una protección de la soberanía de los estados, en la centralidad de la negociación colectiva¹²; no obstante,

12. Cruz Villalón, 2021.

deber recordarse que expresamente ha establecido el TJUE que la exclusión de las remuneraciones “encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia”¹³. No puede pues obviarse este último inciso, que coloca ambos niveles de decisión (la autonomía colectiva y el poder normativo de los estados) en la fundamentación de la exclusión de esta materia¹⁴, y que incluso la imposibilidad de armonizar salarios en recogido en los Tratados Constitutivos se ha calificado como “compromiso ordoliberal”¹⁵.

El margen para el establecimiento de una directiva de salario mínimo europeo, por tanto, se ve notablemente reducido; es cierto que sí que existe competencia en materia de información y consulta a los trabajadores, así como en lo relativo a la representación y defensa colectivas de intereses de trabajadores y empresarios, siendo necesaria, en este último caso, la unanimidad en el Consejo y relegando al Parlamento a una posición de mera consulta.

La redacción del precepto deja claro que la Unión no puede establecer normas que impongan a los estados la forma o cuantía en que deban fijarse los salarios. Sin embargo, esto no puede interpretarse en el sentido de que no quepa afectación alguna de las retribuciones por la regulación comunitaria. Así, por poner ejemplos recientes, la Directiva de Conciliación de la Vida laboral y familiar¹⁶ impone a los estados la retribución durante los permisos de paternidad y parental (art. 8), fijando incluso una cuantía mínima por referencia a las prestaciones por protección de la salud; igualmente, en la Directiva de condiciones transparentes¹⁷ se incluyen normas relativas a la obligación de informar en materia de remuneración.

De hecho, ante la propuesta de directiva, en cuyo contenido se profundizará más adelante, desde el ámbito empresarial se plantearon explícitamente dudas acerca de la base legal. Expresamente se afirmó que el mero establecimiento de criterios

13. STJUE de 13 de Septiembre de 2007 (ECLI:EU:C:2007:509), reiterado en STJUE de 15 de abril de 2008 (ECLI:EU:C:2008:223).

14. De hecho, esta argumentación se ha utilizado por el propio TJUE para entender que no es contrario al precepto comentado el hecho de que se imponga a los Estados una prohibición de discriminación retributiva como la contenida en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9). Vid. al respecto STJUE de 10 de junio de 2010 (ECLI:EU:C:2008:677).

15. Baylos Grau, 2022.

16. Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

17. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

predefinidos que deben tenerse en cuenta impone, en la práctica, un nivel de salario mínimo a los estados¹⁸.

Desde la Confederación Sindical Europea (ETUC en sus siglas internas), por el contrario, se mantuvo la postura opuesta¹⁹; apoyándose en jurisprudencia comunitaria se afirma que las condiciones de trabajo incluyen las relativas a pagos, salarios y componentes financieros²⁰, con lo que no es posible hacer una interpretación extensiva del apartado quinto del art. 153 TFUE.

Es relevante en este punto, asimismo, recordar el principio de subsidiariedad, que implica que la legislación comunitaria debe limitarse a intervenir en aquellas situaciones en las que los Estados no pueden conseguir los objetivos de la Unión por sí mismos. Se trata de una institución en la que se combina una lógica pragmática – atribución de la competencia a quien está en mejor posición para llevarla a cabo– con otra de preservación de la soberanía estatal. Por ello, se exige desde los tratados fundacionales que se tenga especialmente en cuenta, hasta el punto que todo proyecto de acto legislativo comunitario debe contener de forma expresa una motivación “en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”²¹.

La Comisión Europea, cuando planteó la directiva²², tras subrayar que no afecta directamente al nivel de remuneraciones y que por tanto existe la base jurídica para su tramitación, analiza expresamente, cumpliendo el mandato indicado, esta cuestión. Sobre la misma, destaca que el declive de los niveles salariales, a pesar de los esfuerzos de coordinación en el marco del semestre europeo, hacen necesaria una acción conjunta en la materia. Señala asimismo la Comisión, de forma implícita, un riesgo de *dumping* social, de competencia a la baja entre Estados en materia de salarios mínimos con el ánimo de potenciar la competitividad de las empresas de cada uno de los Estados Miembros frente a los restantes. Ello lleva a firmar expresamente que “la actuación a nivel de la UE será más eficaz para reforzar los sistemas de fijación de salarios mínimos que las intervenciones a nivel nacional”.

No puede en este punto dejar de hacerse notar la potencial incongruencia entre la justificación de la base jurídica –recuérdese que se afirma que no afecta directamente al nivel de las remuneraciones– con la de la subsidiariedad, en cuyo ámbito se sostiene que la directiva es necesaria para evitar que los países sean “reacios a mejorar sus niveles de salario mínimo”.

18. Ceemet - European Tech & Industry Employers, s. f.

19. Visentini, 2021, p. 36.

20. C-307/50 – Del Cerro Alonso, C-286/06 – ‘Impact’ and C-395-396/08 – ‘Bruno’

21. Art. 5 del Protocolo (nº2) Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al TFUE.

22. Inicialmente denominada “sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea” Bruselas, 28.10.2020 COM(2020) 682 final, 2020/0310(COD).

A mi juicio, no obstante, esta incongruencia se salva si se atiende al contenido efectivo de la directiva: la homogeneización efectiva no se refiere en ningún momento a los salarios sino a los mecanismos por los que se acuerden y las garantías para hacerlos efectivos. Es más que discutible que la Directiva por sí sola sea capaz de evitar esa competencia a la baja en costes, aunque alguno de sus elementos, como se verá, sí que pueden favorecer el resultado buscado. La Directiva tiene que ver más con los procedimientos de fijación, la participación colectiva y el control de eficacia que con el nivel de salarios. Lo prohibido, para que el art. 153 TFUE en su conjunto tenga sentido, es privar a los Estados de la capacidad de regular la fijación concreta de salarios, a través de elementos como la determinación de sus componentes o la determinación de un nivel concreto de pago mínimo, incluso como referencia a otras variables nacionales²³. De hecho, el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos avaló esta base jurídica sin más reservas que la de concretar en el apartado 153.2.b TFUE la base jurídica (es decir, especificando el subapartado)²⁴. No obstante, no puede negarse que, como afirmó tempranamente la mejor doctrina, el reforzamiento de “la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios” es un elemento que, por medio de la posición que se otorga a la negociación colectiva, está más que presente en el texto propuesto y finalmente aprobado, lo que habría justificado incluir la letra f del mismo apartado del TFUE en la base jurídica²⁵.

Las críticas, por tanto, pueden dirigirse más a la efectividad de la medida para conseguir garantizar unas condiciones dignas en toda la Unión –esto es, modular o limitar la competencia a la baja en costes salariales– por cuanto que no establece ni siquiera un procedimiento homogéneo de fijación de salarios mínimos, como expresamente reconoce la exposición de motivos (considerando 19 del texto final²⁶). De hecho, con anterioridad a la adopción de la propuesta inicial de directiva ya se planteó que, sobre esta base jurídica (la del art. 153.2 TFUE), el texto resultante sería necesariamente limitado, proponiendo alternativamente la vía más audaz, y posiblemente algo forzada del art. 175 TFUE, que permite adoptar medidas para fomentar la cohesión social de la Unión y sus regiones²⁷.

23. Menegatti, 2021, p. 29.

24. Comisión de Asuntos Jurídicos, 2021.

25. Cruz Villalón, 2021.

26. Literalmente afirma que “la presente Directiva no pretende armonizar el nivel de los salarios mínimos en toda la Unión ni establecer ningún mecanismo uniforme para fijar los salarios mínimos”

27. Aranguiz, Garben, 2019.

3. BREVE RECORRIDO POR EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA HASTA SU APROBACIÓN

La aspiración a una garantía comunitaria del salario mínimo no es nueva. En el año 2006, Jean Claud Juncker, entonces primer ministro luxemburgués y presidente del Eurogrupo, ya defendió la creación de un salario mínimo europeo conforme al cual cualquier persona trabajadora tuviera garantizado un salario decente²⁸, idea que reiteraría posteriormente en su campaña electoral en las elecciones al parlamento europeo tras las que alcanzaría la presidencia de la Comisión Europea. En noviembre del año 2007 el Parlamento Europeo, por 345 votos a favor, 12 en contra y dos abstenciones aprobó su resolución sobre la evaluación de la realidad social²⁹ que dedica varios de sus párrafos al salario mínimo: lo más relevante, a los efectos de este estudio, es que, tras declarar que constituye una herramienta para evitar la “pobreza de las rentas” en el §15 propone el ambicioso objetivo: pide al Consejo que acuerde una remuneración mínima del 60% del salario medio; en ese momento, según datos de Eurostat, los salarios mínimos en la Unión oscilaban entre el 49% del salario medio en Malta y el 29% en Rumanía; en la actualidad (datos de 2021) entre el 55% de Eslovenia y el 37,9% de Estonia.

La configuración de un Salario Mínimo Europeo en términos tan explícitos choca, como se ha expuesto, con la expresa prohibición del art. 153.5 TFUE, lo que llevó a alguna propuesta de implantación por la vía de la cooperación reforzada, procedimiento con escasa viabilidad dadas las resistencias de algunos estados miembros a avanzar en una legislación social³⁰.

Un punto de inflexión puede encontrarse, posiblemente, en la proclamación del Pilar Social Europeo en la cumbre de Gotemburgo en 2017. Esta declaración institucional, suscrita por Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, que trae causa del impulso del presidente Juncker dos años atrás, carece de efecto jurídico³¹, aunque no puede negarse su valor de impulso político.

El sexto de los veinte principios de este pilar se refiere precisamente a los salarios, y expresamente indica –entre otras ideas– que “deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo”. Con apoyo en esta declaración, precisamente, se impulsó desde la comisión la “Propuesta de Directiva

28. En discurso en alemán, citado en Schulten, 2008, p. 421 y mencionado, sin referencias, también en Giovanis et al., 2021, p. 1 .

29. Parlamento Europeo, 2007.

30. Wilson, 2018, p. 80.

31. Monereo Pérez, Fernández Bernat, 2017

del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea” cuyo texto final se aprobó el 28 de octubre de 2020.

La propia denominación de la propuesta, que utiliza el plural para referirse a la remuneración regulada, da una importante pista de su función en el ordenamiento. En ningún momento pretende establecer un único salario mínimo; en palabras de la propia Comisión lo que establece la Directiva es un “marco para mejorar la adecuación de los salarios mínimos y para aumentar el acceso de los trabajadores a la protección”.

La existencia del principio expreso en favor de los salarios mínimos en el Pilar Social, suscrito como se ha indicado por todos los sujetos responsables de la acción legislativa de la Unión hacía aventurar un resultado positivo del procedimiento, incluido expresamente en las declaraciones conjuntas de 2021 y 2022 sobre prioridades legislativas³². Desde la primera ocasión en que el Parlamento Europeo tuvo ocasión de pronunciarse el apoyo fue claro: tanto para la remisión a comisión³³ como en la apertura de relaciones interinstitucionales sobre la base de la posición adoptada³⁴ las mayorías fueron claras.

La posición aprobada por el Parlamento en este momento intermedio contenía hasta sesenta enmiendas afectando tanto a los Considerandos como al contenido normativo. Así, el propio título de la directiva se trató de matizar, al añadir a los salarios mínimos adecuados el adjetivo “justos”; resulta interesante que el COREPER en sus orientaciones generales al Consejo también se refirió al título de la directiva, pero en lugar de modificar la adjetivación lo hizo con el sustantivo objeto de regulación: en su intención la directiva sería “relativa a un marco para unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”.

En informe que sirvió de base a la propuesta aprobada inicialmente por el Parlamento Europeo³⁵, al margen de las múltiples modificaciones de los considerandos, con su indudable valor político –así, se refuerzan las referencias a la Carta Social Europea, se insiste en el adjetivo “justos” para los salarios “adecuados”, se añaden referencia a la igualdad entre sexos, la pobreza entre ocupados, colectivos vulnerables como personas trabajadoras de más edad, tiempo parcial, temporales, cedidos, de plataformas en línea, sectores poco cualificados– interesa exponer, aunque sea de forma somera, los cambios en el articulado.

Así, se propone por el Parlamento incluir expresamente la protección de los trabajadores y sus familias, subrayando así un importante aspecto de su suficiencia.

32. Documento adoptado por las tres instituciones comunitarias: Consejo, Comisión y Parlamento.

33. Votación realizada el 14 de septiembre de 2021, con 505 votos a favor, 92 en contra y 14 abstenciones.

34. Votación que tuvo lugar el 11 de noviembre de 2021, en la comisión de asuntos sociales, con 37 votos favorables, diez en contra y siete abstenciones.

35. Radtke, Jongerius, 2021

Igualmente, es destacable la expresa inclusión del sector público, que no aparecía en el texto inicial. En la fijación de salarios mínimos, además de recoger los objetivos tuitivos antes indicados, se hace alusión expresamente la garantía de un nivel de vida digno y el carácter protector de colectivos en riesgo. Entre los criterios que pretende el Parlamento Europeo que se tomen en consideración es interesante subrayar la noción de pobreza laboral y como se propone suprimir la referencia a la productividad. Es cierto que estos cambios no se acogen en la versión finalmente aprobada, aunque en esta última materia se reorienta para minorar su posible efecto sobre los salarios mínimos. Incluso se explicita la referencia al 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto, siquiera sea como parámetro orientativo y se trata de suprimir la existencia de salarios mínimos diferenciados para distintos grupos o colectivos de personas.

Siguiendo con las propuestas del Parlamento, en materia colectiva, se hace hincapié en la protección de la libertad de asociación y negociación colectiva, a la que propone reconocer expresamente la capacidad para fijar salarios en los convenios colectivos, más allá de la mera protección del mínimo legal o convencional. Esto se traduce posteriormente, entre otros aspectos, en la propuesta de sustitución de la mera consulta de las medidas previstas en el art.4 a la adopción en régimen de cooperación, lo que, sin requerir necesariamente acuerdo, impone un grado notablemente más intenso de diálogo con los interlocutores sociales. Asimismo, en una redacción ciertamente extensa y detallada, se propuso la inclusión de una serie de medidas de salvaguarda de la libertad sindical y de las facultades de negociación colectivas asociadas a aquella. Igualmente –y esto como se verá pasó al texto definitivo, se incrementa el umbral de negociación colectiva que, de no alcanzarse, exige intervención del Estado, pasando del 70% inicial al 80%. También es destacable la exigencia de revisión del correspondiente plan de acción (propuesto aquí cada dos años, aunque en la versión final de la directiva ha quedado en cinco años).

En lo referente a la efectividad de la directiva, al margen de otras garantías buscadas –en su mayoría no incorporadas al texto final– destaca la inclusión expresa en el art. 9, referente a la contratación pública, de los subcontratistas como sujetos sobre los que el Estado debe establecer medidas para la protección de la negociación colectiva y la normativa en materia salarial.

Este alto nivel de exigencia, en muchos casos ampliando el objeto de la directiva hacia una protección específica de la negociación colectiva y un mayor grado de concreción en las obligaciones de los estados contrasta con la visión del Consejo, que por el contrario buscaba salvaguardar precisamente la libertad de cada uno de los integrantes de la Unión en este ámbito.

La negociación entre el Parlamento Europeo y el Consejo dio lugar a un entendimiento que se plasmó en el compromiso del comunicado el 15 de junio de 2022, conforme al cual F. Dubreuil, presidente del COREPER, confirmó al presidente de

la Comisión de Empleo del Parlamento que, si el Parlamento aprobara el texto acordado informalmente en la reunión informal de seis de junio, el Consejo aprobaría dicha posición³⁶.

Tras ello, efectivamente el 14 de septiembre de este mismo año se aprobó el texto en el Parlamento y el Consejo la adoptó definitivamente el 4 de octubre de 2022, publicándose finalmente como Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea en el DOUE, Serie L 275 de 25 de octubre de este 2022.

4. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA CONFRONTADO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

4.1. Los objetivos de la directiva, su ámbito de aplicación y otras disposiciones generales

En la versión final publicada, ya en vigor y para cuya trasposición se establece la fecha del 15 de noviembre de 2024 (arts. 17 y 18), tiene por objeto “ajustar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas”, “fomentar la negociación colectiva sobre fijación de salarios” y “mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo, cuando así lo establezcan el Derecho nacional o los convenios colectivos”. Queda pues claro, como se ha dicho en tono crítico desde el ámbito sindical, una directiva de Salario Mínimo Europeo sino sobre salarios “mínimos adecuados EN la Unión Europea”³⁷.

Es destacable en este punto la ambigüedad intencional del primero de ellos – nada se dice sobre cómo determinar el nivel de “dignidad” del salario y se omite la referencia a las necesidades familiares– y la flexibilidad del tercero, con la condicionalidad del tercero. Es cierto en este punto, no obstante, que la directiva sí que acota en artículos posteriores el alcance de esta obligación empresarial.

Por otra parte, en aras a asegurar el respeto a los límites que impone la base jurídica y el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el primer artículo de la norma también subraya la función limitada que tiene a la hora de fijar las condiciones salariales. Así, se garantiza el papel de la autonomía colectiva en la negociación y celebración de convenios, así como la competencia de los estados para fijar los niveles de los salarios mínimos –en plural, lo que permite, ya desde este primer precepto, la diferenciación de grupos– y para determinar si estos vendrán fijados normativamente por los poderes estatales o pueden establecerse por negociación

36. Dubreuil, 2022

37. Boix, 2020

colectiva. Dicho de otra forma, la directiva en su primer precepto, contiene –posiblemente no podría haber sido de otro modo, dadas las limitaciones impuestas desde los tratados al propio derecho comunitario ya expuestas– la primera renuncia: no será preciso que exista un salario mínimo común a cualquier prestación de servicios en cada uno de los estados, y los diversos que sean de aplicación pueden estar fijados tanto por la legislación o legislaciones como por la negociación colectiva, sea o no universalmente aplicable. Con ello se abre la puerta, ya desde el planteamiento de objetivos, a que determinados colectivos tengan salarios mínimos específicos, o incluso a que haya trabajadores que, por estar fuera del alcance de la negociación colectiva, no se vean protegidos por este umbral salarial.

En todo caso, resulta claro que no se evita en la directiva únicamente establecer niveles o criterios concretos de fijación salarial, sino que se renuncia, aun en lo formal, a un sistema europeo de salarios mínimos, por cuanto que establece un sistema nítidamente dual³⁸, siendo admisibles en el marco de la directiva tanto sistemas totalmente impuestos por los Estados (más allá de la participación de los interlocutores sociales en la toma de decisiones) como plenamente acordados en la negociación colectiva.

La doble opción queda claramente definida en el apartado cuarto del primer artículo de la norma. Así, para evitar que la directiva pueda entenderse como una invitación a transitar en un sentido o en otro, al margen de reiterar el pleno respeto a la negociación colectiva, indica que por un lado, ninguna disposición de la norma puede interpretarse en el sentido de imponer “la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos”; pero al mismo tiempo, tampoco puede entenderse que se esté estableciendo “la obligación de declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable”.

Es también interesante atender al ámbito subjetivo de aplicación. Es una constante en el derecho comunitario más reciente el problema de la determinación de qué personas deben entenderse incluidas en la noción de trabajo por cuenta ajena, y esta directiva no se sustrae a ese debate. En nuestro derecho el concepto de salario dirige automáticamente al de trabajador por cuenta ajena, pero la forma en la que se percibe la retribución (salario o factura) no constituye en sí mismo indicio en un sentido o en otro; así, expresamente se ha establecido que “las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral”³⁹.

38. Álvarez Alonso, 2021, p. 151.

39. SSTS de 18 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6389) y 19 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1404).

La Directiva, en este sentido, se declara aplicable (art. 2) a quienes “tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en el Derecho, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”, incluyendo de este modo tanto el criterio formal (tipo de contrato firmado) como el material (la existencia de relación laboral). Sin embargo, se mantiene, insistamos en ello, el equilibrio de anteriores directivas: si bien no es función del derecho comunitario definir qué es un trabajador –cuestión que se remite a los derechos nacionales– al mismo tiempo no puede permitirse que por la vía de limitar excesivamente dicho concepto se evada el efecto útil de las normas armonizadoras⁴⁰. Por ello, como ya se había hecho en otras normas, se añade el inciso “teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Esta forma de plantear el concepto de trabajador, si bien no es innovadora, resulta interesante si se tiene en cuenta que el Considerando undécimo menciona, al establecer el ánimo protector de la directiva frente a las formas atípicas de empleo; y más expresamente, el considerando vigésimo primero señala, refiriéndose precisamente a la doctrina del TJUE, que a la luz de sus criterios “los trabajadores tanto del sector privado como del público, así como los trabajadores domésticos, los trabajadores según demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de plataformas digitales, los trabajadores en prácticas, los aprendices y otros trabajadores atípicos, así como los falsos autónomos y los trabajadores no declarados, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Se apuesta así, por tanto, por un concepto claramente material de trabajador, al que se pretende defender de la huida, más o menos lograda del derecho del trabajo y con ella de la aplicación de los salarios mínimos. Expresamente indica el mismo considerando que “falso trabajo por cuenta propia (...) debe “entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos a la actividad que se ejerce realmente, y no por la descripción de la relación que hagan las partes.” Esta inclusión se ha calificado de “crucial”⁴¹, por ser precisamente esos colectivos en las zonas grises del derecho laboral los más necesitados de protección frente a la precariedad (también) salarial.

La directiva contiene, por otra parte, disposiciones habituales en este tipo de norma que no requieren especial análisis. Así, puede citarse la cláusula de no regresión (art 16), frecuente en directivas en materia social y que evita la pérdida de derechos laborales con apoyo en la directiva y permite expresamente mayores niveles de protección a los Estados. Se recogen asimismo en el articulado los plazos de entrada

40. Cruz Villalón, 2021.

41. Álvarez Alonso, 2021, p. 152.

en vigor (veinte días desde su publicación) y límites para la transposición (15 de noviembre de 2024), con las habituales referencias a los deberes de comunicación sobre aquella a la Comisión, sin más particularidades de la expresa mención que debe hacerse sobre el papel de los interlocutores sociales (vid. *infra*. el epígrafe 4.4.2) .

4.2. Fomento de la negociación colectiva

Uno de los puntos en los que la directiva sea posiblemente más ambiciosa es en el fomento del diálogo social y la negociación colectiva. El hecho de que esta materia no plantee problemas competenciales con los Estados probablemente explique esta mayor intensidad regulatoria.

En efecto, el art. 4 de la Directiva, contenido en el Capítulo destinado a disposiciones generales y antes por tanto de regular los salarios mínimos establece en su apartado primero una serie de obligaciones para los Estados “con el fin de aumentar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios”. Es cierto que la forma de plantear estos mandatos es muy ambigua, dado que con carácter general se trata más de objetivos genéricos que de concretas obligaciones medibles o verificables y, por tanto, jurídicamente exigibles. Así, “fomentarán el desarrollo y el refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios”, “promoverán unas negociaciones constructivas, significativas e informadas sobre los salarios”, y “adoptarán medidas” para proteger a los negociadores o a quienes pretendan serlo así como a las organizaciones sindicales o patronales. Es cierto, sin embargo, que del precepto se deriva un derecho al acceso a “información adecuada” para poder negociar sobre salarios, lo que puede emplearse para reclamar a las empresas la aportación y justificación de sus propuestas, pero poco más que eso aporta este primer apartado, más allá de proteger la ya reconocida garantía de indemnidad.

Mayor interés presenta el apartado segundo, en el que establece un mandato mucho más claro: “todo Estado miembro en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva sea inferior a un umbral del 80 %, establecerá un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva”. Aunque no se concretan las medidas, se exige la elaboración de un plan –consultado a, negociado con o incluso pactado por los interlocutores sociales– que debe incluir “un calendario claro y medidas concretas”. Estos planes deben revisarse periódicamente (al menos cada cinco años, o antes “en caso necesario”).

Sobre este punto, resulta interesante destacar que ni el Instituto Nacional de Estadística ni la Oficina Estadística de la Unión Europea publican datos sobre cobertura de la negociación colectiva en cada Estado miembro. Los datos de la Organización

Internacional del Trabajo⁴², muestran que España se sitúa, conforme al último dato disponible (2018) justo por encima del umbral exigido (80,1), pero que en cuatro de los diez años para los que existe información en esa base de datos el nivel de cobertura fue inferior a esa barrera. Los datos de la Encuesta Anual de Coste Laboral, elaborada por el INE, por el contrario, indican que de manera consistente en torno a un 90% de los trabajadores tienen determinadas sus condiciones salariales por convenios colectivos.

Al margen de las metodologías diversas que puedan estar empleándose, esta disparidad de datos pone de manifiesto la necesidad de establecer una forma clara y precisa de medición, de cara a determinar si es o no necesario el plan de acción al que se ha hecho referencia⁴³.

4.3. El concepto de salario mínimo y de salario mínimo legal

En la estructura habitual de las normas de derecho comunitario, se definen expresamente los conceptos utilizados; así, el salario mínimo será “la remuneración mínima establecida por ley o por convenios colectivos que un empleador, también del sector público, está obligado a pagar a los trabajadores por el trabajo realizado durante un período determinado”.

Por otra parte, el salario mínimo legal se define como “salario mínimo establecido por ley u otras disposiciones legales vinculantes, a excepción de los salarios mínimos fijados mediante convenios colectivos que se hayan declarado universalmente aplicables sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la autoridad que los declara respecto del contenido de las disposiciones aplicables”.

Al margen de esta extraña técnica de reiterar la definición para incorporar un adjetivo que acota el concepto, se destaca ya una diferenciación que va a ser clave en la regulación de estos “salarios mínimos adecuados” a los que aspira la directiva.

Desde la perspectiva del derecho interno español, debe señalarse que la definición en sí misma no tiene un impacto particular, pues el Estatuto de los Trabajadores se limita, en su art. 27, a dar por hecha la existencia del salario mínimo, sin establecer una definición. Una reconstrucción de su significado en el ordenamiento jurídico español incluye algunos elementos adicionales, tales como la universalidad (se incluyen expresamente contratos formativos –art. 11 ET– relaciones laborales especiales –art.26 ET), integridad (el salario mínimo es la cuantía que se garantiza en efectivo, art. 26.1 ET) y de naturaleza totalizadora (por cuanto que “la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”).

42. Accesibles en <https://ilostat.ilo.org/topics/collective-bargaining/>

43. En el mismo sentido, Álvarez Alonso, 2022, p. 2.

Lo más relevante de la doble definición que recoge la directiva en realidad, es la determinación del ámbito de aplicación de buena parte de las normas de la directiva. El Capítulo II, que contiene los artículos 5 a 8, resulta únicamente de aplicación a los salarios mínimos legales; sólo sobre estos se establecen criterios de cálculo y actualización, entre otras disposiciones. A los salarios mínimos convencionales – no definidos más que por oposición– les resultarán de aplicación únicamente normas de naturaleza externa: las llamadas “disposiciones horizontales” (arts. 9 -13), pues las disposiciones finales (Capítulo IV) se refieren en realidad a la propia directiva y a obligaciones para los estados más que a afectaciones a régimen jurídico del Salario Mínimo.

4.4. El procedimiento de fijación de los salarios mínimos legales y su actualización

4.4.1. *Los criterios de fijación de los salarios mínimos*

Señala el art. 5 de la directiva que los “Estados Miembros con salarios mínimos legales establecerán los procedimientos necesarios para la fijación y actualización de los salarios mínimos legales”; la regulación en nuestro sistema apunta a una lógica similar, por cuanto que el art. 27 ET establece la fijación anual –con una revisión semestral “para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios” al consumo. Lógicamente, el texto comunitario impide que en este aspecto se produzca una regresión normativa que eliminara la existencia del SMI o suprimiera su carácter revisable, pero no siendo cuestiones presentes en el panorama político español, no parece que tenga particular trascendencia.

Continúa el precepto de la Directiva señalando los criterios para la “fijación y actualización”, indicando que “se guiarán por criterios establecidos para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género”. La concreción de los criterios se remite a “los usos nacionales (...), las decisiones de sus organismos competentes o acuerdos tripartitos”.

Por más que dichas afirmaciones muestren una voluntad clara del legislador comunitario de avanzar en la línea de la suficiencia salarial y la progresiva eliminación de lo que se ha venido a llamar pobreza laboral, lo cierto es que la vaguedad de sus términos obligacionales lo sitúa más en la categoría de los principios inspiradores que de las reglas. No hay un mandato estricto que pueda servir para contrastar las legislaciones nacionales.

La mayor innovación –aunque depende en gran medida de la exigencia que pueda hacerse de ello por la Comisión en el control y en último término por el TJUE– es la exigencia de que los criterios se establezcan “de forma clara”, pues parece requerir

que se haga una definición vinculante que permita contrastar si, objetivamente, los salarios mínimos fijados respetan las pautas marcadas por cada legislador interno.

Es claro que no está exigiendo la necesidad un mecanismo automático de fijación o actualización, pues el apartado tercero del mismo artículo cinco contempla esto como una opción adicional. Sin embargo, sí que señala este apartado primero que los estados “podrán decidir la ponderación relativa de dichos criterios”. El uso de la palabra ponderación lleva irremediablemente a una operación matemática; en la versión inglesa y francesa de la directiva se usa la palabra “*weight*” y “*poids*”, es decir peso, que sólo puede entenderse en la vigésimo primera acepción del diccionario académico como “valor asociado a un elemento de un conjunto con el que se expresa su importancia en él”; el término utilizado en la versión española lleva igualmente a la acepción “atribuir un peso a cada elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada”.

En una lectura de conjunto, puede inferirse que ese mandato de ponderación o atribución de una importancia relativa a cada uno de los factores se refiere no tanto a la normativa de cada estado como a la decisión efectiva que en cada momento se adopte. Es decir, que en el caso español se debe entender referida a la decisión gubernamental. Dicho de otra forma, la claridad en la normativa alude a la fijación de los criterios; el ejercicio de ponderación o atribución de importancia relativa a cada uno de esos criterios puede dejarse a la acción concreta de fijación, pero resulta ineludible –para asegurar el efecto útil de la directiva– que se haga de forma expresa. Además, debe tenerse en cuenta que, en la tramitación de la propuesta, al incluirse esta ponderación, se modificó la referencia a los criterios. Así la propuesta de la Comisión establecía una definición “de forma estable y clara”, frente al definitivo “se establecerán de forma clara”. La supresión de la estabilidad (el uso del verbo “establecerán” en lugar del original “definirán” es meramente estilístico: en otros idiomas se ha mantenido este último) viene unida a la adición de la posibilidad de ponderación por los estados atendiendo a las “condiciones socioeconómicas nacionales”, que por su propia naturaleza carecen de estabilidad, sino que evolucionarán con la sociedad y la economía que las definen.

Continúa el art. 5 de la Directiva incluyendo en su apartado segundo una lista no tasada de criterios que deben tenerse en cuenta (“incluirán al menos”) algunos de ellos. En este punto, resulta obligada la comparación con el precepto español sobre la misma materia; el art. 28 ET se refiere a la capacidad del gobierno para fijar anualmente el salario mínimo, indicando lo que debe tenerse en cuenta. Para una mejor comparación, resulta recomendable reordenar los elementos contenidos en una y otra norma, para así valorar la adecuación de la normativa española. Debe resaltarse, en cualquier caso, que nada dice la legislación española sobre la ponderación de cada uno de ellos.

Criterios del art. 5.2 de la Directiva	Criterios de art. 28.2 ET
a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;	a) El índice de precios de consumo.
b) la cuantía general de los salarios y su distribución;	d) La coyuntura económica general.
c) la tasa de crecimiento de los salarios;	c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
d) los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.	b) La productividad media nacional alcanzada.

Antes de realizar la comparación en sentido estricto, debe recordarse que, dado el carácter abierto de la lista enunciada en la directiva, en principio el único problema de la legislación nacional podrá ser de insuficiencia, pero no de exceso (salvo una eventual incompatibilidad material de los criterios nacionales con los comunitarios). Es decir, lo que sería eventualmente preciso modificar en aras a la correcta trasposición de la directiva se limitaría a añadir criterios, pues los estados pueden incluir más de los exigidos.

Entrando ya en el contraste de las dos normas, no parece que exista una diferencia de fondo entre la forma de referirse a la evolución de los precios (letra a, en ambos casos). Parece lógico que se tenga en cuenta la capacidad de adquirir que generan los salarios para determinar su nivel mínimo y adecuado. La directiva lo redacta de forma más clara, pero lo cierto es que el Índice de Precios al Consumo (IPC) es un agregado que valora, de forma ponderada, los diferentes bienes y servicios en que los hogares emplean sus rentas. Obviamente, podrían utilizarse otras medidas más ajustadas a los perceptores de los salarios mínimos, pues es obvio que determinados bienes y servicios se consumen en menor medida con ingresos bajos, pero no parece que pueda considerarse contrario a la directiva el utilizar esta referencia. No obstante, si se busca un mayor ajuste, posiblemente sería razonable –aunque insisto, no creo que exigible– elaborar un índice con una mayor ponderación de productos y servicios básicos, atendiendo a los criterios generales de medición de la pobreza.

La directiva comunitaria se refiere a dos parámetros específicamente relacionados con el nivel general de salarios: la cuantía general y su distribución (letra b) y su tasa de crecimiento (letra c). La norma española, por su parte, atiende a parámetros globales (la coyuntura económica general y la participación de los salarios en la renta nacional).

Debe indicarse en este punto que este último elemento de la norma española resulta algo confuso, pues ante una reducción sostenida de dicha participación no

queda claro si lo que se mandata –aun con un carácter meramente orientativo– es ajustarse al curso de los tiempos (y que por tanto el límite inferior de los salarios en relación al PIB per capita se reduzca) o si por el contrario debe adoptarse una política de rentas que “combata” esa pérdida de participación de los salarios, al menos en la parte inferior de su distribución.

Lo cierto es que, aunque ambas normas tienen presente la situación general de la economía, lo hacen desde ópticas distintas. Resultará, por tanto, a mi juicio, incorporar al sistema español la referencia a los niveles salariales. En este punto debe tenerse en cuenta el apartado cuarto de este mismo art. 5 de la Directiva. En el se establece que “los Estados miembros utilizarán valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de los salarios mínimos legales. A tal fin, podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional.”

Dejando a un lado la técnica legislativa meramente ejemplificativa del inciso final (nada ordena ni nada permite ese “podrán”), sirve bien para entender el alcance del parámetro que ahora se analiza. El nivel medio, mediano, o cualquier otra referencia estadística (por ejemplo, podrían establecerse reglas de compresión salarial, estableciendo el salario mínimo como un porcentaje de los salarios de los deciles superiores) es a lo que se refiere esa “cuantía general y su distribución”. Ese valor, sin embargo, parece más relevante a la hora de establecer *ex novo* un salario mínimo que para fijar su evolución, como ocurre en el caso del mercado de trabajo español.

Trayendo al ámbito jurídico-económico el principio de indeterminación de Heisenberg, debe hacerse notar que no tiene sentido establecer como parámetros al mismo tiempo los niveles (dimensión estática) y su crecimiento (dimensión dinámica): si se atiende al nivel general de salarios en cada momento, dará igual de donde venga (a que velocidad aumente o se reduzca ese nivel de salarios). Por el contrario, si lo que se mide es la tasa de crecimiento de los salarios, ello sólo servirá para fijar un salario mínimo en relación con otro que ya existiera en un periodo anterior.

Menos complejidad parece mostrar, al menos en cuanto a la referencia a la que atiende, la mención de la productividad que, en este caso sí, parece concebirse de un modo muy similar en una y otra norma. Resulta claro que la voluntad de los legisladores comunitario y nacional es que cuanto mayor sea la productividad del trabajo en un país, mayor sea también el salario mínimo. No obstante, no puede olvidarse que la medida de la productividad –y más aún la comparación entre países– pese a la aparente simplicidad de su concepto (relación entre los recursos empleados y lo producido), es una cuestión compleja, que según la metodología empleada puede dar lugar a resultados muy diversos⁴⁴. La diferencia terminológica (mientras que la norma

44. Pilat, Schreyer, 2003, p. 128.

española se refiere a la variable en sí misma, la comunitaria alude a su evolución) es irrelevante: en el contexto de fijación de salarios mínimos, el ET lógicamente se refiere al cambio que se haya producido. La mención del largo plazo, por su parte, puede solventarse sin problemas por una vía de interpretación conforme.

La mayor dificultad en la interpretación de cómo debe trasponerse esta directiva es, en realidad, la exigencia de “claridad”. La evaluación de la adecuación de los salarios mínimos contemplada en el apartado cuarto antes mencionado debe hacerse con “valores de referencia orientativos”; la propia noción de “criterios” parece exigir algo más de concreción que el “tener en cuenta” del art. 27 ET. Sin embargo, tal y como se viene exponiendo, el legislador comunitario expresamente rechaza la posibilidad de establecer un mecanismo uniforme y protege el espacio de la negociación colectiva (véase, por ejemplo, el considerando 19) y reconoce indirectamente la naturaleza de herramienta de política económica de los salarios mínimos (considerandos 28 y 29).

El régimen jurídico actualmente vigente se ha interpretado por la Sala tercera de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que “el “teniendo en cuenta” referido a los criterios del artículo 27.1 como pautas del juicio de pertinencia en la fijación del SMI lleva a una decisión prudencial por su alcance, pero de signo político en cuanto a la pertinencia y su acierto o desacierto, lo que tenga de criticable por exceso o defecto, será valorable política y no jurídicamente. Es más, cabe que conocidos los datos objetivos u objetivables o presumibles que arrojen los criterios del artículo 27.1 del ET, el Gobierno, ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 de la Constitución o los pactos internacionales o las recomendaciones antes citados.” (STS de 7 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3031)

Queda, por todo ello, un amplio margen a la hora de configurar cómo se medirán y ponderarán cada uno de los criterios, incluyendo el margen de discrecionalidad puramente política para el gobierno. A mi juicio, la adaptación que debe realizarse, al margen de la inclusión expresa de los parámetros relativos a la evolución salarial, debe dirigirse a la claridad en la ponderación que en cada momento se haga de cada uno de los elementos que ya incluye el art. 27 ET. Así, expresiones como “Las nuevas cuantías, por último, son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁵ deben desaparecer y ser sustituidas por una exposición algo más detallada. Sin embargo, fuera de supuestos extremos (p.ej. un descenso del SMI en un incremento de crecimiento económico, mejora de la productividad y de los salarios, con una inflación positiva), difícilmente serán controlables.

45. Tomada del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.

Es preciso, para cerrar este subapartado, mencionar el apartado tercero del art. 5, que de nuevo emplea una técnica legislativa de mera permisividad de algo que no estaba prohibido: señala que “los Estados miembros podrán utilizar además un mecanismo automático de ajuste de indexación de los salarios mínimos legales, basado en criterios apropiados”. Tiene este apartado una finalidad casi pedagógica o de recomendación, pues lógicamente, sí la norma puede establecer “con claridad” criterios cuantificables y sus ponderaciones, nada impediría un mecanismo automático de fijación. Lo único destacable en este punto es la no regresividad de estos mecanismos automáticos, pues expresamente se establece como límite, aquí sí de forma tajante e imperativa, que “la aplicación de ese mecanismo no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal”. De cualquier modo, este mecanismo es ajeno a nuestra cultura jurídico-social, en la que la fijación del SMI tiene un eminente contenido político, por lo que es poco probable que resulte de aplicación práctica a España. El mayor efecto práctico del uso de este mecanismo es la frecuencia de actualización obligatoria, que pasa de dos años a cuatro. En todo caso, el mandato de revisión anual del art. 27 ET establece un criterio de mayor exigencia.

4.4.2. El procedimiento de aprobación y la participación de los interlocutores sociales

En lo referente al procedimiento de aprobación, sí que es necesario realizar una adaptación normativa. En la actualidad se ha entendido que la fijación del SMI es una “decisión que en sí tiene carácter de acto”⁴⁶ sin contenido normativo, y que en consecuencia no requiere dictamen del Consejo de Estado, ni de ningún otro órgano en particular. La ley se limita a exigir la “previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas” pero sin un cauce formal específico. De hecho, se ha aceptado que este trámite se ventile con una remisión y petición de opinión o informe de menos de 24 horas⁴⁷.

En este punto, el apartado sexto del art. 5 de la directiva impone la designación o creación de un órgano consultivo para asesorar sobre “cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal”. A ello se une el art. 7 de la directiva, que bajo el título “participación de los interlocutores sociales en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales” ordena que se implique a los interlocutores sociales. Esta implicación debe ser “oportuna y efectiva” y “a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones”, incluyendo expresamente la participación en el órgano consultivo al que me acabo de referir.

Parece razonable, en nuestro sistema, atribuir estas competencias al Consejo Económico y Social, definido expresamente como “órgano consultivo del Gobierno en

46. STS de 7 de octubre de 2020, FJ. 4 (ECLI:ES:TS:2020:3031), reiterado, entre otras, en la STS de 29 de abril de 2021, FJ. 4, (ECLI:ES:TS:2021:1499).

47. STS de 29 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4524

materia socioeconómica y laboral”⁴⁸, y en el que los interlocutores sociales tienen una composición mayoritaria. Ello implicaría –salvo cambio en la norma, claro está– un plazo mínimo para dictamen de 15 días, reducible por constancia gubernamental de su urgencia a no menos de 10 días⁴⁹. En todo caso, debe tenerse en cuenta que existe ya una “Comisión Asesora en materia de Salario Mínimo Interprofesional” constituida el 28 de enero de 2020 por expertos designados por el gobierno y con participación de interlocutores sociales y con una –a mi juicio–preocupante ausencia de juristas entre los expertos⁵⁰. Dicha comisión no tiene una configuración legal específica, pero no parece descartable que, en un futuro, pudiera asumir formalmente las funciones indicadas.

Al margen del órgano consultivo indicado, la participación de los interlocutores sociales en estas “cuestiones relacionadas”, además, tiene una naturaleza más intensa de lo previsto en el art. 27 ET, pues tiene un contenido expreso y detallado, que afecta tanto al propio sistema de salarios mínimos como a la fijación y evaluación concreta de su suficiencia y adecuación. Incluso el art. 17 de la directiva, relativo a la trasposición y aplicación, contempla la posibilidad de atribuirles total o parcialmente la aplicación de aquella, sin perjuicio de mantener la naturaleza de “obligado” del Estado Miembro, por lo que en tal caso habrían de establecerse las garantías oportunas.

De cualquier modo, en la participación de los mencionados interlocutores, deben separarse dos momentos claramente diferenciados. Por una parte, resulta claro que en el propio proceso de trasposición de la directiva es precisa la participación “oportuna y efectiva” de los agentes sociales. Tendrán por tanto que ser escuchados para la adaptación de los criterios del art. 27 ET a los del art. 5 de la Directiva, así como las concreciones en aras a la claridad que puedan modificarse, así como en las “variaciones y deducciones”, concepto al que más adelante haré referencia.

Por otra parte, de cara a la evaluación de la eficacia real de la directiva, la adecuación de los salarios a los valores de referencia que deben “orientar la adecuación” (art. 5.3), también se requiere esta participación, que alcanza igualmente a la recogida de datos para la elaboración de los estudios preceptivos (vid. *infra*).

Fuera del plano normativo, en el concreto de adaptación o aplicación, es decir, en la concreta fijación de salarios, no establece curiosamente mención expresa en las materias en las que “en particular” deben participar estos interlocutores, aunque sí se establece de forma genérica en el inicio del precepto. No obstante, sí que se hace mención directa a la participación en las actualizaciones.

48. Art. 1.2 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social.

49. Art. 7.3 de la Ley citada en la nota anterior.

50. La constitución de esta comisión es puramente política, sin apoyo normativo explícito. Puede verse su composición en la nota de prensa publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social el 28 de enero de 2016 (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2021/280121-smi.aspx>).

Por ello, resulta claro que, en la línea antes apuntada, resulta ineludible reforzar los cauces de participación, para superar la concepción actual de interlocución que, en esta materia, resulta más formal que efectiva, dada la amplia interpretación de la discrecionalidad política y la limitada exigencia de participación que ha aplicado la sala tercera del Tribunal Supremo, tal vez por su menor sensibilidad a las cuestiones sociales que la que pudiera tener la sala cuarta.

4.5. Los mecanismos de información y efectividad

4.5.1. *La efectividad desde la perspectiva individual: información*

El cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, especialmente cuando se trata de tutelar los intereses y derechos de las personas que se encuentran en situaciones de precariedad, resulta tanto o más importante que la propia norma. Para que cualquier norma de espíritu protector sea eficaz, resulta cabal entender que son dos las condiciones previas: que las personas a las que se pretenda conocer conozcan sus derechos y que se establezcan los cauces adecuados para su ejercicio. Por último, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, el conjunto del sistema debe establecer los incentivos adecuados para que la parte beneficiaria –típicamente la persona trabajadora– y la parte obligada –típicamente la empresa– sean proclives al cumplimiento de lo ordenado. Pues bien, en estos tres puntos la directiva trata de avanzar.

En primer lugar, en el plano de la información, el art.14 de la Directiva impone un deber general a los Estados para hacer llegar a todos los actores –“trabajadores” y “empresarios, incluidas las pymes”– tanto las disposiciones ya vigentes como los actos de transposición.

Más acotado, establece el art. 11 un mandato específico relativo a información sobre la protección del Salario Mínimo. Así, ordena a los estados la garantía de que la información de los derechos y deberes de la directiva esté “a disposición del público”, incluyendo la adecuación lingüística. Al margen de la accesibilidad a las personas con discapacidad –que implícitamente ya deriva del mandato general de los art.22 y siguientes de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵¹– es un mandato quizá demasiado genérico. Es cierto, por otra parte, que parte del contenido que tiene que ser objeto de información (la protección del salario mínimo) parece acotarse a los convenios colectivos universalmente aplicables. El mandato, en su caso, justificará acciones divulgativas o informativas en sectores con mayor presencia de economía no declarada (y por tanto de mayor dificultad de control público y acceso sindical), incluso con traducción a lenguas no oficiales, cuando sean las de más frecuente conocimiento entre las personas trabajadoras afectadas.

51. Cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

En todo caso, nuestro sistema de fijación legal y de ámbito estatal y universal facilita en gran medida que la información básica sea ampliamente conocida: al margen de su publicación en las webs oficiales, los medios de comunicación masiva suelen dar amplia cobertura a la noticia de la fijación anual del SMI.

4.5.2. *La protección de la percepción efectiva del salario mínimo*

Son diferentes herramientas las previstas para asegurar el salario mínimo como medio de vida de la persona trabajadora. En primer lugar, en el capítulo dedicado a los salarios mínimos legales el art. 6 lleva por título “variaciones y deducciones”. Bajo esta rúbrica se establece que –para el caso de que se establezcan unas u otras afectando al salario mínimo legal– estas no sean discriminatorias y respeten la proporcionalidad, lo que implica, según se indica expresamente, la existencia de una finalidad legítima.

Las variaciones a las que se refiere este precepto son las modulaciones que pudieran fijarse en atención a diversos criterios. En nuestro sistema, desaparecida la establecida por razón de edad –con un salario mínimo inferior para los menores de 18 años– en el año 1998⁵² la única existente es la proporcionalidad a la jornada realizada, que no plantea –pese a la feminización del trabajo a tiempo parcial– problemas desde la perspectiva del derecho a la igualdad. Resulta obvio que la fijación de un salario mínimo en términos absolutos (independiente del tiempo trabajado) supondría una disuasión casi absoluta del trabajo a tiempo parcial, pues difícilmente podría abonarse para jornadas reducidas.

Las deducciones, por su parte, son las cantidades que puedan detraerse fijada como salario mínimo y que tengan por efecto una percepción efectiva inferior. En este sentido, en derecho español se aplicarán las cotizaciones sociales que corresponden a la persona trabajadora –un máximo del 6,4 por ciento⁵³–, que por su cuantía y naturaleza satisfacen los principios señalados. No obstante, debe señalarse en este punto que en el sistema especial de seguridad social aplicable al empleo al servicio del hogar familiar la regulación sí que puede suponer una distorsión. Debe recordarse que el empleo doméstico está eminentemente feminizado –9 de cada 10

52. Señala la Exposición de motivos del Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1998 que se culmina así el proceso de aproximación iniciado en 1996.

53. Sumando las cuotas que corresponden por contingencias comunes, desempleo (en caso de trabajadores temporales, un 0,05% menos en contratos indefinidos) y formación. Datos conformes al art. 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y su desarrollo por la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.

personas que realizan esta actividad económica son mujeres⁵⁴– y que recientemente España ha tenido que adaptar su régimen de protección por desempleo para evitar el trato discriminatorio⁵⁵. Pues bien, el sistema de tramos en el cálculo de las cuotas establecido para esta clase de trabajo implica considerar bases de cotización diferentes a lo efectivamente percibido. Los tramos de cotización establecen una base ficticia, que en la práctica para los salarios inferiores al SMI imponen una recaudación que, en promedio, es superior a la efectivamente percibida⁵⁶. Esto es especialmente relevante si se tiene en cuenta que un 59,3% de las mujeres que realizan esta actividad están empleadas a tiempo parcial⁵⁷. Aunque es cierto que esto supone, en cierto modo, un plus de protección desde la perspectiva de la Seguridad Social –mayores bases de cotización implican mayores prestaciones– desde la perspectiva de la protección del SMI frente a deducciones sí que puede interpretarse como discriminatorio, pues afecta, sin justificación suficiente, de forma notablemente superior a las mujeres que a los hombres⁵⁸, lo que puede interpretarse como una discriminación indirecta.

En materia tributaria, por el contrario, las cantidades inferiores al salario mínimo (incluso superiores, dependiendo de la situación familiar de la persona contribuyente) sí que están exentas de retenciones, por lo que en este punto el ajuste a la directiva no plantea duda alguna.

Al margen de esas deducciones de derecho público, en nuestro sistema el salario mínimo se protege con claridad frente a las deducciones, y se garantiza siempre en dinero (art. 26.1 ET). Además, es inembargable en su cuantía –lo que en la práctica supone la prohibición de deducciones– y en cuantías superiores sólo parcialmente, de conformidad con el art. 607 LEC. Esta inembargabilidad, debe recordarse, es una protección que comparte lógica con la naturaleza del salario mínimo como garantía de vida. No se trata de fijar por el poder público un pago justo por el salario realizado

54. Conforme al último dato de la EPA disponible, el 90,1 % de las personas que trabajan al servicio de los hogares son mujeres. Esta ratio ha oscilado en toda la serie temporal entre el 85,8% en el primer trimestre de 2021 y el 93,8% en el segundo de 2008.

55. La STJUE de 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:120), en el asunto C-389/20 declaró que “el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

56. En todos los tramos inferiores al SMI la base de cotización es superior al salario medio del tramo al que se aplica.

57. EPA del tercer trimestre de 2022.

58. En números absolutos, conforme al último dato publicado (tercer trimestre de 2022), son 283.600 las mujeres empleadas al servicio de los hogares a tiempo parcial, frente a sólo 12.700 hombres, es decir, veintidós veces más.

—en ese punto el convenio colectivo tendrá una capacidad infinitamente superior—, sino de garantizar los medios de vida de la persona trabajadora. Por ello, la inembargabilidad se predica del salario mínimo como cuantía adecuada para la subsistencia y no se reduce proporcionalmente con el trabajo realizado, ni en el caso de haber sido efectuado a tiempo parcial⁵⁹, ni por haber trabajado sólo una parte del mes⁶⁰.

4.5.3. *Reacción frente a incumplimientos y garantías*

Para hacer efectivo el derecho a la percepción del salario mínimo contempla adicionalmente la Directiva la necesidad de articular una tutela que podemos calificar como reactiva. Desde el plano individual, el art. 12.1 contempla la necesidad de reparación en caso de vulneración de los derechos en materia de salario mínimo. Ello implica, desde luego, el derecho al cobro de las cantidades que, debiéndose haber pagado, no se hayan abonado, pero posiblemente también una reparación integral del daño. Debe tenerse en cuenta que la infrarremuneración puede haber producido perjuicios financieros o de otro tipo, pues en los niveles retributivos a los que afectan estos salarios el pago de una cantidad inferior puede implicar que la persona trabajadora no pueda hacer frente a obligaciones contraídas. Así, sin que exista presunción alguna que limite la carga probatoria de quien alega la producción de un daño, siempre que se acredite un perjuicio derivado de la falta de pago del salario mínimo, este debe ser compensado. El mecanismo concreto (judicial, administrativo, arbitral,...), en buena lógica, se deja a los estados.

En el derecho español no existe ninguna restricción a este tipo de exigencias, más allá de la prescripción general de las acciones labores en el plazo de un año que, a mi juicio, no resulta desproporcionada. La exigencia de una “resolución de litigios efectiva, oportuna e imparcial” queda pues, suficientemente satisfecha con las disposiciones procesales generales, sin perjuicio de que las eventuales dilaciones judiciales ocasionadas por la falta de medios puedan suponer, en el caso concreto, un incumplimiento.

El apartado segundo de este art. 12 de la Directiva, por su parte, contempla una forma específica de garantía de indemnidad. Así, se establece para los Estados el deber de proteger a personas trabajadoras y sus representantes frente a “cualquier trato desfavorable por parte del empleador y contra cualquier consecuencia adversa derivada

59. Criterio este compartido por la Dirección General de Tributos, en las consultas vinculantes V0496-18, de 22 de febrero de 2018 (accesible en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0496-18) y V2805-20, de 14 de septiembre de 2020, (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2805-20).

60. Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V2029-16, de 11 de mayo de 2016 (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2029-16) y V3125-18, de 4 de diciembre de 2018 (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3125-18).

de una denuncia presentada ante el empleador o de cualquier procedimiento incoado con el fin de hacer cumplir la ley, en caso de vulneración de los derechos relativos a la protección del salario mínimo”. Dada la conexión de este tipo de acciones con el derecho a la tutela judicial efectiva, la consecuencia de este tipo de conductas lesivas será la nulidad y, eventualmente, la indemnización correspondiente, por lo que tampoco resulta especialmente problemática la incorporación de este punto a nuestro derecho interno.

Añade el art. 13, bajo la rúbrica “sanciones”, una reacción adicional del derecho ante el incumplimiento. Aunque una lectura superficial pudiera llevar a pensar que se impone la sanción administrativa (o incluso penal), lo cierto es que expresamente se permite que las consecuencias sean meramente contractuales, lo que enlaza con el derecho a reparación al que acabo de referirme y que recoge el precepto inmediatamente anterior de la Directiva. De cualquier forma, tampoco este punto requiere una actuación específica de transposición por parte del estado español, toda vez que el art. 7.10 LISOS ya contempla como infracción grave “establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente”, lo que conlleva sanciones, en función de las circunstancias concurrentes, multas de 751 a 7 500 euros.

4.5.4. Contratación pública y salarios mínimos

Tras unos inicios históricos en los que la defensa de la libertad de establecimiento y la protección de la competencia se priorizaba de forma nítida frente a la tutela de derechos sociales, la progresiva construcción de una “Europa Social” llevó a la directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública a reconocer en su art. 18 un “reconocimiento de estándares laborales en la ejecución”, elevando a texto lo que en anteriores directivas sólo aparecía en los considerandos⁶¹: la exigencia de que los Estados miembros garanticen, en la ejecución de los contratos públicos, el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social o laboral (entre otras), ya procedan del derecho comunitario o nacional, incluidos convenios colectivos e incluso ciertas disposiciones de derecho internacional.

En ese contexto normativo, no puede sorprender que el art. 9 de la Directiva que aquí se analiza refiriéndose a la antes mencionada y a las de igual fecha y materia⁶² establezca un deber general de garantizar el cumplimiento de “obligaciones aplicables sobre salarios, el derecho de sindicación y la negociación colectiva sobre la fijación de

61. Miranda Boto, 2016, p. 80.

62. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la más específica Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

salarios, en el ámbito del Derecho social y laboral”. Este precepto, por tanto, tiene una naturaleza esencialmente reiterativa, pedagógica si se quiere. Siendo relevante su contenido, no aporta nada sobre lo que ya exigían las directivas anteriores, y es significativo que, de hecho, ni siquiera se refiere expresamente al salario mínimo.

En todo caso, debe recordarse que ya antes de la directiva mencionada, con base en el menos exigente art. 26 de la sustituida Directiva 2004/18⁶³ —en el que simplemente se permitían “condiciones de ejecución” referidas a condiciones de tipo social— ya el TJUE había admitido la exigencia de salarios mínimos en el asunto *Regio Post*⁶⁴, enmendado en cierto modo⁶⁵ las muy restrictivas desde la perspectiva tuitiva de los salarios dictadas en los asuntos *Rüffert*⁶⁶ y *Bundesdruckerei*⁶⁷.

La legislación española de contratación pública⁶⁸, por su parte, contempla tanto la necesidad de desglosar salarios suficientes desde la perspectiva legal y convencional en el presupuesto base de licitación (art. 100 LCSP) como la posibilidad de imponer penalidades al incumplimiento de las obligaciones salariales (art. 201 LCSP).

4.5.5. Adecuación, evaluación y revisión de los salarios mínimos

La escasa capacidad de la Unión para imponer niveles salariales o estructuras retributivas a los estados se ha compensado en gran medida en esta directiva con una importante carga analítica, que tiene el objetivo, a mi juicio, de poner de manifiesto, en su caso, las insuficiencias retributivas para generar así una cierta presión social para su elevación.

Así, el extenso artículo 10 de la Directiva establece el deber de tener “herramientas eficaces de recogida de datos para hacer el seguimiento de la protección del salario mínimo”. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que existen en España abundantes fuentes de información de las que dispone el estado, aunque no siempre están accesibles para terceros, en gran medida por las necesidades que impone la debida protección de datos de carácter personal:

- La información relativa a las cotizaciones de seguridad social, pues aunque las bases de cotización y el salario no sean exactamente coincidentes, están íntimamente relacionados.

63. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

64. STJUE de 17 de noviembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:760), asunto C115/14.

65. Un análisis más detallado de las diferentes resoluciones se puede encontrar en Miranda Boto, 2016

66. STJUE de 3 de abril de 2008 (ECLI:EU:C:2008:189), asunto C-346/06.

67. STJUE de 18 de septiembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2235), asunto C-59/13.

68. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Citada en este trabajo como LCSP.

- En materia tributaria, las empresas tienen obligación de declarar los ingresos, aun cuando en determinados casos (especialmente en bases imponibles bajas) no exista obligación de retener (art. 108.1 in fine RIPRF).
- En el ámbito estadístico, la encuesta trimestral de coste laboral recoge algunos agregados, lo que no permite, por tanto, distinguir los niveles retributivos de cada persona empleada. Sin embargo, sí que se consulta sobre la fuente reguladora del salario, lo que permite conocer información sobre la cobertura efectiva de la negociación colectiva.
- En el mismo sentido, las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en materia de negociación colectiva sobre trabajadores cubiertos por la negociación colectiva permiten estimar la cobertura.

En todo caso, sin perjuicio de cómo se administre esta información, que como indico ya existe y simplemente requiere de una sistematización, ello debe llevar a la presentación de un informe bienal antes del 1 de octubre. El primero de ellos, excepcionalmente comprende tres años (2021-2023) y debe presentarse antes del 1 de octubre de 2025), con los datos disponibles a 15 de noviembre de 2024.

El contenido de este informe variará en función de la opción del Estado por el establecimiento de un salario mínimo legal (como en el caso de España) o la remisión a la negociación colectiva. En el primer caso, el relevante a efectos españoles, se combinan elementos estadísticos (cuantitativos: tasa de cobertura de la negociación colectiva y su evolución, proporción de trabajadores cubiertos por el salario mínimo, así como –si hay datos disponibles– los afectados por las variaciones) con otros de naturaleza normativa (cuantía del salario mínimo, descripción de deducciones y variaciones y su motivación).

Estas informaciones se deben desglosar por “género, edad, discapacidad, tamaño de la empresa y sector”, aunque sólo en la medida que estén disponibles estos datos. Dicho de otra forma, no existe una obligación para los estados de recoger la información con ese nivel de desagregación, pero si se hace debe incluirse en el análisis.

Es interesante distinguir este informe de aquellos que puedan realizar los órganos consultivos a los que se ha hecho referencia; debe recordarse en este punto que “las decisiones relativas tanto a la recogida de datos como a la realización de estudios y análisis” deben ser consultadas a los interlocutores sociales (art. 7.e de la directiva). Dado que parece que difícilmente se podrá privar al órgano consultivo de la información que se remite a la Comisión Europea, parece razonable entender que los datos que sirven de base en ambos casos serán comunes, con lo que en este punto debe también tenerse en cuenta a los interlocutores sociales.

En el ámbito de la evaluación del efecto, no puede olvidarse tampoco el apartado cuarto del art. 5 de la directiva, que establece el deber a los Estados Miembros de utilizar “valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de

los salarios mínimos legales” poniendo para ello como ejemplos (y nada más que eso) el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto.

A nivel global, toda la información aportada por los Estados está llamada a conformar una base de conocimiento sobre la que avanzar en el cumplimiento de los objetivos de suficiencia salarial. Por ello, el art. 15 contiene un mandato de evaluación y revisión para la Comisión Europea que debe llevarse a cabo no más tarde del 15 de noviembre de 2029, es decir, un mes después de vencer el plazo para la presentación por los estados del tercer informe bienal, que debe servir de base, en caso de estimarse necesario, para proponer modificaciones a la directiva.

5. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

- Álvarez Alonso, Diego (2021), Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 151, 33-55.
- Álvarez Alonso, Diego (2022), La Directiva 2022/2041 sobre Salarios Mínimos Adecuados en la Unión Europea, *Briefs de la AEDTSS*, 2.
- Aranguiz, Ane; Garben, Sacha (2019), Confronting the Competence Conundrum of an EU Directive on Minimum Wages: In Search of a Legal Basis, *College Of Europe Policy Brief*, 9.19, 5.
- Ballesteros, David Estrada (2019), Convenio sobre la fijación de salarios mínimos 1970 (núm. 131), *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(Extra 0), 1033-1048.
- Baylos Grau, Antonio (2022, octubre 28), La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, *Nuevatribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-salarios-minimos-adecuados-union-europea-laboral-ue/20221028130805204416.html>
- Boix, Isidor (2020, diciembre 19), Directiva europea sobre salarios mínimos: importante impulso a la negociación colectiva nacional, *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-europea-salarios-minimos-negociacion-colectiva-laboral-sindicatos/20201119183750181425.html>
- Ceemet - European Tech & Industry Employers (s. f.), *Adequate Minimum Wages. Imposing law on a questionable legal basis*. Recuperado 18 de octubre de 2022, de <https://www.ceemet.org/policy-priorities/adequate-minimum-wages/>
- Comisión de Asuntos Jurídicos (2021), *Opinión sobre la base jurídica de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (COM(2020)0682 – C9-0337/2020 – 2020/0310(COD))* (PE699.235v01-00), Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AL-699235_ES.pdf

- Cruz Villalón, Jesús (2021, abril 12), La promoción de Salarios Mínimos Adecuados en la Unión Europea, *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/la-promocion-de-salarios-minimos.html>
- Dubreuil, Fabrice (2022, junio 15), *Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/empl/lcag/2022/06-15/EMPL_LA\(2022\)004578_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/empl/lcag/2022/06-15/EMPL_LA(2022)004578_EN.pdf)
- Fernández-Macías, Enrique; Vacas-Soriano, Carlos (2016), A coordinated European Union minimum wage policy?, *European Journal of Industrial Relations*, 22(2), 97-113. <https://doi.org/10.1177/0959680115610725>
- Gimeno Díaz de Aauri, Pablo (2022), Los salarios mínimos en la España y la Europa que vienen. Algunas reflexiones interdisciplinarias, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(2), 184-196. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7068>
- Giovanis, Nikolaos; Konstantinidis, Christos; Tsiouni, Maria (2021), Factors affecting minimum wage in developed and less developed countries, *International Journal of Scientific Research and Innovative Studies*, 1. <https://doi.org/doi.org/10.33500/ijrsris.2021.01.001>
- Kampelmann, Stephan; Garnero, Andrea; Rycx, François (2013), *Minimum wages in Europe: does the diversity of systems lead to a diversity of outcomes?*, ETUI, European Trade Union Institute.
- Menegatti, Emanuele (2021), Much ado about little: The Commission proposal for a Directive on adequate wages, *Italian Labour Law E-Journal*, 21-32 Pages. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13369>
- Miranda Boto, José María (2016), Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 6(2), 69-91.
- Monereo Pérez, José Luis; Fernández Bernat, Juan Antonio (2017), El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social, *Diario La Ley*, 9001, 1.
- Parlamento Europeo (2007), *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2007, sobre la evaluación de la realidad social (P6_TA(2007)0541)*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0541_ES.pdf
- Pilat, Dirk; Schreyer, Paul (2003), Measuring productivity, *OECD Economic Studies*, 2001(2), 127-170. https://doi.org/10.1787/eco_studies-v2001-art13-en
- Radtke, Agnes; Jongerius, Dennis (2021), *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea | | Parlamento europeo* (N.º A9-0325/2021), Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0325_ES.html

- Schulten, Thorsten (2008), Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe, *European Journal of Industrial Relations*, 14(4), 421-439. <https://doi.org/10.1177/0959680108097494>
- Schulten, Thorsten (2012), European minimum wage policy: A concept for wage-led growth and fair wages in Europe, *International Journal of Labour Research*, 4(1), 85.
- Seeliger, Martin (2018), Why Do (Some) European Trade Unions Reject Minimum Wage Regulation?, *Culture, Practice & Europeanization*, 3(1), 37-46. <https://doi.org/10.5771/2566-7742-2018-1-37>
- Taylor, Frederick Winslow (1970), *Management científico* (1ª ed. en lengua castellana.), Oikos-tau: Oikos-Tau.
- Visentini, Luca (2021), Directive on Adequate Minimum Wages: European institutions must respect the promise made to workers!, *Italian Labour Law E-Journal*, 33-39 Pages. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13371>
- Webb, Sidney (1912), The Economic Theory of a Legal Minimum Wage, *Journal of Political Economy*, 20(10), 973-998.
- Wilson, George Robert (2018), *Investigating the idea of a European Union minimum wage policy: a socio-legal perspective* [School of Law, University of Leeds]. <https://core.ac.uk/download/pdf/161937849.pdf>

LAS RETRIBUCIONES VARIABLES DE ALTOS DIRECTIVOS,
O MIEMBROS DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, DE
EMPRESAS PERCEPTORAS DE FONDOS PÚBLICOS

VARIABLE REMUNERATION OF SENIOR MANAGERS OR MEMBERS OF
THE BOARD OF DIRECTORS OF PUBLICLY FUNDED COMPANIES

Carmen Ferradans Caramés
Profesora TU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz
Orcid: 0000-0001-6328-2840
carmen.ferradans@uca.es

RESUMEN: El establecimiento de complementos o pluses salariales variables puede plantear problemas interpretativos y de aplicación. No sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se advierten para determinar con certeza las condiciones de su devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación y abono. En este trabajo se analiza el alcance y finalidad de las limitaciones impuestas al abono a altos directivos de retribuciones variables, cuando las sociedades contratantes han recibido financiación con cargo a fondos públicos para garantizar su solvencia.

PALABRAS CLAVE: altos directivos, *bonus*, retribución variable, Fondos de rescate públicos

ABSTRACT: The establishment of variable remuneration supplements or bonuses can cause interpretatives problems. Not only for their own nature, but also for difficulties that many times detect for determining with certainty the conditions for them to earn and for the obstacles that occasionally are presented for proceeding their exact quantity and payment. In this paper we aim at analyze the limitations of the

Recibido: 31-10-2022; Aceptado: 2-11-2022; Versión definitiva: 18-11-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 71-100
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.02>

payment to senior managements of variable remuneration, when the firms have received finance from State aid measures in order to guarantee solvency.

KEYWORDS: senior managers, bonus, variable remuneration, State aid measures

SUMARIO: 1. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ALTOS DIRECTIVOS. 1.1. Estructura. 1.2. Principios rectores de la retribución variable. 1.3. Indicadores financieros como criterio de determinación de la retribución variable. 1.4. Especialidades que rodean la retribución de los altos directivos y administradores de sociedades cotizadas. 2. LA CREACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS DE APOYO A EMPRESAS. 3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE ALTOS DIRECTIVOS TRAS LA OBTENCIÓN POR UNA EMPRESA DE FINANCIACIÓN CON CARGO A FONDOS PÚBLICOS. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

El RD 1382/1985, de 1 de agosto, señala que la relación laboral especial de los altos directivos se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, “debido a la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes”¹, delimitándose en el artículo 1.2 del precepto reglamentario que

“Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

De ello deriva que en la relación que une al directivo con la empresa goce de un amplio margen la autonomía de la voluntad individual², que, empero, en todo caso debe sujetarse a las normas de este reglamento que sean de aplicación, así como al Estatuto de los Trabajadores y el resto de la legislación laboral común cuando se produzca una remisión expresa del precepto reglamentario o así se haga constar específicamente en el contrato, aplicándose sólo de forma supletoria, en lo no regulado por el reglamento o el pacto de las partes, la legislación civil o mercantil y sus principios generales.

Entre los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, lógicamente, se encuentra la precisión de “la retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o en especie” –artículo 4. Dos c) RD 1382/1985–,

1. Cfr. al respecto la Exposición de Motivos del RD 1382/1985.

2. Vid., con detenimiento, Alcazar Ortíz y Del Val, 2017, 615 y ss.

constituyendo la autonomía individual el pilar esencial sobre el que gira la concreción tanto de la estructura de la retribución de cada alto directivo, como la delimitación de su forma de devengo y su cuantía.

1.1. Estructura

El artículo 26.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores establece que mediante la negociación colectiva se fijará la estructura del salario, que deberá comprender tanto el salario base como complementos salariales fijados en función de condiciones personales del trabajador, del trabajo realizado o de la situación y resultados de la empresa. Y el artículo 4.Dos.c) RD 1382/1985, en el caso de los altos directivos, tal y como se acaba de indicar remite la precisión de la estructura retributiva al contrato de trabajo. La elección del sistema retributivo más óptimo es una cuestión compleja, condicionada por múltiples factores que han de ser suficientemente ponderados, entre otros, las funciones y responsabilidades vinculadas al ejercicio del cargo, el tamaño y sector de la empresa, la estructura de la propiedad y el control de la organización social, la composición del órgano de dirección y supervisión, etc. Por ende, la casuística en esta materia es notoria, debiendo ser individualizado cada caso para analizar los componentes retributivos pactados entre empresa y empleado/a.

Se podrán localizar supuestos en los que se acuerdan, entre otros conceptos: 1) Retribución dineraria fija: abonable en doce mensualidades de idéntica cuantía, revisable anualmente por el Consejo de Administración, si la empresa reviste la forma jurídica de sociedad, en su caso tras la propuesta de la Comisión de Nombramiento y Retribuciones de la misma; 2) Retribución variable anual: cuyo importe anual se concretará en función, en su caso, del cumplimiento de los objetivos fijados por el Consejo de Administración, previa propuesta de la Comisión de Nombramiento y Retribuciones ya referenciada; 3) Retribución en especie y otros beneficios: entre otras partidas podría acordarse un seguro de vida, invalidez y accidentes, un sistema de previsión, el alquiler de una vivienda, etc.; 4) Retribución Plurianual: a modo de un Plan de Incentivos a largo plazo, que podría tener como objetivo vincular la prestación de servicios del alto directivo con la creación de valor para la sociedad, en beneficio de todos sus grupos de interés (accionistas, empleados, entidades financieras, clientes, proveedores, etc.). Pueden contribuir a delimitar esta eventual porción de la retribución tanto la fijación en los contratos de unos hitos de devengo del incentivo y de valor de la sociedad en cada hito, como la definición del Cálculo de la Creación de Valor como base para la cuantificación del incentivo. En este concepto, en vía contractual se tiende a puntualizar que un determinado porcentaje del incentivo, por ejemplo el 50%, se pague en la fecha de su devengo según el correspondiente hito y el resto transcurrido un determinado plazo, por ejemplo un año, desde la fecha de

devengo. Este tipo de condicionantes son un reflejo de la aplicación de cláusulas contractuales como las denominadas *lock up* y *claw back*³. Según la primera la perfección del devengo y exigibilidad del incentivo queda sometida a la condición suspensiva de permanencia del alto directivo durante el plazo que se estipule –por ejemplo un año– en la sociedad o grupo de empresas desde el hito que origina el devengo del incentivo, y, siguiendo con el ejemplo citado, en caso de incumplimiento se prevé que se devolverá un porcentaje del incentivo cobrado –por ejemplo el 50%- y no se abonará el resto pendiente –el otro 50%-. No obstante, lo establecido en este tipo de cláusulas normalmente no será operativo en los supuestos de cese y extinción del contrato por causas no imputables al alto directivo, tales como la extinción unilateral por parte del mismo a causa de un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones atribuidas a la empresa en el contrato, o por una modificación sustancial de sus funciones, poderes o condiciones de su prestación de servicio no motivada por causa imputable al mismo. Y según la segunda, en contrato se podría regular la previsión del reembolso de las retribuciones variables ya satisfechas a altos directivos, si se demuestra que han existido conductas, dolosas o culposas, imputables a los mismos, producidas durante el período considerado para el devengo de la retribución variable de que se trate⁴.

Es decir, la estructura de la retribución de un alto directivo habitualmente será mixta, estando integrada por varios conceptos retributivos: fijos, variables y en especie. La retribución vinculada a los objetivos de la empresa⁵ es una fórmula salarial que tiene su origen en el mundo empresarial anglosajón y que cada vez está más afianzada en España, siendo plenamente acorde tanto al artículo 26.3 ET, como al artículo 4.Dos. c) RD 1382/1985. Es más, resulta incuestionable que vincular los incrementos salariales que pueden percibir los trabajadores con los resultados obtenidos por las empresa constituye un factor cada vez más presente en las relaciones laborales actuales, dado que es preciso buscar sistemas retributivos y de gestión que motiven a las personas trabajadoras a conseguir una mayor retribución y, pasados los tiempos de los destajos que primaban la cantidad sobre la calidad⁶, hay que subrayar que este tipo de complemento manifiesta una marcada presencia en la estructura retributiva pactada por los altos directivos con las empresas.

3. Vid. Todolí Signes, 2016, 73 y 74.

4. Estas cláusulas de reembolso no se basan en criterios puramente objetivos, sino que debe ser la conducta del directivo percceptor la que, dolosa o culposamente, provoque la falsedad o inexactitud grave de la información financiera que dio origen al devengo y pago de la retribución variable en cuestión, o bien la que haya provocado la asunción de riesgos para la sociedad que ésta no hubiera asumido de haberlos conocido, o la que haya conllevado que la sociedad se vea afectada por otras circunstancias no previstas ni asumidas por ella misma, que hayan tenido un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados de cualquiera de los años a los que afecta la cláusula *claw back*.

5. Vid. Matorras Díaz Caneja, 2016, 21 y ss.

6. Vid. ampliamente, Alzaga Ruíz, 2014; y Lantarón Barquín, 2014, 30 y ss.

Por lo tanto, las elevadas cuantías retributivas percibidas por los altos directivos se cimentan cada vez más en la relevancia de la retribución variable, que debe basarse de forma transparente en unas causas y/o elementos determinantes de su percepción, que debe ser individualizada, y que cada vez con mayor asiduidad se une a la parte fija del salario⁷. Ello es así, porque a pesar de los cambios que paulatinamente se implementan en nuestros sistemas de gestión de recursos humanos, la porción fija del salario aún sigue muy asentada en nuestros modelos retributivos, para garantizar una cierta estabilidad de las retribuciones al margen del contexto económico o de otros condicionantes que se puedan determinar.

1.2. Principios rectores de la retribución variable

Partiendo de la premisa de la importancia de este componente retributivo en los contratos pactados con altos directivos, hay que procurar delimitar unas bases o principios rectores de su *interim*. La aproximación a los mismos va a estar marcada por la jurisprudencia, que en múltiples ocasiones ha tenido que esclarecer cuestiones relacionadas con la retribución variable y que precisa, entre otros aspectos sustanciales, que se trata de

“una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de los objetivos fijados o la realización de sus funciones a plena satisfacción de aquella, siendo por ello su pago independiente del salario ordinario fijado y generalmente efectuado por años vencidos, es decir después de comprobar la empresa si se han dado los presupuestos a los que la misma anuda su devengo por parte del trabajador”⁸;

así como que, en ausencia de regulación legal de la retribución variable, hay que entrar a lo que las partes hayan pactado en cada caso y, en su defecto, a la regulación que se haya podido establecer por convenio colectivo⁹, lo que probablemente no ocurrirá en el caso de los altos directivos que, dada su singular posición en la empresa, habitualmente son excluidos del ámbito de aplicación personal de los mismos. El amplio papel otorgado a la jurisprudencia en esta materia refleja que el establecimiento de complementos o pluses salariales por objetivos puede y suele plantear problemas interpretativos y de aplicación, no sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se advierten para determinar con certeza las condiciones de devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación.

7. Matorras Díaz-Caneja, 2014, 130.

8. STSJ de Madrid, de 23 de junio de 2020, rec. 112/2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:7823).

9. STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2009, rec. 4622/2009 (ECLI:ES:TSJM:2009:17674).

Una vez expuestas estas primeras precisiones, hay que resaltar que siendo los orígenes de los *bonus* o retribuciones variables eminentemente anglosajones –caracterizándose por una amplia libertad en su configuración–, en España de la delimitación de estos sistemas de retribución se infieren una serie de principios. En efecto, los tribunales, fundamentalmente en los últimos años, proclaman de forma clara la operatividad de los principios de objetividad y transparencia¹⁰.

El principio de objetividad se encuentra dotado de distintas dimensiones o elementos que se proyectan sobre las exigencias vinculadas con el propio diseño de todo modelo de retribución variable. Esencialmente precisa que se cumplan con ciertos requerimientos de idoneidad, reciprocidad de intereses, objetividad en la determinación de los criterios de variabilidad, y proporcionalidad en el devengo. Y el principio de transparencia pivota sobre el conocimiento y aceptación por parte del trabajador del sistema de retribución existente.

En lo que se refiere a la idoneidad del sistema de retribución variable, hay que traer a colación la STS de 25 de marzo de 2014¹¹, que respalda esta vinculación. Ello se materializa en la prohibición de retribuciones variables que incorporen objetivos que no puedan conseguirse o sean inalcanzables por los trabajadores afectados, o que se hayan fijado de modo irrazonable, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o los derechos fundamentales de los afectados. Esta postura jurisprudencial enlaza con lo dispuesto en el artículo 1116 del Código Civil, que establece que “Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa”. Es decir, los sistemas retributivos que imponen condiciones de imposible consecución y/o que se encuentran fuera del sentido común quedan excluidos¹².

En relación a la reciprocidad de intereses, hay que subrayar que uno de los aspectos singulares de los sistemas de retribución variables es que a través de los mismos se articula una traslación del riesgo empresarial en sede retributiva, configurándose de forma estratégica una esfera de riesgo compartido, necesariamente moderada, que no puede ser modificada en función de la pura conveniencia o comodidad empresarial. En bastantes ocasiones la determinación de estos sistemas retributivos, bien a través de la autonomía individual, bien a través de la preponderante decisión empresarial,

10. En los últimos años este principio rector de la retribución ha sido enfatizado, fundamentalmente en las cuestiones relacionadas con la elusión de potenciales discriminaciones retributivas indirectas por razón de género. Resulta sustancial, a estos efectos, lo dispuesto en la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, así como la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, de 4 de marzo de 2021, de Transparencia Retributiva, 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 efectivo cumplimiento.

11. Sala de lo Social del TS, rec. 140/2013 (ECLI:ES:TS:2014:1668)

12. Cfr. Mercader Uguina, 2016, 21.

ha servido para extender el terreno de la discrecionalidad empresarial, lo que ha obligado a nuestros tribunales a fijar su alcance y límites. Así, sobre la base del artículo 1256 CC, en relación con el 1115 –que sanciona la nulidad de la obligación sujeta a condición cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor–, se ha consolidado una doctrina que restringe las facultades empresariales en esta materia. Siendo el artículo 1256 CC una norma general, un criterio de interpretación de los contratos, la jurisprudencia lo ha convertido en un *cuasi* principio que limita el arbitrario actuar de una de las partes en el terreno contractual, para evitar cualquier potencial abuso grave efectuado por una de las partes en la celebración o ejecución de un contrato. Es decir, en el momento de la instauración de la retribución variable, aunque es habitual que en bastantes casos pueda imperar la voluntad empresarial, ello no debe confundirse con un terreno abonado a la arbitrariedad del empleador a la hora de fijar los términos y condiciones de su efectividad en el seno del contrato, pues una vez se constituye la prestación tienen virtualidad las reglas fijadas para las obligaciones, entre ellas, la reciprocidad que debe regir las prestaciones y, en términos generales, el contrato de trabajo.

Por ende, los elementos del devengo tienen que ser objetivados, de manera que el trabajador debe conocer cuáles son los parámetros, módulos o criterios específicos para generar el derecho a percibir su retribución. Y de ahí, correlativamente, que sean exigibles todas las garantías necesarias para controlar la satisfacción del *bonus* por la empresa, así como el cumplimiento por parte del trabajador de los criterios establecidos para su devengo y abono. En este sentido, los pronunciamientos judiciales subrayan con claridad que se encuentran prohibidas aquellas cláusulas contractuales o situaciones de hecho en las que las condiciones de devengo de la retribución variable quedan condicionadas a la exclusiva decisión empresarial.

A los anteriores argumentos cabe unir la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad del empleador, de forma no clara, no es válido, enfatizándose que en este caso el pacto debe ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efectos, puesto que es al empleador a quién le corresponde fijar los objetivos de forma efectiva. Por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 2007¹³ declara que:

“Cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el artículo 1256 CC, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior

13. Sala Social TS, rec. 616/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8372).

por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no puede sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto –art. 1284 CC– y en contra de quién incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa –art. 1288 CC–”.

La línea judicial reseñada ha sido reiterada recientemente en la STS de 2 de febrero de 2021¹⁴, en relación a una de las partidas que integraban la retribución variable por objetivos de la mayoría de la plantilla de una empresa –la denominada *EU Financial Target*–, ligada a los objetivos del grupo a nivel europeo y que suponía el 50% de la retribución variable. En este caso, el TS considera que el concepto variable discutido

“está sujeto a parámetros o cánones que ni las personas trabajadoras afectadas, ni sus representantes conocen y que da como resultado un importe cero con la sola justificación de que no se han cumplido los desconocidos elementos sobre los que se configura”.

La empresa en el caso en *litis* en ningún momento niega la obligación salarial concretada en el plus salarial controvertido y se limita a sostener que la concreción de la misma queda sujeta exclusivamente a circunstancias que ella conoce, lo que conlleva que la Sala rechace que esa parte del salario quede a expensas de decisiones unilaterales de la empresa sobre las que no es posible ningún control de adecuación o razonabilidad. Consecuentemente,

“la falta de determinación de los elementos que permiten la percepción del bonus imposibilita examinar la acomodación a derecho de la decisión empresarial. Imposibilidad acrecentada en este caso por el hecho de que la empresa no justifica en modo alguno su afirmación de que los objetivos no se habían alcanzado, siendo ella a la que correspondía la carga de probar la realidad del hecho impeditivo de la obligación reclamada”.

La discrepancia aquí no estriba en el alcance o no de los objetivos que provocan la consecución del complemento, sino del derecho a ser informado respecto a los motivos que determinan su cobro o no, acogiendo el TS la petición de la parte social. En este caso, el Alto Tribunal entiende que la postura empresarial deja a su discreción el abono del complemento, puesto que su decisión se basa en datos que sólo ella conoce y no justifica, lo que contraría el derecho de obligaciones –el reseñado artículo 1256 CC–, correspondiendo en base al mismo a la empresa acreditar la realidad del hecho que impide el cobro del mencionado complemento, a fin de evitar la unilateralidad de la decisión y permitir el control sobre la razonabilidad de la misma.

14. Sala Social TS, rec. 127/2019 (ECLI:ES:TS:2021:295).

Por ende, es obvio que a la luz de la doctrina judicial expuesta, basada en las normas de interpretación de los contratos, ninguna duda cabe de que quien establece la oscuridad de una cláusula no puede salir favorecido por ella¹⁵, de tal forma que si el empresario de manera voluntaria o involuntaria no concreta los términos de la política de retribución variable, recaerá sobre el mismo dicha responsabilidad sin generar ningún perjuicio al trabajador.

Alrededor de la objetividad de los criterios de determinación de la retribución variable, canon hermenéutico afirmado de forma clara por la jurisprudencia en esta materia, también se debe destacar lo establecido en la STSJ del País Vasco, de 7 de octubre de 2008, que declara en su Fundamento de Derecho 2º lo siguiente:

“Toda retribución salarial parte de un criterio objetivo tanto en su importe o devengo como en las condiciones de su generación, pues en otro caso el salario quedaría incluido en un arcano imposible de descifrar, en que la voluntad del empleador se constituiría en única definidora de su importe y devengo, privando al contrato de su bilateralidad, y del mismo equilibrio que toda prestación exige”.

En cuanto al principio de proporcionalidad en el devengo, es necesario referenciarlo dado que esta regla aparece con especial intensidad en el momento en el que, extinguido el contrato, resulta necesario valorar en qué medida queda afectado el derecho al percibo del *bonus*. En estos casos, la tipología de situaciones resulta muy amplia y heterogénea, por lo que es imprescindible valorar las concretas circunstancias y causas concurrentes para desde las mismas ponderar los posibles efectos, siendo diferente si la extinción tiene lugar una vez cumplidos los objetivos pero antes del momento de su abono, que si se produce antes del cumplimiento de los objetivos fijados. Sobre esta materia recientemente también se han dictado varios pronunciamientos judiciales. Así la STS de 11 de febrero de 2020¹⁶, en un caso de despido disciplinario, ha interpretado que la cláusula contenida en un acuerdo de empresa que establecía que la retribución variable sólo se devengaría si el trabajador estaba dado de alta a 31 de diciembre, resultaba claramente abusiva, porque dejaba el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despidiera al trabajador antes de esa fecha, aunque hubiera cumplido el resto de requisitos, no se le abonaría la retribución variable. Por lo tanto, aunque el trabajo ya hubiera sido realizado y los objetivos ya se hubieran cumplido, la empresa no los abonaría o retribuiría. En distinto sentido, la STS de 22 de octubre de 2020¹⁷ resuelve sobre la licitud de la cláusula pactada que exige que el trabajador continúe en la empresa hasta el final del período temporal de devengo del *bonus* (el fin del año natural) porque se

15. En este sentido, Todolí Signes, 2016, 76.

16. Sala Social TS, rec. 3624/2017 (ECLI:ES:TS:2020:639).

17. Sala Social TS, rec. 285/18 (ECLI:ES:TS:2020:3690).

calcula sobre la base de los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada ejercicio, salvo que por causa ajena a la voluntad del empleado éste no pueda continuar prestando servicios en la empresa a dicha fecha. A tal efecto, se prevé expresamente que en caso de fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador sí se devengará este complemento. En el supuesto concreto, el demandante fue quién cesó voluntariamente en la empresa y el TS considera lícita la operatividad de la cláusula: 1) Porque los términos de la misma no dejan el pago de la retribución variable en manos de la empresa (1256 CC), dado que, sólo si el trabajador voluntariamente causa baja en la empresa el texto literal del sistema de retribución variable acordado por la empresa con las secciones sindicales impide su abono; 2) Porque incluso puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que la prestación de servicios laborales por el actor a favor de la demandada, percibiendo el salario pactado, tuvo su punto de partida en el acuerdo alcanzado por la empresa y las secciones sindicales, que preveía el abono de la retribución y condicionaba el devengo de la retribución variable a que el trabajador permaneciera en la empresa hasta la fecha final del período de devengo de dicha retribución; y 3) Porque se ha cumplido lo establecido en el artículo 4.2.f) ET, que garantiza al trabajador el derecho a percibir la retribución pactada durante la prestación de servicios, si bien no puede reclamarse un complemento salarial cuando se ha incumplido uno de los requisitos exigidos para su devengo, al no haberse acreditado que el mismo sea contrario a derecho.

Por otra parte, precisar que la STS de 27 de marzo de 2019¹⁸ reconoce el derecho del trabajador a percibir un *bonus* por cumplimiento de objetivos sometido a una condición de permanencia, cuando los objetivos se han cumplido, pero el trabajador es despedido por causas objetivas antes de la fecha de permanencia fijada en la empresa. El TS en este caso considera que:

“el derecho al bonus postulado no sólo cabe en los supuestos de despidos improcedentes por aplicación de los artículos 1115, 1119 y 1256 CC, sino también en los supuestos de despidos objetivos, pues aun existiendo motivos que justifiquen el despido, depende de la voluntad empresarial la opción por el despido y no por otra medida, por lo tanto nos encontramos ante una decisión que es totalmente ajena a la voluntad del trabajador”.

Como conclusión de todo lo que antecede, cabe resumir que tanto el principio de objetividad como el de transparencia constituyen premisas fundamentales en el establecimiento de los sistemas de retribución variable¹⁹. Ello es enfatizado y resaltado a nivel de la Unión Europea tanto en la Recomendación de la Comisión 1017/761, apartado 6.c), que establece

18. Sala Social TS, rec. 1196/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1543).

19. En este sentido Mercader Uguina, 2016, 22.

“que todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales”,

como en la Directiva 1152/2019, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles²⁰.

En la delimitación de los sistemas de retribución variable es ostensible que hay una mayor preponderancia empresarial, y por ello, como se ha expuesto, son varios los pronunciamientos judiciales que fijan límites al poder de configuración empresarial. A lo ya indicado, hay que añadir que la jurisprudencia subraya la necesidad de un expreso consentimiento del trabajador a la hora de incorporar a su acervo contractual este tipo de complementos, siendo indispensable el conocimiento y aceptación por el mismo de las condiciones del *bonus* como presupuesto de validez²¹, así como que en todo caso su establecimiento deba ir acompañado de garantías de estabilidad, continuidad y suficiencia²² del importe finalmente satisfecho como salario total.

1.3. Indicadores financieros como criterios de determinación de la retribución variable

Las fórmulas de retribución variable que tienen cabida en las relaciones laborales son muy heterogéneas y, en la actualidad, las empresas tienden a tener presentes criterios aún más variados, atendiendo, entre otros factores, al cumplimiento de objetivos, al desempeño del trabajador, a la rentabilidad de la compañía, a la relación entre el resultado o beneficio de una empresa y su capital, etc. Este último parámetro cada vez es más usual en el mundo empresarial, siendo incluido en contratos de altos directivos con cierta asiduidad.

Son varias las medidas de medición del rendimiento utilizadas, generalizándose en los últimos años el vincular el salario variable al resultado de distintas magnitudes

20. Dicha Directiva, DOUE L 186/105, de 11 de julio de 2019, tiene como uno de sus objetivos prioritarios evitar las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos y garantizando un grado adecuado de transparencia y previsibilidad en las condiciones laborales.

21. Sala Social, STS de 8 de octubre de 2008, rec. 582/2008 (ECLI:ES:TS:2008:6303).

22. Cfr. al respecto artículo 35 de la Constitución Española, que entre los principios rectores de la política social y económica del Estado, además de afirmar que todos los españoles tienen el derecho y el deber de trabajar, reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Así como lo establecido en el artículo 4 de la Carta Social Europea, que recoge “el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”, el Pilar Europeo de Derecho Sociales, algunos de los Objetivos del Desarrollo Sostenible adoptados en el marco de la Agenda 2030 de la ONU, que aboga por el trabajo decente para todos, así como la recientemente adoptada Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, DOUE núm.275. de 25 de octubre de 2022.

económico-financieras de las empresas que no forman parte de su contabilidad oficial, sino de su contabilidad analítica²³.

Conviene puntualizar que en España los Principios de Contabilidad se recogen en el Plan General de Contabilidad aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre. Se trata de una serie de normas de obligado cumplimiento sobre las que se fundamenta la contabilidad de una empresa, y que sirven de guía para la preparación de los estados financieros.

Las Medidas Alternativas de Rendimiento –*Alternative Performance Measures-APMs*–, utilizadas en la contabilidad analítica, son definidas por cada empresa, en función de los objetivos y/o información que se desea obtener. Al respecto, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), en su informe publicado el 20 de diciembre de 2019²⁴, que contiene unas directrices sobre las APMs, declaró que dichas medidas son diferentes en cada empresa, toda vez que son definidas por ellas mismas, puesto que su finalidad es poder facilitar el control y el análisis de la evolución de cada empresa. Consecuentemente, cada empresa determina sus APMs en función del sector en el que opere, la información que quiera obtener y los elementos que la dirección considere necesarios tener en cuenta para valorar la evolución del negocio (siendo distintos los criterios y prioridades en cada entidad).

Por lo tanto, no existe una regulación para las APMs ni una forma concreta y/o única de determinarlas. El único requisito que se exige, de conformidad con la ESMA, es que si se establecen APMs éstas tienen que estar perfectamente definidas, para que puedan comprenderse y no generen confusión, lo que se relaciona con el ya reseñado principio de transparencia²⁵.

Entre las APMs más utilizadas en las políticas de retribución variable se encuentran: i) el EBITDA; ii) el EBIT; iii) el EBIT y el EBITDA ajustados en atención a distintos parámetros; y iv) el Flujo de Caja Libre.

Cuando se hace referencia a una de estas APMs, como medida alternativa a ponderar para el devengo y abono de la retribución variable plurianual, normalmente se fijan varios hitos de cumplimiento, precisándose, por ejemplo, que el 50% del incentivo se pagará en la fecha del devengo según el correspondiente hito y el segundo 50% una vez transcurrido un año desde la fecha de devengo. En estos supuestos,

23. Vid. de forma detenida Mercader Uguina y Torrontegui Ayo, 2021, 102.

24. *European Securities and Markets Authority: Reporto on the use of Alternative Performance Measures and on te compliance with ESMAS´ s APM Guidelines*, http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esmas32-334-150_report_on_the_thematic_study_on_application_of_apm_guidelines.pdf

25. Esta perspectiva es reiterada por la Comisión de Principios y Normas de Contabilidad de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) en su opinión n^o4, emitida en diciembre de 2016, en la que se abordó el concepto y uso del EBITDA como recursos generados en la explotación. En particular, declaró que “como el RBE o EBITDA no viene definido por lo general en los marcos de información financiera utilizados por las entidades, éstas deben construirlos por sí mismas cuando los presentan o utilizan para describir o analizar el rendimiento”.

será usual la operatividad de las denominadas cláusulas contractuales de *lock up* y de *claw back*. Según la primera, la perfección y exigibilidad del incentivo está sometida a la condición suspensiva de permanencia del alto directivo durante un determinado plazo –por ejemplo un año– en la sociedad o su grupo de empresas desde el hito de devengo del incentivo, previéndose que, en caso de incumplimiento, se devolverá el porcentaje fijado –por ejemplo un 50%– del incentivo cobrado y no se pagará el resto pendiente –siguiendo con el ejemplo indicado, el otro 50%–. Si bien lo establecido no se aplicará en los supuestos de cese y extinción del contrato del alto directivo por determinadas causas contempladas en el propio contrato de trabajo –tales como el incumplimiento grave y culpable por la Sociedad de sus obligaciones o la modificación sustancial de las funciones, poderes o condiciones de prestación del servicio por causa no imputable al alto directivo–. Y según la segunda, en el plazo que se estipule desde el hito de devengo del incentivo– por ejemplo un año–, en el supuesto de incumplimiento grave del Código de Conducta de la empresa o sociedad, ésta tendrá derecho a reclamar la devolución del incentivo²⁶.

En los últimos años hay que resaltar que en los contratos de altos directivos existen asiduas referencias al EBITDA, acrónimo inglés de *Earnings Before Interest* (Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), que se corresponde con la magnitud contable Resultado Bruto de Explotación o Beneficio Operativo Bruto, y que se obtiene sumando las amortizaciones y provisiones al EBIT o Resultado de Explotación. En términos generales, se trata de una medida que informa sobre la capacidad de una compañía para generar beneficios netos considerando únicamente su actividad productiva; constituyendo una medida de carácter económico utilizada para medir la rentabilidad operativa de la empresa, que se calcula a partir de las cifras que constan en la cuenta de pérdidas y ganancias (o de resultados).

En cualquier caso, subrayar que las APMs no están sujetas a ninguna normativa ni forma de cálculo específico, sino que son definidas por las empresas en función de: 1.) El sector en el que operan; 2) La información que la Dirección quiere tener en cuenta para valorar la evolución del negocio, siendo obligado que para su utilización como indicador en el sistema de retribución variable aplicable a los trabajadores de una empresa, se les comunique en qué consiste cada indicador y los objetivos a alcanzar. En este sentido, para evitar confusiones y/o errores interpretativos es debido

26. En este sentido, la recomendación 59 del Código de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas adoptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores establece “Que el pago de los componentes variables de la remuneración quede sujeto a una comprobación suficiente de que se han cumplido de modo efectivo las condiciones de rendimiento o de otro tipo previamente establecidas. Las entidades incluirán en el informe anual de remuneraciones de los consejeros los criterios en cuanto al tiempo requerido y métodos para tal comprobación en función de la naturaleza y características de cada componente variable”.

diferenciar entre la política de retribución variable y la información remitida a los mercados, dado que en ocasiones los resultados de las APMs que se comuniquen a los mercados pueden ser más favorables que las APMs que conforman la propia política de retribución variable²⁷.

En definitiva, para poder analizar y valorar el nivel de cumplimiento de las APMs de las que, en su caso, depende el devengo de la retribución variable se debe atender a la definición dada por la empresa a la hora de diseñar el modelo de retribución o a los términos pactados si fuera el caso, dejando al margen cualquier otra referencia económico financiera que se pudiera haber incluido en la información contable. Una interpretación en sentido contrario se opondría a los principios rectores de la retribución variable que ya han sido analizados. La complejidad técnica de las APMs, que no forman parte de la contabilidad oficial de las empresas, obliga a que las empresas realicen un esfuerzo para su precisa definición y a que comuniquen de forma clara su alcance y contenido a los trabajadores, para cumplir así con el revalorizado principio de transparencia.

1.4. Especialidades que rodean la retribución de los altos directivos y administradores de sociedades cotizadas

Entre los altos directivos de empresas se encuentran en un número importante de casos los que desarrollan funciones ejecutivas en sociedades cotizadas. Parece obvio que en este ámbito la utilización de sistemas de retribución variable será bastante habitual, respondiendo a la idea de que la remuneración no es sólo una compensación de los servicios prestados en el ejercicio del cargo, sino también un instrumento que permite, de un lado, retener gestores cualificados, y de otro, generar incentivos adecuados para que sus comportamientos sean acordes con los intereses de los socios.

En este supuesto específico, hay que tener presente de forma complementaria, tanto las recomendaciones de buen gobierno para sociedades cotizadas contenidas en el Código de Buen Gobierno (CBG) aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en febrero de 2015, revisado en junio de 2020, como el régimen legal vigente en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

A estos efectos, la introducción de la obligación de formular anualmente un informe sobre las remuneraciones satisfechas al órgano de administración de sociedades cotizadas supone un aumento significativo de las exigencias de transparencia en relación con la retribución de los administradores y altos directivos en este subtipo de

27. Al respecto Sala Social, STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 189/2018 (ECLIS:ES:TS:2019:4333).

sociedades de capital²⁸. A mayor abundamiento, en relación a la transparencia de la retribución de los administradores de sociedades no cotizadas, hay que subrayar que también se ha implementado una modificación en el artículo 260 LSC²⁹, relativo a la delimitación del contenido de la memoria que forma parte de las cuentas anuales.

Existe una diferenciación entre el régimen general aplicable a todas las sociedades de capital (arts. 217, 218 y 249 LSC) y las especialidades previstas para las sociedades cotizadas (arts. 529 *sexdecies* a 529 *novodecies* LSC). A ello hay que sumar las normas sobre transparencia de las retribuciones contenidas en el artículo 260 LSC, así como el singular régimen de transparencia previsto para las sociedades cotizadas en el artículo 541 LSC³⁰, que se complementa con las recomendaciones incluidas en el nuevo CBG (recomendaciones 56 a 64).

28. Vid. con detenimiento Roncero Sánchez, 2016, 8 y ss.

29. Concretamente el artículo 260 Undécimo, precisa que se deberá informar: “El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo. En el caso de que la sociedad hubiera satisfecho, total o parcialmente, la prima del seguro de responsabilidad civil de todos los administradores o de alguno de ellos por daños ocasionados por actos u omisiones en el ejercicio del cargo, se indicará expresamente en la Memoria, con indicación de la cuantía de la prima”.

30. El artículo 541 LSC establece lo siguiente: “1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre remuneraciones de los consejeros, incluyendo las que perciban o deban percibir en su condición de tales y, en su caso, por el desempeño de funciones ejecutivas. 2. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros deberá incluir información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. Incluirá también un resumen global sobre la aplicación de la política de remuneraciones durante el ejercicio cerrado, así como el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por todos los conceptos por cada uno de los consejeros en dicho ejercicio. 3. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se difundirá como otra información relevante por la sociedad de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo y se mantendrá accesible en la página web de la sociedad y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de forma gratuita durante un periodo mínimo de diez años. La sociedad y la CNMV podrán mantener el informe accesible al público durante más tiempo y deberán hacerlo cuando un acto legislativo sectorial de la Unión Europea establezca un periodo de tiempo más largo. En ambos casos dicho informe ya no podrá contener datos personales de los administradores. 4. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día a la junta general ordinaria de accionistas”. Igualmente, en su apartado 5 se precisa que el informe anual de retribuciones, entre otras informaciones, incluirá: a) la remuneración total devengada en el ejercicio desglosada en sus componentes, la proporción relativa de la remuneración fija y variable, una explicación de la forma en que la remuneración total devengada cumple la política de remuneraciones objeto de aplicación y previamente adoptada, en particular cómo contribuye al rendimiento sostenible y a largo plazo de la sociedad, e información sobre la manera en que se han aplicado los criterios de rendimiento; b) el importe

Es decir, las distinciones entre el régimen aplicable con carácter general a todas las sociedades de capital y las especialidades previstas para las sociedades cotizadas son notables y comienzan con el propio punto de partida del régimen sobre retribución que, siendo el principio de gratuidad para las sociedades de capital en general (art. 217.1 LSC), en cambio para las sociedades cotizadas viene constituido por el carácter necesariamente retribuido del cargo de consejero o miembro del consejo de administración o de consejero al que se delegan funciones ejecutivas (art. 529 *sexdecies* LSC), aplicable salvo previsión estatutaria expresa en sentido contrario. A su vez, en el ámbito de las sociedades cotizadas, se establece la competencia de la Junta General tanto para aprobar el informe anual sobre la política de retribuciones de los consejeros, como para determinar el límite máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, así como su capacidad para fijar unos parámetros o criterios generales de orientación del sistema de retribución³¹. En relación a la participación en beneficios y a la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, también se han introducido ciertas modificaciones en la regulación, y una medida de transparencia referida a las indicaciones que deben contenerse en la memoria que forma parte de las cuentas anuales (art. 260 LSC).

Adicionalmente, en el marco de la regulación de la facultad de delegación del Consejo de Administración, se impone la exigencia de celebración de un contrato entre la sociedad y el consejero a quién se deleguen competencias del Consejo o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, que tendrá que detallar los conceptos retributivos para satisfacer la retribución por el desarrollo de dichas funciones, y que deberá ser aprobado por el Consejo de Administración, según el procedimiento previsto en el artículo 249 LSC.

Por lo tanto, en la LSC se incluyen unos mecanismos de control y transparencia específicos para las sociedades cotizadas: aprobación de la política de retribuciones e informe anual sobre retribuciones³². Además, se distingue la retribución que pueden

total anual devengado y la variación experimentada en el año de las siguientes categorías: la remuneración del consejero, el rendimiento de la sociedad y la remuneración media sobre una base equivalente a tiempo completo de los trabajadores de la sociedad distintos de los administradores durante al menos los cinco ejercicios más recientes, presentadas de manera conjunta de modo que resulte posible establecer comparaciones; c) información sobre el uso de la posibilidad de exigir la devolución de la remuneración variable.

31. El artículo 217.4 LSC determina que la retribución de los administradores “deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado en empresas comparables”, a lo que se añade que el sistema de retribución deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

32. Respectivamente, artículos 541 y 529 *novodecies* LSC. Este último precepto concreta que en las políticas de retribuciones (que debe ser aprobada por la Junta General al menos cada tres años) debe contemplarse la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el período al que la política

percibir los administradores en su condición de tales y las que las sociedades puedan satisfacer por el desarrollo de funciones ejecutivas, previéndose la intervención de la Junta General en la primera, y la del Consejo de Administración en la segunda.

En particular, en relación al régimen aplicable a determinados sistemas de retribución variable, se exige ahora que los estatutos de cada sociedad concreten la participación o el porcentaje máximo de la misma, y que en este último caso será la Junta General la que determine el porcentaje a aplicar dentro del máximo establecido en los estatutos sociales. A estos efectos, la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) en sus Resoluciones de 30 de julio de 2015, 10 y 17 de mayo de 2016, consideró que las retribuciones entre una sociedad y un consejero ejecutivo serían fijadas en el contrato suscrito entre la sociedad y el consejero, no siendo necesario que consten en los estatutos sociales. No obstante, la STS 98/2018, de 26 de febrero de 2018³³, precisó que la retribución de los administradores debía tener constancia estatutaria. Aclarando seguidamente la DGRN, en su resolución de 4 de junio de 2020, que aun cuando los conceptos retributivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad, para que se detalle si remunerarán al mismo por todos o sólo algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De esta manera la DGRN realiza una interpretación flexible, que elude someter la retribución de los consejeros ejecutivos a un principio de reserva estatutaria riguroso, y permite que el contrato entre la sociedad y el consejero en el que se delegan funciones ejecutivas tenga suficiente seguridad jurídica para ambas partes, de forma que se puedan establecer condiciones en su vínculo, especialmente en relación a los conceptos retributivos.

Complementariamente, hay que tener presente que entre las recomendaciones de buen gobierno incluidas en el Código adoptado por la CNMV en febrero de 2015, se incluyen varias relativas a las retribuciones de los administradores de sociedades cotizadas, en concreto a través del principio 25 y las recomendaciones 56 a 64, la mayor parte de las cuales se dedica a cuestiones relacionadas con la retribución variable de los consejeros. En efecto, entre las previsiones del CBG se encuentran algunas ligadas a los componentes variables de la retribución, a las condiciones temporales del reconocimiento de retribución variable y a la previsión de cláusulas de reembolso de retribuciones. Asimismo, se especifican con detalle las reglas que deben

haga referencia, “los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables, los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización”. En todo caso, dentro del marco establecido en la política de retribuciones, corresponde al propio Consejo de Administración determinar la retribución de los consejeros por el desarrollo de funciones ejecutivas.

33. Sala Civil TS, rec. 3574/2017 (ECLI:ES:TS:2018:494).

observarse para determinar los componentes variables de la retribución, exigiéndose en particular: i) que no estén sujetas solamente a la evolución general de los mercados del sector de actividad de la compañía; ii) que estén vinculadas a criterios de rendimiento predeterminados y medibles; iii) que promuevan la sostenibilidad de la sociedad a lo largo plazo e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo; y iv) que se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo. En conexión a ello, también se recomienda que el pago de una parte relevante de los componentes variables se difiera por un período de tiempo mínimo, entre otras cuestiones, para comprobar el efectivo cumplimiento de los objetivos marcados. En definitiva, dado que la creciente complejidad de los sistemas retributivos se manifiesta de manera aún más acentuada en las sociedades cotizadas, en los últimos años se han realizado reformas legislativas que tienen por objeto requerir un mayor detalle de la información a proporcionar por las sociedades, que deben hacer públicos aspectos tanto cuantitativos como cualitativos de las retribuciones satisfechas, para que las obligaciones económicas asumidas con sus consejos de administración y altos directivos puedan ser analizadas con rigor por los accionistas. A ello también contribuirá que la publicación de la información retributiva sea homogénea, lo que permitirá a los mercados ponderar su impacto económico real en cada sociedad. En relación al principio de transparencia, esta normativa supone un avance, puesto que permite exigir a las sociedades cotizadas unos estándares de información en relación con la retribución de sus consejeros y altos directivos.

2. LA CREACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS DE APOYO A EMPRESAS

En el contexto de crisis socio-económicas como las que estamos viviendo en los últimos años, una de las medidas más utilizadas desde el ámbito público para apoyar la economía es la creación de Fondos de Apoyo a las empresas que cumplan una serie de requisitos. Por ejemplo, la crisis económica originada por el virus de la COVID-19 dio lugar a que en el seno de la Unión Europea se adoptara la Comunicación de la Comisión de 19 de marzo de 2020, y a su modificación de 8 de mayo, sobre el “*Marco Temporal de Medidas de Ayuda Estatal para apoyar la economía en el brote de la COVID-19*”³⁴, incluyendo entre su elenco un Fondo de Apoyo a la Solvencia

34. “*Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”, Brussels C (2020) 1863, DOC 911 de 20 de marzo de 2020, y su modificación de 8 de mayo de 2020, C (2020) 3156 DOC 164 de 13 de mayo de 2020. El apartado 78 del Marco Temporal frente a la crisis sanitaria del COVID-19, introducido por la modificación aprobada por la Comunicación C (2020) 3156, de 8 de mayo de 2020, establece lo siguiente: “78. Mientras no se haya amortizado al menos el 75% de las medidas de

de Empresas Estratégicas³⁵. El objetivo de este Fondo fue compensar el impacto de la emergencia sanitaria en el balance de empresas solventes consideradas estratégicas para el tejido productivo y económico nacional o regional, entre otros motivos, por su sensible impacto social y económico, su relevancia para la seguridad, la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución al buen funcionamiento de los mercados cuando el crédito o las medidas de apoyo a la liquidez no fueran suficientes para asegurar el mantenimiento de su actividad.

Siguiendo con el ejemplo indicado, dicha Comunicación fue implementada en España a través del Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, que configura un Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, adscrito a la Administración General del Estado. El artículo 2.15 de dicha norma prevé que por acuerdo de Consejo de Ministros se establezcan las reglas de funcionamiento, movilización de recursos y liquidación del Fondo, así como las condiciones aplicables y requisitos a cumplir en las operaciones financiadas por el Fondo, asegurando que las mismas se ajusten a la normativa de Ayudas de Estado de la Comisión Europea. Asimismo, la normativa señalada precisa que la aportación estatal queda supeditada a la aceptación por el beneficiario del conjunto de condiciones previstas, mediante la suscripción de un “*Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal*” por sus órganos sociales, y puntualiza que, en virtud del principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, la Administración tendrá derechos especiales sobre determinadas decisiones estratégicas, para asegurar el buen fin y adecuada asignación de las aportaciones a cargo del Estado. En desarrollo de lo establecido a nivel comunitario, el denominado marco temporal de cada país miembro de la UE debe ser contrastado por la Comisión Europea, que debe declarar su compatibilidad con el mercado interior³⁶.

recapitalización en el contexto del a COVID-19, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Para las personas que se conviertan en miembros de la dirección en el momento de la recapitalización o con posterioridad a ella, el límite aplicable es la remuneración fija más baja de cualquiera de los miembros de la dirección a 31 de diciembre de 2019. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables”. En la coyuntura actual, se está valorando en la UE la implantación de un Fondo de rescate a grandes empresas energéticas en apuros por la crisis originada a raíz de la guerra de Ucrania.

35. Otras ayudas previstas en la Comunicación citada son: 1) Ayudas de importe limitado en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables, ventajas fiscales o de pago, garantías, préstamos y capital; 2) Ayudas en forma de garantías de préstamos; 3) Bonificaciones de los tipos de interés de los préstamos; 4) Seguro de crédito a la exportación a corto plazo; 5) Ayudas a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala; 6) Aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social; 7) Medidas de recapitalización; 8) Ayudas en forma de apoyo por costes fijos cubiertos...

36. Lo que en relación a la Comunicación de la Comisión citada, y a su transposición a través de un marco nacional temporal español, se produjo con la Decisión SA. 56851 (2020/N) –*Spain-Umbrella*

La Comunicación de la Comisión citada, en su apartado 78, establece que mientras no se haya amortizado al menos el 75% de las medidas de recapitalización obtenidas con cargo al Fondo de Rescate, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración en la fecha delimitada (concretamente, en relación al ejemplo que se está exponiendo el 31 de diciembre de 2019) y que bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de retribución variable. Esta prescripción debe transponerse en la normativa nacional de cada Estado miembro, reproduciendo las limitaciones precisadas³⁷.

Las restricciones de este tipo probablemente pretenden evitar la descapitalización de determinadas sociedades que reciben apoyo financiero público en el contexto de graves crisis económicas. Ahora bien, ello no obsta a que deba ser realizado un análisis sobre el alcance de esta restricción. Es decir, entre las obligaciones exigibles a las empresas solicitantes de expedientes de apoyo financiero público se incluyen las relativas a la prohibición del abono a los altos directivos, o miembros del consejo de administración, de las empresas beneficiarias de primas o participaciones en beneficios. Siendo habitual que los contratos de prestación de servicios suscritos por altos directivos incluyan retribuciones variables hay que ponderar si es ajustado en Derecho en estos supuestos que, no procediendo el abono de las mismas según la normativa aplicable, sea factible ir generando el derecho de pago futuro de aquellas cantidades que periódicamente el directivo vaya devengando en el cumplimiento de los objetivos fijados como hecho causante de la retribución variable anual y/o plurianual pactada en su contrato. Es decir, se trata de dilucidar si es ajustado a derecho en estos supuestos de hecho distinguir entre devengo y abono de la retribución, y si en virtud de la diferenciación señalada es posible dar cumplimiento simultáneo a la obligación

Scheme— National Temporary Framework for State aid in the form of direct grants, repayable advances, tax or payments advantages, guarantees on loans and subsidised interest rates for loans to support the economy in the current COVID outbreak, adoptada por la Comisión Europea en fecha 2 de abril de 2020.

37. Cfr. en relación al supuesto mencionado la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, que en el punto 6 de su Anejo, denominado “Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia”, del Anexo II, en su apartado 6.1 señala lo siguiente “Hasta el reembolso definitivo del apoyo público temporal recibido con cargo al Fondo para reforzar su solvencia, el beneficiario estará sujeto a las siguientes restricciones, con las adaptaciones que pudiera introducir ulteriormente el Marco Temporal, debiendo adoptar los acuerdos sociales o, en su caso, las modificaciones estatutarias que aseguren debidamente su puntual cumplimiento: (...) “f) Hasta el reembolso del 75% del apoyo público temporal con cargo al Fondo, la remuneración de los miembros del Consejo de Administración, de los Administradores, o de quienes ostenten la máxima responsabilidad social en la empresa, no podrá exceder de la parte fija de su remuneración vigente al cierre del ejercicio 2019. Las personas que adquieran las condiciones reseñadas en el momento de su recapitalización o con posterioridad a la misma, serán remuneradas en términos equiparables a los que ostentan similar nivel de responsabilidad. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variable o equivalentes”.

contractual asumida por una empresa para percibir financiación pública, el no abono a los altos directivos de primas u otros elementos de retribución variables hasta el reembolso de un determinado porcentaje del apoyo financiero, y al clausulado contractual pactado entre la empresa y el alto directivo.

3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE ALTOS DIRECTIVOS TRAS LA OBTENCIÓN POR UNA EMPRESA DE FINANCIACIÓN CON CARGO A FONDOS PÚBLICOS

Una vez expuestas ciertas particularidades que rodean a las retribuciones variables de altos directivos, se va a afrontar la resolución del supuesto específico relativo al devengo y abono de dicha porción de la retribución en los casos en los que la empresa haya obtenido fondos públicos. Tal y como se ha indicado, en estos supuestos es usual que entre las condiciones establecidas en los Acuerdos de Gestión entre la entidad pública concesionaria y la beneficiaria, se incluya la que establece que hasta el reembolso de un determinado porcentaje del apoyo financiero otorgado, las remuneraciones de los altos directivos y/o miembros de consejos de administración bajo ningún concepto comprenderán el abono de primas u otros elementos de retribución variables o equivalentes.

En virtud de lo señalado, hay que ponderar el alcance y finalidad de la restricción implantada, lo que deberá ser valorado en cada supuesto concreto, previo análisis de la normativa comunitaria y/o española configuradora del Fondo público. En estos casos, cuando se incluyan condiciones como la descrita, cabe la opción de realizar una interpretación literal de la norma, concluyéndose que no es ajustada a derecho la alusión, como parte de la remuneración de un alto directivo de una sociedad que ha recibido un apoyo financiero público temporal con cargo a un Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas, a una retribución variable en tanto en cuanto no se reembolse el porcentaje determinado; pudiendo deducirse, a mayor abundamiento, que las normas configuradoras de los Fondos públicos de apoyo a empresas son taxativas, en el sentido de que la regulación establecida es clara y no deja lugar a dudas –“*in claris non fit interpretatio*”–.

Sin embargo, paralelamente cabría plantearse si la interpretación puede ser más laxa y considerar que la restricción impuesta a los conceptos retributivos variables por parte de la normativa aplicable a cada Fondo puede equipararse a una suspensión provisional del pago de los derechos económicos contemplados en el contrato y eventualmente devengados, sin perjuicio de su abono cuando se levanten las restricciones; cumpliéndose, por ende, con la suspensión en el pago de estos derechos la prohibición de no abonar los mismos hasta que no se cumplan determinadas condiciones sobre el nivel de amortización del apoyo público otorgado en forma de medidas de recapitalización.

Ante esta disyuntiva, *prima facie* se ha de ponderar lo indicado por el artículo 3.1 CC, que como es sabido precisa que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Pues bien, parece obvio que si se atiende al sentido literal de los preceptos normativos aplicables, la referencia es clara cuando se indica en estos supuestos “*Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables*”. El término abonar, en una de las acepciones previstas en el diccionario de la RAE, se refiere a “*dar una cantidad de dinero en concepto de pago por algo*”. Y es esta acción la que prohíbe de forma tajante y taxativa la normativa, la entrega de una cuantía en concepto de retribución variable, aun cuando se cumplan las condiciones contractuales establecidas para ello, en tanto en cuanto no se reembolse, al menos, el porcentaje que se fije de financiación pública recibida con cargo a un Fondo de apoyo a empresas. Ahora bien, por contraposición, se podría interpretar que la normativa admite distinguir entre el devengo –momento en el que nace la obligación de pago– y el abono de la retribución variable³⁸.

A su vez, además de que en una interpretación literal es factible distinguir como dos acciones distintas el devengo y el abono de la porción de retribución variable que corresponda cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, si se toman en consideración el resto de criterios hermenéuticos disponibles también se pueden verter ciertas observaciones. En efecto, si se tiene presente el contexto legislativo existente se pueden localizar algunos argumentos que permiten diferir de una interpretación literal estricta.

En primer lugar, hay que traer a colación las prescripciones incluidas en el Plan General de Contabilidad (PGC) vigente –RD 1514/2007, de 16 de noviembre– que admiten refrendar la distinción entre el momento del devengo y del abono de las retribuciones variables, pues así se considera en relación al reflejo en los estados contables de cuentas de las sociedades. El PGC, en el apartado relativo al contenido mínimo de la memoria de cuentas anuales, establece requisitos de información específica para operaciones con la alta dirección. En concreto la nota 23 del modelo de memoria indica, en su apartado 1, que se informará separadamente, entre otras, de las operaciones con el “*personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante*”³⁹. Precizando en el apartado 6 de la misma nota 23 que:

38. A modo de ejemplo señalar lo dispuesto en el artículo 29.2 ET, que establece que “El derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año”.

39. Con la intención de aclarar el alcance de esta obligación, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (Circular E26-2009) dicta Nota técnica sobre la definición de “*alta dirección*”, a

“en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración⁴⁰, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguro de vida respecto a los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese y pagos basados en instrumentos de patrimonio. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativo a los miembros del órgano de administración”.

Una vez hecha esta precisión, hay que subrayar que la delimitación y desglose de la información relativa a la alta dirección afecta a la imagen fiel de las cuentas anuales de una sociedad y, en consecuencia, supone, en su caso, una salvedad por falta de información en la memoria, que debería ser advertida. A mayor abundamiento, a la hora de agrupar los datos por categoría, habría que distinguir entre la información de los miembros del Consejo y los de la alta dirección, aun cuando concurra en una misma persona el cargo de administrador y de alta dirección de la sociedad.

efectos del cumplimiento de los requisitos de información, dado el silencio del PGC. Para ello alude a la normativa internacional de contabilidad, concretamente a la NIC 24, partes vinculadas, que establece lo siguiente en el apartado de “Definiciones”, en su apartado 9, (...) Parte vinculada. Una parte se considera vinculada con la entidad si dicha parte: d) es personal clave de la dirección de la entidad o su dominante. Precisándose a continuación el personal clave de la dirección como “*aquellas personas que tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad, ya sea directa o indirectamente, incluyendo cualquier miembro (sea o no ejecutivo) del consejo de administración u órgano de gobierno equivalente de la entidad*”. E igualmente hace referencia a distintas normas insertas en el ordenamiento jurídico español, que contienen definiciones de alta dirección, tales como: 1) RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, art. 1.Dos; 2) Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, art. 1.4; 3) Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, art. 11.3º. En el ámbito de las sociedades cotizadas, es necesario tener presente la definición de alto directivo contenida en el “Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, publicado por la CNMV el 16 de mayo de 2006, que afirma que serán altos directivos “aquellos directivos que tengan dependencia directa del Consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno”.

40. A efectos de la elaboración de la memoria de cuentas anuales preparadas de acuerdo con el PGC, siguiendo las normas citadas, las características básicas que definen al personal de alta dirección son, en general, las siguientes: 1) El ejercicio de funciones relativas a los objetivos generales de la Sociedad: planificación, dirección y control de actividades de la Sociedad, de forma directa o indirecta; 2) La realización de funciones con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas del titular/es jurídicos de la Sociedad o de los órganos superiores de gobierno y administración que representen a dichos titulares.

Partiendo de esta acotación, y de lo establecido en la reseñada nota 23, apartado 6, del modelo de memoria para el PGC, que exige que en todo caso deba informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier tipo devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración⁴¹, es palmario que la información retributiva de los altos directivos deberá estar reflejada en las cuentas anuales y que se hace referencia al reflejo por separado del devengo de la retribución. Asimismo, la normativa precisa que esta información se dará de forma global por concepto retributivo, probablemente para facilitar su más fiel evidencia y su más adecuada interpretación.

Si se trasladan estos datos al Cuadro de Cuentas del PGC⁴², en uno de sus asientos –el 640– se incluye el concepto Sueldos y Salarios, que abarca las remuneraciones, fijas y eventuales, del personal de la empresa, precisándose que entre los movimientos al debe, se cargará por el importe íntegro de las remuneraciones devengadas, entre otras, las devengadas y no pagadas –siguiendo con la nomenclatura del PGC, con abono en la cuenta 465–. Es decir, entre los asientos de la cuenta 640, Sueldos y Salarios, se localiza una referencia expresa al reflejo en las cuentas de las retribuciones devengadas y no pagadas, y a la cuenta relacionada 465, remuneraciones pendientes de pago⁴³. Por ende, en el plan contable está previsto el concepto devengo de remuneraciones aún no pagadas, incluyendo la necesidad de que ello sea informado en la memoria contable de la empresa.

Adicionalmente, desde la perspectiva de la normativa mercantil esta opción hermenéutica también es ajustada a derecho, teniendo su reconocimiento toda una serie de consecuencias jurídicas, tales como las inherentes al reconocimiento de la

41. Esta obligación de información es reiterada por el artículo 200 LSC, que señala que deberá informarse sobre “El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquier que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto a los miembros antiguos y actuales del órgano de administración”.

42. El Cuadro de Cuentas del PGC incluye 9 grupos, entre los cuales el 6 hace referencia a Compras y gastos, incluyendo en el denominado asiento 640 el concepto Sueldos y Salarios, y precisando que entre los movimientos al debe, se cargará por el importe íntegro de las remuneraciones devengadas: 1) Por el pago en efectivo, con abono a cuentas del subgrupo 37; 2) Por las devengadas y no pagadas, con abono en la cuenta 465; 3) Por compensación de deudas pendientes, con abono en las cuentas 254, 460 y 544, según proceda; y 4) Por las retenciones de tributos y cuotas de la Seguridad Social a cargo del personal, con abono a cuentas del subgrupo 47.

43. Dicha Cuenta se ubica en el grupo 4 del Cuadro de Cuentas del PGC, denominado Acreedores y deudores por operaciones del tráfico jurídico, recogiendo los débitos de la empresa al personal por los conceptos citados en las cuentas 640 –Sueldos y Salarios– y 641 –Indemnizaciones–. La cuenta 465 deberá reflejar como movimiento en el haber, figurando en el pasivo corriente del balance las remuneraciones devengadas y no pagadas, con cargo a las reseñadas cuentas 640 y 641. Con carácter general, su movimiento es el siguiente: 1) Se abonará, por las remuneraciones devengadas y no pagadas, con cargo a las cuentas 640 y 641; 2) Se cargará cuando se paguen las remuneraciones, con abono a las cuentas del subgrupo 57.

retribución devengada, pero no abonada, como crédito salarial privilegiado en el contexto de la declaración de un concurso, teniendo presentes las limitaciones establecidas en la propia Ley Concursal –resultantes de la combinación de lo dispuesto en los artículos 242.1.2º, 280.1 y 287.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal⁴⁴.

A mayor abundamiento, las recomendaciones de buen gobierno aplicables a las sociedades cotizadas incluyen entre las mismas que el pago de una parte relevante de los componentes variables del salario se difiera por un período de tiempo, para facilitar su comprobación, de lo que también se infiere que puede haber una distinción entre el momento del devengo de esta porción de la retribución y su abono.

Asimismo, desde la perspectiva jurídico laboral, hay que enfatizar que los principios por los que se rige el devengo y abono de la retribución variable abogan, entre otros aspectos, por la necesidad de realizar la interpretación más acorde para la producción de efectos del pacto de incentivos⁴⁵, y en la operatividad de los principios de objetividad y transparencia en la determinación de los criterios que permitan concretar tanto el importe a abonar como el devengo de la retribución variable –distinguiendo estas dos acciones⁴⁶.

Finalmente, se puede resaltar que alrededor de la configuración normativa de alguno de los supuestos fácticos existentes en esta controvertida materia, también se constata la existencia de ciertos indicios que avalan la existencia de una distinción entre el devengo y el abono de la retribución variable. Concretamente, se puede aludir a la desatención por la Comisión Europea de la propuesta de algún gobierno de un Estado miembro de incluir expresamente en la delimitación normativa de un Fondo Público una referencia a que hasta que no se reembolse un determinado porcentaje de la financiación pública obtenida por una empresa, no se podrán devengar ni

44. El artículo 242.1.2º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, recientemente modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, precisa que los créditos laborales devengados durante los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, y dentro de ellos los de naturaleza estrictamente salarial –no extrasalariales o indemnizaciones–, se catalogarán de crédito contra la masa cuando su importe no exceda del doble del SMI. El artículo 280.1º añade que se incluyen como créditos con privilegio general en el concurso los créditos anteriores a la declaración del concurso por salarios, devengados y no abonados, que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. El resto de créditos laborales serían ordinarios. No obstante, en relación a la relación laboral especial de los altos directivos, hay que tener presente lo establecido en el artículo 287.2 TRLC, que precisa que no tendrán la consideración de créditos laborales los derivados de una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en la parte que exceda de la cuantía prevista en el número 1.º del artículo 280. Vid. de forma complementaria lo establecido en el artículo 32 ET.

45. Cfr. Sala Social, STS 14 de noviembre de 2007, rec.616/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8372).

46. Entre otras, STSJ País Vasco, de 7 de octubre de 2008, rec.1772/2008 (ECLI:ES:TS-JPV:2008:2806).

abonar *bonus* o retribuciones variables. La omisión de esta distinción expresa, parece respaldar la opción interpretativa que aboga por diferenciar estas dos acciones en relación a la retribución de altos directivos de empresas beneficiarias⁴⁷. Es decir, a *sensu contrario*, se puede interpretar que el silencio de la Comisión Europea en el supuesto en *litis* está evidenciando que no se quiere incluir en la norma comunitaria dicha distinción, y, por lo tanto, se refleja que la funcionalidad y el espíritu de la norma se restringe a la prohibición de abonar dicha parte del salario, no a su devengo.

Por consiguiente, tanto una interpretación literal, como una sistemática y teleológica de la normativa mercantil, laboral y contable que se ha traído a colación, permite distinguir entre los términos devengo y abono de la retribución, pues tal y como se ha expuesto ambos pueden reflejar momentos diferenciados en un *tracto* sucesivo. A mayor abundamiento, en algunos casos relacionados de forma específica con la retribución variable, entre otros el dilucidado en la STS 295/2021⁴⁸, de 2 de febrero de 2021, se efectúa esta distinción, exigiéndose a la empresa un especial cuidado en la fijación de las condiciones que pudieran ser necesarias para el devengo de los complementos salariales pactados, pues en caso contrario se podría penalizar a la misma, a causa de la falta de especificación previa de sus circunstancias de devengo y cuantificación, con el posible abono de la cuantía total del plus en cuestión.

En definitiva, salvo mejor criterio en Derecho, es factible realizar una interpretación que permita considerar que el alto directivo de una Sociedad, que tiene

47. En relación a la aplicación del apartado 78 del Marco Temporal de medidas de ayuda para sostener la economía ante la crisis del COVID-19, en el marco del proceso abierto por la Comisión para realizar ajustes a dicho Marco Temporal, en el documento “*Response of the Dutch authorities on the draft 6th Amendment of the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak and amendment to the Annex to the Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance*”, dictado el 5 de octubre de 2021, en su apartado 2.6, las autoridades holandesas subrayaron que les gustaría precisar que parece que existe un error en el Marco Temporal, en la sección 3.11.6, punto 78, que señala “*States under no circumstances bonuses or other variable or comparable remuneration elements shall be paid*”, para seguidamente realizar una propuesta de ajuste a la Comisión Europea. En efecto, el gobierno holandés sugiere, en su documento de octubre de 2021, que la redacción debería ser “*Under no circumstances, shall bonuses or other variable or comparable remuneration elements be committed or paid*”. Es decir, el gobierno holandés propone a la Comisión distinguir expresamente en la Comunicación de 20 de marzo de 2020, y su modificación de 8 de mayo, en su apartado 78, entre *bonus* o retribuciones variables comprometidas o abonadas. Sin embargo, la Comisión Europea no ha atendido esta sugerencia, dejando inalterados los términos inicialmente incluidos en la regulación del Marco Temporal de Ayudas Estatales a causa del COVID-19, que como es sabido sólo hace referencia expresa y taxativa a la prohibición de abonar dichos componentes retributivos a miembros de consejos de administración de empresas que han recibido dichas ayudas, hasta el reembolso del 75% de lo percibido. Cfr. al respecto el documento enviado por el Ministerio de Economía holandés a la Comisión con fecha 5 de octubre de 2021, en el contexto de HT.5938-T *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*.

48. Sala Social TS, rec.127/2019 (ECLI:ES:TS:2021:295).

otorgadas facultades directivas, percibiendo retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas inherentes a su cargo e incluso por su condición de Consejero de una Sociedad, devengue la retribución variable en los términos pactados en su contrato de alta dirección, aun cuando no se abone la misma en tanto en cuanto no se reembolse un determinado porcentaje del apoyo financiero otorgado por un Fondo público de Apoyo a la Solvencia de Empresas. De esta forma, se cumplirían los mandatos derivados de la normativa aplicable, tanto comunitaria como española, que en estos supuestos habitualmente establece que, hasta el reembolso de, al menos, el porcentaje que se indique de la financiación recibida, “*bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variable o equivalentes*”.

4. CONCLUSIONES

El establecimiento de complementos o pluses salariales por objetivos puede y suele plantear problemas interpretativos y de aplicación. No sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se detectan para determinar con certeza las condiciones de devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación. Ante esta situación, es lógica la configuración, eminentemente jurisprudencial, de una serie de principios rectores de la retribución variable, fundamentalmente los de objetividad y transparencia, declarándose, entre otras directrices, que las condiciones de devengo no pueden quedar en manos exclusivamente de una de las partes, a tenor de las reglas generales sobre contratos y obligaciones del Código Civil –arts. 1115, 1116 y 1256–, así como que las condiciones de devengo, más aún si no son claras por causa imputable a la empresa, deberán ser interpretadas de la forma más acorde posible a su producción de efectos.

La estructura de la retribución de los altos directivos es pactada en el marco de la autonomía individual, en los contratos de prestación de servicios que se suscriben, y habitualmente incluye retribución dineraria fija, variable -anual y plurianual–, en especie y otros beneficios. Actualmente, es notorio que entre las partidas salariales de los altos directivos cada vez ocupan un lugar más relevante los *bonus*, siendo manifiesto que en esta porción de la retribución cada vez hay una mayor relación entre el resultado o beneficio de la empresa y su capital, así como su vinculación al resultado de distintas magnitudes económico-financieras de las empresas que no forman parte de su contabilidad oficial, sino analítica. En este caso, las medidas alternativas de rendimiento, como la EBITDA, no siendo obligatorias, son definidas por cada empresa, en función de los objetivos que se desean obtener, debiendo, en virtud del principio de transparencia, ser determinadas de forma clara, así como ser informado su contenido y alcance a los trabajadores.

En los últimos años con cierta asiduidad se han creado Fondos públicos de apoyo a empresas, que entre sus fines tienen proporcionar financiación a las empresas que acreditan que se encuentran en una situación económica complicada, por ejemplo a causa de la pandemia originada por el virus de la COVID-19. La creación de estos Fondos viene rodeada de toda una serie de condiciones y requisitos a cumplir por las candidatas a ser beneficiarias de las operaciones financiadas, a fin, fundamentalmente, de cumplir la normativa de Ayudas de Estado fijada a nivel de la Unión Europea. Entre las condiciones establecidas suele fijarse la consistente en la prohibición de abonar primas u otros elementos de retribución variable a los altos directivos de las empresas que obtengan estas ayudas, hasta que las mismas no reembolsen un determinado porcentaje de las mismas. Una interpretación literal estricta conlleva admitir que no es ajustado a derecho considerar que puede concurrir una suspensión provisional del pago de los derechos económicos contemplados en el contrato eventualmente devengados, sin perjuicio de su abono cuando se reembolse el porcentaje establecido en la normativa creadora del Fondo de apoyo público temporal percibido.

Sin embargo, el sentido literal de los preceptos normativos aplicables permite distinguir entre dos términos: devengar y abonar, no infiriéndose de la normativa aplicable en estos casos que exista una prohibición al devengo de esta porción de la retribución de los altos directivos, y a su abono diferido en el tiempo, cuando efectivamente concurren las circunstancias habilitantes previstas en la norma. Ello es refrendado tanto por la jurisprudencia, que en varios casos relacionados con controversias sobre la retribución variable distingue entre estos dos momentos vinculados a la retribución, como en una interpretación sistemática, atendiendo a otras normas que pueden ser traídas a colación.

En efecto, en materia contable el Plan General de Contabilidad exige que se informe en la memoria de cuentas anuales separadamente, entre otras, de las operaciones con “*el personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante*”, incluyendo en todo caso el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa. La delimitación y el desglose de la información relativa a la alta dirección afecta a la imagen fiel de las cuentas anuales de una sociedad y, correlativamente, se deberá reflejar contablemente su remuneración en los estados financieros. En concreto, el asiento que incluye el concepto Sueldos y Salarios, abarca las remuneraciones, fijas y eventuales, del personal de la empresa –incluyendo a los altos directivos–, puntualizándose que entre los movimientos al debe, entre otros, se cargarán las devengadas y no pagadas. Es decir, en la normativa contable se localiza una referencia expresa al reflejo en las cuentas de las retribuciones devengadas y no pagadas.

Asimismo, desde la perspectiva de la normativa mercantil la distinción que se sostiene también es ajustada a derecho, teniendo su reconocimiento toda una serie de consecuencias jurídicas, tales como las inherentes al reconocimiento de la retribución devengada, y no abonada, como crédito salarial privilegiado en el contexto de la declaración de un concurso; debiendo tenerse presente, eso sí, las limitaciones establecidas al respecto por la propia Ley Concursal, fruto de la combinación de lo dispuesto en los artículos 242.1.2º, 280.1 y 287.2 TRLC.

A mayor abundamiento hay que recordar que las Recomendaciones de Buen Gobierno aplicables a las sociedades cotizadas incluyen entre las mismas que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la retribución se difiera por un período de tiempo, para facilitar su comprobación, de lo que nuevamente se deduce que puede haber una distinción entre devengo y abono.

En definitiva, en el supuesto de hecho controvertido analizado, cabe realizar una interpretación que permita considerar que un alto directivo, incluyendo a un posible Consejero de una sociedad que tiene otorgadas facultades directivas, devengue la retribución variable cuando se cumplan los términos pactados en su contrato, aun cuando no se abone la misma en tanto en cuanto no se reembolse el porcentaje fijado en la normativa creadora del apoyo financiero otorgado por el Fondo de Apoyo a empresas de que se trate.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alcázar Ortiz, Sara; Del Val Tena, Ángel Luis (2017) “Los límites a la autonomía de la voluntad en la relación laboral especial del personal de alta dirección”, en AA.VV. (Parra Lucán, María Ángeles, Dtora.; Gaspar Lera, Silvia, Coordra.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada.
- Alzaga Ruíz, Icíar (2014) “La retribución variable: especial consideración del *bonus*, la participación en beneficios y la retribución por objetivos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 38.
- Lantarón Barquin, David (2014) “Economía, flexibilidad y esencia finalista del salario: en aras de un nuevo modelo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 21-53.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana (2014) “La retribución variable: su potencial flexibilizador”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 169, 113-156.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana (2016) “Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5. 21-61.
- Mercader Uguina, Jesús (2016) “Retribución variable y principios de Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 5, 1-29.

- Mercader Uguina, Jesús; Torrontegui Ayo, Nerea (2021) “Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, 1, 95-107.
- Roncero Sánchez, Antonio (2016) “La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 5, 1-29.
- Todolí Signes, Adrián (2016) “Problemas interpretativos del *bonus* salarial: duración del plan de retribución variable, fijación de los objetivos a cumplir y cálculo del salario regulador en la indemnización por despido”, *Documentación Laboral*, 108, 57-80.

LA REFORMA DE LA COTIZACIÓN DE LOS AUTÓNOMOS EN EL
RD-LEY 13/2022, DE 26 DE JULIO: LA COTIZACIÓN
POR INGRESOS REALES COMO REGLA GENERAL.
UNA APROXIMACIÓN A LA NORMA

THE REFORM OF CONTRIBUTIONS FOR THE SELF-EMPLOYED WORKERS
IN RD-LAW 13/2022, OF 26 JULY: CONTRIBUTIONS BASED ON REAL
INCOME AS A GENERAL RULE. AN APPROACH TO THE REGULATION

Juan Carlos Álvarez Cortés
Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
Orcid: 0000-0002-8082-6114
juancarlos@uma.es

RESUMEN: La presente aportación realiza una descripción de las modificaciones producidas en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. La idea es desengranar el nuevo sistema intentando aclarar o explicar el nuevo modo de cotización a la Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: trabajadores autónomos; cotización; Seguridad Social

ABSTRACT: This contribution provides an overview of the changes made to Social Security contributions for self-employed workers by RD-Law 13/2022, of 26 July, which establishes a new contribution system for self-employed workers and improves protection in the event of cessation of activity. The idea is to unravel the new system by trying to clarify or explain the new method of Social Security contributions.

KEYWORDS: Self-employed workers; contributions; Social Security

Recibido: 20-10-2022; Aceptado: 21-10-2022; Versión definitiva: 9-11-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 101-136
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.03>

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NUEVO SISTEMA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL RD-LEY 13/2022. 2.1. El diseño de una nueva forma de cotizar a la Seguridad Social. 2.2. Dinámica de la obligación de cotizar. 2.2.1. *Periodo de liquidación*. 2.2.2. *Nacimiento de la obligación de cotizar en el RETA*. 2.2.3. *Extinción de la obligación de cotizar*. 2.3. Reglas de cotización. 2.3.1. *Determinación de la cuota*. 2.3.2. *Determinación de las bases de cotización*. 2.4. En especial, el ajuste o regularización de cotizaciones. 2.4.1. *Procedimiento de regularización*. 2.4.2. *Límites a la regularización: bases de cotización especiales*. 2.5. Cotización en supuestos especiales. 2.5.1. *Cotización en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia*. 2.5.2. *Cotización de autónomos que hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación y se mantengan en alta en el RETA*. 2.5.3. *Cotización en supuestos de pluriactividad en dos distintos regímenes*. 2.5.4. *Cotización durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad*. 2.5.5. *Cotización de trabajadoras autónomas víctimas de violencia de género*. 2.6. Bonificaciones y reducciones de cuotas en la LETA. 2.6.1. *Bonificaciones por cuidados familiares*. 2.6.2. *Nuevas referencias a bases mínimas en diversas bonificaciones*. 2.6.3. *Nueva bonificación en caso de cuidado de menor afectado con cáncer o enfermedad grave (art. 38 quater LETA)*. 2.6.4. *Reducciones en la cotización en sustitución de la "tarifa plana"*. 2.6.5. *Beneficios en la cotización anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 13/2022*. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la creación, en 1970, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) nos hemos encontrado con una regulación inacabada. Desde el primer momento, y durante mucho tiempo, en base a las exigencias del colectivo que requería poder acceder en igualdad de condiciones que los trabajadores del régimen General a las prestaciones del sistema de seguridad social.

Poco a poco, a lo largo del tiempo se han ido equiparando en la mayoría de las prestaciones a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, produciéndose, sin duda, el punto de inflexión con la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo. Aunque con avances significativos producidos respecto de la protección por contingencias profesionales y del cese de actividad, curiosamente, durante épocas de crisis económicas en las que se apostaba por el fomento del emprendimiento en base a la incapacidad del Gobierno de adoptar medidas económicas para poder crear trabajo por cuenta ajena.

Con cierta complejidad para acceder a las prestaciones por cese de actividad y también a las prestaciones por incapacidad temporal, lo cierto es que, en el momento actual, salvo el acceso a los subsidios por desempleo, la protección de este colectivo se encuentra cercana a la ofrecida a los trabajadores por cuenta ajena. Las reclamaciones

del colectivo en esta materia se han ido teniendo en cuenta, más o menos, por el legislador.

Ello ha producido un “déficit” ya que el coste de las prestaciones concedidas es superior a los ingresos establecidos por cotizaciones, especialmente, cuando se ha producido una generalización del efecto llamada de la llamada cotización por “tarifa plana” para incrementar y motivar a los desempleados a autoemplearse. Déficit que sería mucho más alto si los complementos a mínimos fuesen sufragados con las cotizaciones a la Seguridad Social del colectivo¹.

Por ello es necesario reformar el sistema de cotización de los trabajadores autónomos para que sea lo más coherente con la idea de contributividad y se ajuste a la capacidad económica real de los trabajadores autónomos². A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, en los que las cantidades a pagar van en función de los ingresos, en España siempre ha habido que ceñirse a unas cuotas elegidas por el trabajador, y que, por economía de costes, inicialmente equiparan a todos los empresarios individuales por igual.

Además, la cotización a la Seguridad Social desde hace mucho tiempo, por la doctrina del TS en su sala contencioso, se ha entendido como un impuesto especial al cual le habría de ser aplicable plenamente el art. 31.1 CE que supondría que la contribución al sostenimiento de los gastos públicos en materia de Seguridad Social tendría que estar de acuerdo con la capacidad económica, inspirándose en los principios de igualdad y progresividad.

En el momento actual, la cuota de autónomos está determinada en el art. 106 de la LPGE para 2022, donde se recogen las bases y tipos de cotización en el RETA para el año 2022 y desarrollado por la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización para el ejercicio 2022.

El sistema de cotización para este colectivo es de sobra conocido, el trabajador autónomo elige la base de cotización que cree oportuna sobre la que tendrán que aplicarse los correspondientes tipos por contingencias comunes, profesionales, cese de actividad y formación profesional³.

La base de cotización elegida lo será entre la mínima y la máxima (teniendo en cuenta limitaciones importantes a partir de la edad de 47 años, para evitar lo que ha venido en llamarse la “compra de pensiones”).

También hay bases mínimas especiales para colectivos (como los dedicados a la venta ambulante, los que hubieran tenido contratados de forma simultánea a 10 o

1. Ahora que se ha conseguido una importante equiparación con los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, alguna asociación de trabajadores autónomos indica que no pueden equipararse en obligaciones dos realidades laborales muy diferentes (sí en derechos, pero no en obligaciones), ya que ha de tenerse en cuenta “la prima de riesgo” que asumen los autónomos.

2. En este sentido, Ribes Moreno 2019, 475 y ss.

3. Cervilla Garzón 2015, 255 y ss.

más trabajadores durante el año anterior, los administradores sociales que posean el control efectivo de la sociedad, los socios trabajadores de sociedades laborales cuando, en empresas familiares, ejerzan el control efectivo de la sociedad, en situaciones de pluriactividad o para los mayores de 65 años con largo período de carencia).

Fuera de tales supuestos, podría decirse que la gran mayoría de los autónomos cotizan por la base mínima (960,6 euros⁴) lo que supone una cuota mensual de 294 euros mensuales (se ha elevado en 2022 el porcentaje de las contingencias profesionales del 1,1% al 1,3%, y también por cese de actividad, que suben de un 0,8% a un 0,9%, en total el 30,3% de la BC). La base máxima o tope de cotización para los trabajadores autónomos se encuentra en 4.139,4 euros.

Además, existen una serie de bonificaciones en el RETA, aplicables a diferentes colectivos, como los autónomos colaboradores, los autónomos con discapacidad, los trabajadores de Ceuta y Melilla, los mayores de 65 años o aquellos con cese de actividad por maternidad o paternidad o residencia y desarrollo de su actividad en un municipio con menos de 5.000 habitantes.

En 2022, se sigue previendo para los emprendedores nuevos o “nacientes”, como se les llama, en el *Global Entrepreneurship Monitor*⁵, la cuota de autónomos resultante de la bonificación de la tarifa plana es de 60 euros para nuevas altas como autónomos a partir del 1 de enero, una cuota que incluye las contingencias profesionales y comunes, pero deja fuera el cese de actividad y la formación.

Una gran parte de esta regulación se va a ver alterada desde enero de 2023 a causa de la regulación establecida en el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio, que posteriormente analizaremos.

2. EL NUEVO SISTEMA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL RD-LEY 13/2022

2.1. El diseño de una nueva forma de cotizar a la Seguridad Social

La cotización de los trabajadores autónomos de acuerdo con sus ingresos reales derivados del desarrollo de su actividad es una histórica reivindicación del colectivo y un mandato recogido también en las recomendaciones del pacto de Toledo con la finalidad de homogenizar las condiciones de participación y cobertura de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

La crisis sanitaria de 2020 ha traído consigo un impacto enorme en la economía mundial, por supuesto en la española.

4. Informe ATA 2019. Para los autónomos societarios la base mínima es algo mayor: 1.234,86 euros.

5. Observatorio del Emprendimiento de España 2022, 37.

La Unión Europea adoptó el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, y, al hilo del mismo, España adoptó el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (aprobado por la Comisión el 16 de junio de 2021).

En el componente 30 de dicho Plan, referido a la sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco de Toledo, se prevé como “R3” un “nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales”. Una reforma expresamente recogida en las recomendaciones 4 y 5 del Pacto de Toledo de 2020 y que tendría como fecha de aprobación el primer semestre de 2022.

Lo que se prevé es implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el RETA basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada, comenzaría a partir de 2023. Con ello se trata de corregir la distorsión generada por la facultad de elección de la base de cotización que supone una merma de recursos para el sistema y un nivel más bajo de acción protectora a los autónomos.

El resultado del reconocimiento a los trabajadores autónomos de la facultad de elección de la base de cotización supone que casi el 85% del colectivo lo hace por la base mínima; del resto, menos del 9% lo hace por bases que no superan 1965 euros mensuales, mientras que apenas el 6,6 % cotiza por bases próximas a la máxima. Ello explica que la recaudación por cuotas sólo representa el 57 por ciento del gasto en prestaciones, circunstancia que agrava el déficit del RETA con un resultado negativo en 2020.

Junto a este problema de insuficiencia de recursos, la lógica del nivel contributivo lleva consigo que las prestaciones económicas son sensiblemente inferiores a las del Régimen General, hasta el punto de que un 36 por ciento de los pensionistas del RETA no alcanzan la pensión mínima y, por tanto, son beneficiarios de complementos a mínimos en las cuantías de sus pensiones⁶.

La cuota de autónomos progresiva en función de ingresos reales del trabajador por cuenta propia supondría la implantación de un nuevo sistema de cotización por ingresos reales, con un objetivo: que ningún autónomo pague por encima de sus ingresos y proporcionar el esfuerzo de aquellos que se encuentran sobrepasando el límite de una presión contributiva razonable.

Con casi un mes de retraso con respecto al cronograma previsto en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, debido a la complejidad en el alcance de un acuerdo con los agentes sociales, se publicó el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio, que viene a establecer un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y mejora la protección por cese de actividad.

6. Cervilla Garzón 2006, 85 y ss.

En el mismo se adopta el nuevo sistema de cotización por ingresos reales y, de otro lado, se mejora y amplía la protección social de los trabajadores autónomos especialmente en la protección por cese de actividad. Nos vamos a centrar en el primero de los objetivos: la cotización por los ingresos reales.

Como dijimos anteriormente, la peculiaridad de cotización al RETA es que, hasta ahora, se permite al trabajador elegir su base de cotización con independencia de los rendimientos que puedan obtener en su actividad realizada, ello conlleva a que un 80% de los trabajadores encuadrados en este régimen opten por la base mínima de cotización, convirtiéndolo en un régimen deficitario cuya sostenibilidad depende de las aportaciones de otros regímenes⁷.

A ello se añade un segundo problema: al elegirse una base de cotización mínima, ello afecta al importe de las prestaciones que en el futuro se van a obtener del sistema de protección social, por lo que la media de estos trabajadores percibe prestaciones más bajas que la media de los trabajadores del régimen general que si cotizan en función de sus retribuciones reales.

La Recomendación 4^a del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020 instó a profundizar el proceso de ordenación de los regímenes del sistema que permitiera llegar a dos únicos encuadramientos, uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los trabajadores por cuenta propia, con el objetivo de alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes, a partir de una cotización también similar de los respectivos colectivos.

La sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exige que, de manera gradual y flexible teniendo en cuenta la gran variedad de situaciones del colectivo de trabajadores por cuenta propia, se promueva, como así se ha hecho en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de los trabajadores por cuenta propia a sus ingresos reales, de manera que no se vieran perjudicados los elementales principios de contributiva y solidaridad en los que se funda el sistema, ya que la baja cotización características de este colectivo era la causa principal de sus reducidas pensiones y se requiere un nuevo sistema que repercuta en la mejora del grado de suficiencia de las prestaciones de este colectivo.

Por su parte, la recomendación quinta, sobre adecuación de las bases y periodos de cotización, consideró que las bases de cotización se tuvieran a los rendimientos efectivamente obtenidos por los trabajadores, ya fueron por cuenta ajena por cuenta propia, instando a los poderes públicos a través del diálogo social adecuar la cotización del régimen especial de trabajadores autónomos vinculando la cuantía de las cuotas a los ingresos reales y con ese fin seguir mejorando los instrumentos de verificación de esos rendimientos para evitar supuestos de elusión de cotizaciones.

7. Sáez Lara 2019, 441 y ss.

Tras el dialogo social, y con el acuerdo oportuno con los interlocutores sociales, se ha adoptado el RD-Ley 13/2022 que prevé un nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos y la mejora de su protección social, estableciéndose su implantación a partir de 1 de enero de 2023 de forma gradual. Acuerdo que también se enmarca en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 3 del componente 30 ya que la cotización por ingresos reales es un presupuesto necesario para reforzar el sistema público de pensiones y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Este nuevo sistema se aplicará no solo al RETA, sino también con especialidades al sistema especial de trabajadores autónomos agrarios (en adelante, SETA) y a los trabajadores autónomos del Régimen Especial de Mar (en adelante, REMAR).

El nuevo sistema, ya lo dice el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, intenta cuadrar las cuentas del RETA, que en el momento actual es deficitario.

2.2. Dinámica de la obligación de cotizar⁸

Como se sabe, en el RETA la regla general es que los sujetos obligados a cotizar son las personas que, por razón de su actividad, se encuentran obligatoriamente incluidas en su campo de aplicación (art. 43.1 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, en adelante, RD 2064/1995). Aunque se establecen fórmulas de responsabilidad subsidiaria e incluso solidaria⁹.

2.2.1. Período de liquidación

Aunque la regla general es que el período de liquidación de la obligación de cotizar en el RETA está siempre referido a meses completos, como se permiten hasta 3 altas y bajas en el año natural, en tales casos comprenderá los días de prestación efectiva de la actividad por cuenta propia en el mes en que se produjeran, exigiéndose la fracción de la cuota mensual correspondiente a dichos días.

8. Se regula en el art. 47 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (en adelante, RD 2064/1995). *Ex art.* 54.2 RD 2064/1995, este precepto es aplicable a los trabajadores por cuenta propia del REMAR (periodo, forma y plazo de liquidación de cuotas y nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar).

9. El art. 43.2 RD 2064/1995, que ahora adopta una redacción algo más clara tras el RD-Ley 13/2022, recoge la responsabilidad subsidiaria de los autónomos en dos situaciones: en la cotización (tanto del RETA como del SETA) respecto de los “familiares colaboradores” y de las sociedades con respecto a sus socios que realizan funciones de dirección y gerencia y tienen el control de la misma. El supuesto de la responsabilidad solidaria en la obligación de cotizar lo encontramos en las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por la inclusión de sus socios trabajadores en el RETA. Esta misma regulación, se traslada en el art. 51.3 RD 2064/1995, a los trabajadores por cuenta propia del REMAR.

La determinación de las cuotas en el RETA se efectuará mediante el sistema de liquidación simplificada, esto es, determinada por la TGSS siempre que el alta se haya solicitado en plazo reglamentario.

2.2.2. Nacimiento de la obligación de cotizar en el RETA

Es fundamental conocer el momento desde el que el sujeto obligado y responsable tiene la obligación de contribuir al sistema de Seguridad Social por la realización de la actividad que da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del sistema. Se producirá dependiendo de la situación:

- bien desde el día en que concurran las condiciones determinantes para la inclusión en su campo de aplicación del sujeto obligado a cotizar (y hasta 3 veces al año),
- bien desde el día primero del mes natural en que concurran las condiciones determinantes para la inclusión en su campo de aplicación del sujeto obligado a cotizar (para el resto de las altas a partir de la tercera al año o para las producidas fuera de plazo reglamentario)
- o bien, finalmente, desde el día primero del mes natural en que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en su campo de aplicación, cuando la TGSS practique el alta de oficio en el RETA.

Pues bien, cuando concurran tales condiciones habrá de producirse la solicitud de alta, de conformidad con el art. 30 del RD 84/1996 facilitando con la misma a la TGSS una serie de datos. Por su parte, el RD-Ley 13/2022 modifica la DT única del RD 504/2022 estableciendo la obligación de los trabajadores autónomos (incluidos los del grupo primero del REMAR) de comunicar tales datos por medios electrónicos a la TGSS, antes de 21 de octubre de 2023¹⁰.

2.2.3. Extinción de la obligación de cotizar

El cese de la obligación de cotizar o la extinción de dicho deber se producirá dependiendo de la situación:

10. Aunque lo curioso es que no tienen la obligación de comunicar ni la declaración de los rendimientos económicos netos que el trabajador autónomo prevea obtener durante el año natural en el que se produzca el alta por su actividad económica o profesional, de forma directa y/o por su participación en la sociedad o comunidad de bienes que determine su inclusión en el régimen especial que corresponda, salvo en el caso de los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de los trabajadores por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, ni cualquier otro dato que suponga una peculiaridad en materia de acción protectora respecto del trabajador por cuenta propia.

- Desde el día en que las condiciones de inclusión dejen de concurrir en el sujeto de la obligación de cotizar, hasta tres veces al año, en el caso de que la baja se comunique en tiempo y forma.
- El último día del mes natural en que tales condiciones de inclusión dejen de concurrir en el sujeto de la obligación de cotizar (a partir de la tercera baja anual) y siempre que la misma se comunique en tiempo y forma.
- El último día del mes natural en que la TGSS tenga constancia del cese del trabajador por cuenta propia en el caso de que no se haya comunicado la baja en tiempo y forma.
- El último día del mes natural en que se haya llevado a cabo la actuación inspectora o se hayan recibido los datos que acrediten el cese en la actividad como consecuencia de la actuación de la ITSS o de una entidad gestora de la Seguridad Social y que haya dado lugar a practicar una baja de oficio¹¹.

2.3. Reglas de cotización

Conociendo ya desde cuándo existe la obligación de cotizar, ahora vamos a examinar el núcleo gordiano de la reforma del RD-Ley 13/2022 en materia de cotización: el nuevo sistema de cotización por ingresos reales¹². Hace años que se viene pidiendo adecuar la cuota de autónomos a los ingresos reales. La cuota fija mínima es un sistema anticuado e injusto. La base de esta apreciación radica en el hecho de que la cotización de los autónomos se considera dispar: algunos autónomos con rendimientos inferiores deben pagar, hasta el momento, una cuota que es equivalente en muchos casos a otros trabajadores autónomos con rendimientos superiores. Parece positivo establecer el principio constitucional de progresividad¹³.

Aunque, a decir verdad, la situación diseñada no casa bien con la idea de cotización por ingresos reales ya que para que ello fuese así no tendría que existir un tope, mínimo o máximo, en la base de cotización. Ha de recordarse que un autónomo en realidad es un empresario individual que puede que no tenga fortuna durante algún tiempo en los negocios. Si ello fuese así, lo lógico sería que no cotizase, pero el sistema lo impide. Lo mismo que impide que en los casos de más éxito se cotice por los ingresos reales obtenidos.

11. Aunque en este supuesto, los interesados podrán demostrar, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, que el cese en la actividad tuvo lugar en otra fecha a efectos de la extinción de la obligación de cotizar, sin perjuicio, en su caso, de los efectos que deban producirse tanto en orden a la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas como respecto del reintegro de las prestaciones que resulten indebidamente percibidas, salvo que por aplicación de las prescripciones no fueran exigibles la devolución ni el reintegro.

12. Trillas Fonts 2019, 18.

13. Mohamed Vázquez 2019.

En relación con esta obligación de cotizar es importante recordar que se elimina en la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo toda posibilidad de ejercer esta actividad de trabajo autónomo a tiempo parcial. Situación nonata pues nunca ha sido desarrollada (y lo que ello conllevaba, pues se preveía la posibilidad de establecer bases de cotización diferenciadas para los trabajadores a tiempo parcial dicho colectivo). Al mismo tiempo se elimina la posibilidad de establecer bases de cotización diferenciadas para los TRADE ya que se entiende que, con esta reforma, han de cotizar por ingresos reales.

La modificación de la cotización en el RETA tiene como precepto nuclear el art. 308 LGSS (aunque hay otras modificaciones en otros preceptos posteriores).

Reglas que entrarán en vigor a principios de enero de 2023¹⁴. Aunque este sistema que se crea de cotización por ingresos reales tiene un amplio período transitorio pues no será hasta 1 de enero de 2032, *ex DA 1ª RD-Ley 13/2022*, cuando las bases de cotización se fijen en función de los rendimientos netos obtenidos anualmente por los trabajadores autónomos, dentro de los límites de las bases de cotización máxima y mínima que se determinen en la correspondiente LPGE. De hecho, durante este largo período transitorio de 9 años se producirá una implantación gradual del sistema de cotización basado en los rendimientos reales declarados fiscalmente

“con objeto de permitir la más adecuada definición de los mismos y las adaptaciones técnicas necesarias por parte de la Hacienda Pública y de la propia Seguridad Social” (DT 1ª RD-Ley 13/2022).

Durante este período transitorio se prevén revisiones periódicas cada 3 años, donde el Gobierno, en el marco del diálogo social, podrá valorar sobre la aceleración del calendario de implantación.

Con estas nuevas reglas, parece y así lo ha declarado el Ministerio competente, tres de cada cuatro autónomos cotizarían en una proporción menor o igual a la actual. En realidad, la cotización por tramos, según la última propuesta, sí va a afectar de forma clara a los autónomos que cotizan por la mínima y declaran ingresos superiores, pues tendrían que cotizar por “ingresos reales”. Ello supondrá para los mismos un coste adicional que puede entenderse como un perjuicio, pero en realidad no es otra cosa que aplicar el principio de proporcionalidad, contributividad y solidaridad al pago de cotizaciones.

14. Según la DA 2ª RD-Ley 13/2022, el sistema de cotización en función de los rendimientos de la actividad económica o profesional no se aplicará a los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica incluidos en el RETA (por ello, tampoco podrán regularizar). Estos elegirán su base de cotización mensual en un importe igual o superior a la base mínima del tramo 3 de la tabla reducida.

Evidentemente, elevar las bases de cotización (y con ello las cuotas) no solo influirá en una mejor financiación del sistema, sino también en una protección más elevada en el futuro.

2.3.1. Determinación de la cuota

2.3.1.1. En el RETA y REMAR

La cotización mensual se obtendrá mediante la aplicación, a la base de cotización que corresponda, y de la que posteriormente haremos referencia, de los tipos de cotización que la LPGE establezca cada año. Teniendo en cuenta que, como regla general, la cuota a ingresar es la suma de las cuotas por varias contingencias cubiertas: contingencias comunes, por contingencias profesionales¹⁵, por cese de actividad y, finalmente, por formación profesional.

Los tipos de cotización aplicables para la cobertura de las distintas contingencias y situaciones cubiertas en del RETA y en el REMAR serán los fijados en la LPGE para cada ejercicio económico, como indican los arts. 44 y 53.2 del RD 2064/1995. La cotización por contingencias profesionales se efectuará mediante la aplicación del tipo de cotización que se determine anualmente en la LPGE.

2.3.1.2. Especialidades en el SETA

De otro lado, de conformidad con el art. 325 LGSS a los trabajadores autónomos agrarios del SETA se les aplicarán estas reglas con una serie de especialidades (art. 47 RD 2064/1995):

- A. Respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, dependiendo de la cuantía de la base de cotización elegida, podrá aplicarse un tipo distinto¹⁶.
- B. En el SETA hay dos contingencias de cobertura voluntaria: de un lado, la incapacidad temporal y el cese de actividad y, de otro lado, las contingencias profesionales. En estos casos, la cuota se determina aplicando tanto sobre la cuantía completa de la base de cotización provisional, como sobre la definitiva, los siguientes tipos de cotización:

15. Supone la obligación de cotizar por la misma base de cotización que por contingencias comunes y desde el mismo momento de la inclusión en el RETA, a dicha base se aplicará el tipo único de cotización fijado en la LPGE (para 2022, el 1,3 %).

16. Si el trabajador optase por una BC hasta el 120% de la base mínima del tramo 1, el tipo de cotización aplicable será el 18.75%, pero si la BC elegida fuera superior, sobre la cuantía que exceda se aplicará el tipo de cotización vigente en el RETA para las contingencias comunes. Tales tipos de cotización serán aplicables también a las bases de cotización definitivas que resulten del procedimiento de regularización.

- Para incapacidad temporal y cese de actividad, si se acogen voluntariamente, se aplicarán los tipos establecidos en la LPGE, aunque con alguna reducción¹⁷. En el caso de que se opte por acogerse a la cobertura de las contingencias de incapacidad temporal y cese de actividad se establecen una serie de reglas referidas al nacimiento y duración de esta cotización¹⁸.
- Para contingencias profesionales, si el autónomo agrario del SETA optara por la cobertura de las contingencias profesionales, podrá hacerlo para proteger todas las contingencias o solo para cubrirse frente a la incapacidad permanente y muerte y supervivencia¹⁹. En ambos casos, se le aplicarán los tipos establecidos para cada actividad económica en la tarifa de primas vigente, esto es, los que correspondan a las actividades económicas y a las ocupaciones o situaciones de los trabajadores, sin perjuicio de lo que las LPGE puedan establecer de forma específica para la cobertura de incapacidad permanente y muerte y supervivencia²⁰.

2.3.1.3. Especialidades en otros colectivos

De conformidad con la DA 28ª RD-Ley 13/2022, y como algo que puede afectar a la cotización a ingresar por el autónomo, es la posibilidad de algunos de éstos, como ya hemos visto en el SETA, puedan no tener obligatoriamente cubiertas algunas contingencias. Así,

- A. De un lado, los autónomos socios de cooperativas que dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al sistema

17. Los autónomos acogidos a la cobertura por contingencias profesionales o cese de actividad tendrán una reducción de 0,5% en la cotización de incapacidad temporal por contingencias comunes.

18. Así, si se solicita la cobertura de ambas prestaciones al mismo tiempo que el alta, la obligación de cotizar nace desde el día en que surta efectos dicha alta, pero si se hace en un momento posterior, estando ya dados de alta en el SETA, la obligación de cotizar nacerá desde el día 1 de enero del año siguiente al de la solicitud. En cualquier caso, la obligación de cotizar se mantendrá por un período mínimo de un año natural y se prorrogará automáticamente por períodos de igual duración. La obligación de cotizar por incapacidad temporal y por cese de actividad se extinguirá por renuncia a su cobertura o por la baja en este régimen especial.

19. En el primero de los casos, habiendo optado por la cobertura, la cotización se hará aplicando a la base elegida el tipo de cotización que corresponda de la tarifa de prima vigente. En caso contrario, si no hubiesen optado por protegerse frente a la totalidad de las contingencias profesionales, la cotización obligatoria respecto a las de incapacidad permanente y muerte y supervivencia se efectuará aplicando a la base elegida el tipo de cotización fijado anualmente en la LPGE.

20. Cuando no se haya optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias profesionales deberá efectuarse una cotización adicional para riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el modo que prevea la LPGE.

público que cuente con la autorización de la Seguridad Social para colaborar en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal y otorgue la protección por las citadas contingencias con un alcance al menos equivalente al del RETA no están obligados a cubrirse por esta contingencia; y

- B. De otro lado, los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica incluidos en el RETA no tendrán la obligación de cubrirse por la contingencia de incapacidad temporal, por contingencias profesionales, por cese de actividad y por formación profesional.

Evidentemente, la falta de ingreso dentro de plazo reglamentario de las cuotas, de cualquier trabajador autónomo, independientemente del régimen o sistema especial en el que se encuadre determinará su reclamación junto con los recargos e intereses que correspondan.

2.3.2. Determinación de las bases de cotización

Hasta finales de 2022, el sistema establece como regla general que el autónomo va a cotizar por la base que el mismo elija (con límites según la edad u otras variables).

A partir de enero de 2023, los trabajadores incluidos en el RETA cotizarán en función de los rendimientos anuales obtenidos en el ejercicio de sus actividades económicas, empresariales o profesionales.

Pues bien, la base de cotización se determinará teniendo en cuenta la totalidad de los rendimientos netos obtenidos por los referidos trabajadores, durante cada año natural, por sus distintas actividades profesionales o económicas²¹ (arts. 308 LGSS y 44 RD 2064/1995), realizadas a título individual o como socios o integrantes de cualquier tipo de entidad, en la condición de tales.

Para ello, la LPGE establecerá anualmente una tabla general y una tabla reducida de bases de cotización para este régimen especial. Ambas tablas se dividirán en tramos consecutivos de importes de rendimientos netos mensuales. A cada uno de dichos tramos de rendimientos netos se asignará una base de cotización mínima mensual y una base de cotización máxima mensual.

Como hemos dicho, la implantación de este sistema tiene un largo período transitorio de 9 años, por ello, durante los tres primeros años del período transitorio (2023 a 2025), los autónomos deberán cotizar en función de los rendimientos que obtengan, pudiendo elegir a esos efectos una base de cotización que corresponda a su tramo de ingresos, de conformidad con la tabla general y reducida que se establece en la DT 1ª RD-Ley 13/2022, y la base máxima de cotización establecida en el

21. Aunque el desempeño de algunas de ellas no determine su inclusión en el sistema de la Seguridad Social.

RETA en la LPGE para el correspondiente ejercicio. Para los tres primeros años del período transitorio, la DT 1ª RD-Ley 13/2022 establece para la tabla reducida 3 tramos y la tabla general tiene 12 tramos. A partir de 2026, el Gobierno determinará el calendario de aplicación por ingresos reales contemplando el despliegue de la escala en tramos de ingresos y bases de cotización a lo largo del siguiente período y con un máximo de 6 años. Finalizado el período transitorio, la cotización de los trabajadores encuadrados en el RETA se efectuará según los rendimientos netos obtenidos en el ejercicio de sus actividades económicas o profesionales de conformidad al art. 308 LGSS. Respecto de los tramos más bajos, hasta más o menos el SMI, no se produce un gran cambio (aunque a lo largo de 9 años se espera que se reduzca la presión de las cuotas en las rentas más bajas).

En cualquier caso, el tramo uno de la tabla general tendrá como límite inferior de rendimientos el importe de la base mínima de cotización establecida para el RGSS.

El art. 8 de la Ley 47/2015 reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero, ha sido modificado por el RD-Ley 13/2022, aplicándose a este colectivo de trabajadores por cuenta propia del mar, cuando pertenezcan al grupo primero de cotización²², la cotización en función de los rendimientos de la actividad económica o profesional a la que se refiere el art. 308 LGSS²³.

2.3.2.1. Elección de la base de cotización provisional

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, los ingresos de los trabajadores por cuenta propia no son fijos, sino variables. Pues cambian en cada ejercicio económico según la fortuna de la empresa ejercida. Los autónomos van a tener que prever cuáles van a ser sus rendimientos netos a futuro. Es decir, deberán prever cuáles serán los ingresos y los gastos que van a tener en los próximos meses.

22. El art. 10 de la Ley 47/2015 establece la clasificación de los trabajadores en el REMAR a efectos de cotización en tres grupos. Por lo que nos interesa, en el grupo primero se incluyen (además de trabajadores por cuenta ajena) los autónomos que o bien sean armadores, retribuidos a la parte, en barcos de pesca de más de 150 toneladas de registro bruto o bien realicen alguna de las siguientes actividades: a) actividades marítimo-pesqueras a bordo de las embarcaciones o buques de marina mercante, pesca, deportivas y de recreo o tráfico interior de puertos, figurando tales personas trabajadoras o armadores en el rol de los mismos como técnicos o tripulantes; b) acuicultura marítima o marítimo-terrestre; c) mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos; d) buceadores extractores de recursos marinos; e) Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación, pero no los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas; f) rederos; g) prácticos de puerto.

23. También es de aplicación, *ex art.* 53 RD 2064/1995, el art. 44 del RD 2064/1995, a los trabajadores por cuenta propia del REMAR incluidos en el grupo primero de cotización de dicho régimen, respecto de los trabajadores por cuenta propia del REMAR de los grupos segundo y tercero de cotización, sus bases de cotización se determinarán anualmente por el Ministerio competente.

Salvo los casos de bases de cotización especiales que veremos más abajo, los trabajadores autónomos deberán elegir, en el mismo momento de solicitar su alta, dentro del plazo establecido para formular esta, una única base de cotización provisional para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora de este régimen especial, y surtirá efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar, y sin perjuicio de las especialidades indicadas anteriormente, *ex art. 44 RD 2064/1995*. Ha de recordarse que el art. 30.2 b) parr. 9 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en adelante, RD 84/1996) ha sido redactado en el sentido de que en la solicitud de alta de los trabajadores por cuenta propia figure, entre los datos a comunicar, la declaración de rendimientos netos que el autónomo prevea obtener durante el año natural en el que se produzca el alta por su actividad económica o profesional, de forma directa y/o por su participación en la sociedad o comunidad de bienes que determine su inclusión en el régimen especial que corresponda²⁴, de conformidad a lo establecido en el art. 308 LGSS (también el apartado 5 del art. 44 del RD 2064/1995, recuerda esta obligación de efectuar una declaración del promedio mensual de los rendimientos económicos netos anuales que prevean obtenerse).

La base de cotización elegida provisionalmente, para todas las contingencias y situaciones protegidas, se determinará durante cada año natural de conformidad a las tablas adoptadas. Así, el trabajador autónomo deberá elegir la base de cotización mensual que corresponda en función de su previsión del promedio mensual de sus rendimientos netos anuales dentro de la tabla general de bases fijada en la respectiva LPGE. No obstante ello, podrá acudir a la tabla reducida de bases cuando prevean que el promedio mensual de sus rendimientos netos anuales pueda quedar por debajo del importe de la base mínima del tramo 1 de la tabla general. En tal caso, deberán elegir una base de cotización mensual inferior a aquella, dentro de dicha tabla reducida. Se trata de una estimación de los ingresos que pueda tener. Desde luego, ello no es una tarea fácil puesto que las actividades fluctúan según las necesidades del mercado y del modo de operar del propio trabajador, además de que inicialmente, la previsión quizás no sea la más optimista ya que ello lleva consigo aumentar el coste fijo de la actividad a causa de la cotización.

Para evitar sorpresas desagradables en la regularización al año siguiente, tras la solicitud de alta, los autónomos deberán solicitar el cambio de sus bases de cotización de conformidad a las previsiones que vayan teniendo de sus rendimientos netos anuales para ajustar la cotización del año natural de que se trate (lo cual podrá hacerse hasta 6 veces al año). Para ello podrán elegir cualquier base de cotización

24. Salvo en el caso de los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica incluidos en el RETA y de los trabajadores por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero de cotización del REMAR.

comprendida entre la mínima del tramo 1 de la tabla reducida hasta la máxima del tramo superior de la tabla general²⁵. Es curioso cómo el art. 44 RD 2064/1995 indica que los trabajadores autónomos “deberán” solicitar el cambio de sus bases de cotización provisionales, mientras que el precepto al que se remite para ello indica que los trabajadores autónomos “podrán” cambiar la base por la que vengán obligados a cotizar, para lo que deberán adjuntar una declaración del promedio mensual de los rendimientos económicos netos anuales. No parece que sea una obligación cuyo cumplimiento sea sancionable, sino más bien una advertencia de que de no hacerse ello (en el caso de que los ingresos obtenidos en el año natural sean superiores a los previstos) con la regularización se producirá un requerimiento de cuotas por infracotización, que, como veremos, no llevará aparejado ningún tipo de recargo o sanción si se ingresa en el plazo en que se establezca en la correspondiente resolución.

Podría ocurrir también que, en una pésima anualidad con ingresos ínfimos, el trabajador autónomo se diera de baja en el RETA, en tal caso tendrá lagunas de cotización para sus prestaciones futuras y si no se diera de baja, no podrá cotizar por sus ingresos reales que son inferiores a las bases mínimas, lo cual lo terminaría endeudando más.

En caso de pluriactividad, los autónomos podrán elegir como base de cotización aquella que, conforme a sus previsiones de rendimientos netos anuales y bases de cotización que prevean les vaya a resultar de aplicación como trabajadores por cuenta ajena, permita ajustar su cotización al RETA, conforme al procedimiento previsto en el art. 313 LGSS y que posteriormente veremos.

Por supuesto, la “provisionalidad” de las bases provisionales mensualmente elegidas será hasta que proceda, en su caso, la regularización en el año natural siguiente (ex art. 46 RD 2064/1996).

La DA 17ª RD-Ley 13/2022, siguiendo la DA 9ª Ley 27/2011, prevé un crecimiento de las bases medias de cotización del RETA, similar al menos al de las medias del Régimen General, al objeto de hacer converger la intensidad de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena. En tal sentido, las previsiones en materia

25. Si bien anteriormente se permitían hasta 4 cambios al año, el art. 45 RD 2064/1995 permite ahora 6 cambios de la base por la que vengán obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio, siempre que así lo soliciten a la Tesorería General de la Seguridad Social, con los siguientes efectos: a) 1 de marzo, si la solicitud se formula entre el 1 de enero y el último día natural del mes de febrero; b) 1 de mayo, si la solicitud se formula entre el 1 de marzo y el 30 de abril; c) 1 de julio, si la solicitud se formula entre el 1 de mayo y el 30 de junio; d) 1 de septiembre, si la solicitud se formula entre el 1 de julio y el 31 de agosto; e) 1 de noviembre, si la solicitud se formula entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre; y f) 1 de enero del año siguiente, si la solicitud se formula entre el 1 de noviembre y el 31 de diciembre. Junto con la solicitud deberán hacer una declaración del promedio mensual de los rendimientos económicos netos anuales que prevean obtener por su actividad económica o profesional.

de cotización del RETA que se recojan en la LPGE se debatirán, con carácter previo, en el marco del diálogo social²⁶.

2.3.2.2. Topes máximos y mínimos en las bases de cotización

La base de cotización deberá quedar comprendida, *ex art.* 44 RD 2064/1995, con carácter general, en función de los rendimientos netos anuales entre los siguientes importes:

A. Una base de cotización mínima, establecida anualmente por la LPGE. Será la establecida para el tramo de rendimientos, de la tabla general o reducida, en el que se encuentre el promedio mensual de los rendimientos netos obtenidos en el año al que se refiera la cotización.

A tal efecto, se define como promedio mensual de los rendimientos netos obtenidos el resultado de multiplicar por 30 el importe obtenido de dividir la cuantía de los rendimientos anuales netos obtenidos, según la comunicación efectuada por la correspondiente Administración tributaria²⁷ entre el número de días naturales de alta del trabajador en este régimen especial en el año al que se refiera la cotización²⁸.

B. Una base de cotización máxima, establecida anualmente también por la LPGE que será la establecida para el tramo de rendimientos de las tablas general o reducida, en el que se encuentre el promedio mensual de los rendimientos netos obtenidos.

Además, la LPGE establecerá una base de cotización máxima para el RETA, con independencia de los rendimientos netos obtenidos (tope de cotización).

2.4. En especial, el ajuste o regularización de cotizaciones²⁹

Como dijimos anteriormente, las bases de cotización mensuales elegidas dentro de cada año tendrán carácter provisional, hasta que se proceda a su regularización,

26. En coherencia con ello, la DT 4ª RD-Ley 13/2022 indica que los autónomos en alta 31 de diciembre de 2022 cuyos ingresos durante 2023 y 2024 se encuentren dentro establecidos en la tabla reducida, se les aplicará durante 6 meses en cada uno de estos ejercicios la base mínima de cotización de 960 a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación, que no será objeto de modificación alguna. En tales casos, si el trabajador ha pasado a tener la condición de pensionista no se practicará la regularización alguna, con lo cual no se modificará la base reguladora.

27. Una vez deducido el porcentaje de deducción por gastos genéricos.

28. No se consideran como días naturales de alta del trabajador a estos efectos, aquellos que correspondan a períodos que no deban ser objeto de regularización (por ejemplo, períodos en los que se ha cobrado una prestación).

29. *Ex art.* 53 RD 2064/1995 es de aplicación la regularización establecida en estos preceptos a los trabajadores por cuenta propia del REMAR incluidos en el grupo primero de cotización de dicho régimen.

independientemente de la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan cambiar durante el año natural su base de cotización a fin de ajustar su cotización anual a las previsiones que vayan teniendo de sus rendimientos netos anuales.

Uno de los aspectos más innovadores del sistema de cotización en el RETA, que se iniciará en 2023, es que la cotización en dicho régimen correspondiente a cada ejercicio anual será objeto de regularización en el año siguiente, *ex art.* 308 LGSS y 46 RD 2064/1995, en función de los rendimientos netos anuales comunicados por las correspondientes Administraciones tributarias respecto a cada trabajador autónomo. Tendremos que esperar a 2024 para ver los problemas prácticos que puedan plantearse en este aspecto en un colectivo tan importante como es el de trabajadores autónomos.

Para ayudar a este propósito, la DF 1ª RD-Ley 13/2022 realiza una importante adición a la Ley 35/2006 de IRPF pues, en el apartado 2 de su art. 96, cuando establece limitaciones a la presentación de la declaración de los contribuyentes que tengan rentas inferiores a una determinada cuantía (22.000 euros en el caso de rendimientos del trabajo), indica expresamente que en el RETA o REMAR:

“estarán en cualquier caso obligadas a declarar todas aquellas personas físicas que en cualquier momento del período impositivo hubieran estado dadas de alta, como trabajadores por cuenta propia”,

2.4.1. Procedimiento de regularización

Como hemos dicho, para determinar las bases de cotización y cuotas mensuales definitivas, se ha de producir la regularización de la cotización en el RETA.

Ello se efectuará en función de los rendimientos anuales de cada trabajador autónomo, una vez obtenidos y comunicados telemáticamente por la AEAT o diputaciones forales a partir del año siguiente³⁰, conforme a las reglas que se indican a continuación.

30. Al art. 71.1 a) *in fine* de la LGSS, referido al suministro de información a la Administración de la Seguridad Social añade que, por parte de los organismos dependientes del Ministerio de Hacienda, CCAA o Diputaciones Forales se deberá facilitar a la TGSS toda la información de carácter tributario necesaria de que dispongan para la realización de la regularización de cuotas a la que se refiere el artículo 308. El suministro de esta información deberá llevarse a cabo en el plazo más breve posible tras la finalización de los plazos de presentación por parte de los sujetos obligados de las correspondientes declaraciones tributarias, debiendo establecerse los adecuados mecanismos de intercambio de información. Se añade un apartado o) al art. 77.1 LGSS referido al suministro, a través de procedimientos automatizados, a las Administraciones tributarias de la información necesaria para la regularización de bases de cotización y cuotas.

2.4.1.1. Rendimientos computables

Los importes económicos que determinarán las bases de cotización y las cuotas mensuales definitivas estarán constituidos por los rendimientos computables procedentes de todas las actividades económicas, empresariales o profesionales, ejercidas por la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma en cada ejercicio, a título individual o como socio o integrante de cualquier tipo de entidad.

Dichos rendimientos computables de actividades por cuenta propia se calcularán de acuerdo con lo previsto en las normas del IRPF para el rendimiento neto.

A. Declaración por estimación directa:

El rendimiento computable será el rendimiento neto³¹, incrementado en el importe de las cuotas de la Seguridad Social y aportaciones a mutualidades alternativas del titular de la actividad.

Si se trata de rendimientos imputados por entidades en atribución de rentas³², el rendimiento computable imputado será, para el método de estimación directa, el rendimiento neto exclusivamente. En el régimen de estimación directa (normalmente simplificada para los autónomos, por tener ingresos de menos de 600.000 euros) sí se tiene en cuenta la facturación real, de la cual puede deducirse o restarse los gastos deducibles.

B. Declaración por estimación objetiva:

El rendimiento computable será el rendimiento neto previo minorado en el caso de actividades agrícolas, forestales y ganaderas y el rendimiento neto previo³³ en el resto de los supuestos.

Si se trata de rendimientos imputados por entidades en atribución de rentas, el rendimiento computable imputado será el rendimiento neto minorado, en el caso de actividades agrícolas, forestales y ganaderas, y el rendimiento neto previo en el resto de los supuestos.

Se calcula por el Ministerio de Integración, Seguridad Social e Inmigración que unos 420.000 trabajadores autónomos sean “moduleros”, esto es, estén acogidos al régimen de estimación objetiva, que es un modo de simplificar

31. Se calcula por diferencia entre los ingresos computables (ventas, prestaciones de servicios, subvenciones, etc.) y los gastos deducibles (los que, convenientemente justificados y registrados en la contabilidad o en los libros-registro obligatorios, se producen en el ejercicio de la actividad y son necesarios para la obtención de ingresos: suministros, consumo de existencias, gastos del personal, reparación y conservación, arrendamiento y amortizaciones por la depreciación efectiva de los elementos patrimoniales en funcionamiento).

32. Comunidades de bienes sin personalidad jurídica, herencias yacentes, sociedades civiles u otras sin personalidad jurídica.

33. Viene determinado por el resultado de multiplicar el número de unidades empleadas, utilizadas o instaladas en la actividad de cada uno de los módulos aplicables por el rendimiento anual por unidad antes de amortización asignado a cada unidad.

la gestión fiscal y contable y donde los impuestos para determinados colectivos³⁴ no se pagan en función de cómo va el negocio (esto es, según los ingresos y gastos). Aunque no hay obligación de llevar libros contables, sí es obligatorio conservar las facturas emitidas y recibidas de forma ordenada y en caso de deducir amortizaciones ha de llevarse un libro registro de bienes de inversión. En este caso, la determinación del rendimiento se realiza en base a signos, índices o módulos (y no tiene que ver necesariamente con la realidad de los obtenidos por el autónomo). Mantener esta forma impositiva impide cotizar por los rendimientos económicos reales ya que no habrá datos suficientes ni concluyentes para conseguir una cuantía fiable de los ingresos reales³⁵.

- C. Para los Consejeros o Administradores de sociedades con funciones de dirección y gerencia que posean el control efectivo de la sociedad³⁶, se computarán como rentas:
- la totalidad de los rendimientos íntegros, dinerarios o en especie, derivados de la participación en los fondos propios de aquellas entidades en las que reúna, en la fecha de devengo del Impuesto sobre Sociedades, una participación igual o superior al 33% del capital social o teniendo la condición de administrador, una participación igual o superior al 25%,
 - la totalidad de los rendimientos de trabajo derivados de su actividad en dichas entidades.
- D. Los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado incluidos en el RETA:
- Los rendimientos obtenidos de su propia actividad económica
 - Los rendimientos íntegros de trabajo o capital mobiliario, dinerarios o en especie, derivados de su condición de socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.
- E. Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, los comuneros de comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares³⁷ y los socios trabajadores de sociedades laborales que solos o con su familia controlen efectivamente la sociedad (al menos el 50% de participaciones): se computarán, además, la totalidad de los rendimientos íntegros de trabajo o capital mobiliario, dinerarios o en especie, derivados de su condición de socios o comuneros en tales entidades.

34. Que cumplan una serie de requisitos respecto del sector, límites económicos en los ingresos, no renuncia al mismo, etc.

35. Beamuz Morillas 1993, 101 y ss.; Sánchez Huete 2012, 19 y ss.

36. González Ortega 2019, 123 y ss.

37. Salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

2.4.1.2. Deducción por gastos genéricos³⁸

Dichos rendimientos netos anuales se integran por los importes de los conceptos que se indican en el art. 308 LGSS una vez deducidos el correspondiente porcentaje por gastos genéricos. Se trata de aplicar deducciones de gastos de difícil justificación que para un autónomo es más difícil de demostrar que pudieran estar conectados con su actividad.

— Del 7%:

A los rendimientos indicados anteriormente, se les aplicará una deducción por gastos genéricos del 7 por ciento

— Del 3%:

Esta deducción será para los autónomos, consejeros o administradores que ejerciendo las funciones de dirección y gerencia controlen efectivamente la sociedad o los socios trabajadores de sociedades laborales que solos o con sus familiares cercanos tengan una participación del 50% que les permita el control efectivo de la sociedad.

Para ello bastará con haber figurado noventa días en alta en el RETA en la condición de personas que tengan el control de tales sociedades, durante el período a regularizar.

2.4.1.3. Determinación de cantidades a regularizar

Fijado el importe anual de los rendimientos, se distribuirá proporcionalmente en el período a regularizar, determinándose las bases de cotización mensuales definitivas³⁹.

Para ello, según el art. 46 RD 2064/1995:

A. Habrá de calcularse los días objeto de regularización, lo que es igual al número de días de alta en el RETA en el año de que se trate, descontándose de éstos el número de días de los períodos de alta fuera de plazo⁴⁰, altas de oficio por ITSS o TGSS⁴¹ o falta de presentación de IRPF o sin declaración de ingresos en estimación directa, los días en que se haya cotizado con cuota

38. Ha de recordarse, *ex* DA 3ª RD-Ley 13/2022, que los trabajadores autónomos con trabajadores a su cargo podrán practicar deducciones por contribuciones empresariales a sistemas de previsión social empresarial.

39. En caso de no presentación del IRPF o, cuando habiéndolo presentado, no se hayan declarado ingresos a efectos de la determinación de los rendimientos netos cuando resulte de aplicación el régimen de estimación directa, la base de cotización definitiva será la base de cotización por contingencias comunes para el grupo de cotización 7 del RGSS.

40. Entre tal fecha y el último día del mes natural inmediatamente anterior a aquel en que se presentó la solicitud de alta.

41. Entre tal fecha y el último día del mes natural inmediatamente anterior a aquel en que se presentó la solicitud de alta.

reducida por inicio de actividad, los días durante los cuales se han percibido prestaciones de la Seguridad Social o de BC que hayan servido para determinar la cuantía de una prestación.

- B. Habrá de calcularse el promedio mensual de los rendimientos netos obtenidos, ello se determina con el importe de los rendimientos netos anuales comunicados por la AEAT, respecto de la anualidad de que se trate, una vez descontados los porcentajes por gastos genéricos, que se dividirá entre el número de días en situación de alta, a los que anteriormente nos referimos, y se multiplicará por 30.
- C. Habrá de calcularse el promedio de las bases de cotización provisionales, para ello se sumará el importe de las bases de cotización provisionales de la totalidad de los meses de la anualidad correspondiente, descontando de forma proporcional a dicha cuantía los importes de las bases de cotización mensuales correspondientes a los días que no proceda regularizar. El resultado obtenido se dividirá entre el número de días objeto de regularización y el resultado se multiplicará por 30.

2.4.1.4. Contraste entre el tramo aplicable de rendimientos netos y la base de cotización promedio mensual provisional.

Ha de comprobarse si la base de cotización promedio mensual es inferior o superior a la base mínima del tramo que corresponda tras la regularización o si está comprendida entre la base mínima y máxima de dicho tramo.

Si la base de cotización definitiva coincidiera (estuviera entre los topes) con el tramo elegido en el año anterior como base provisional, no será necesario regularizar⁴², pasando a tener éstas la condición de definitivas.

Por el contrario, si la base de cotización definitiva, de conformidad con los ingresos reales, no estuviera comprendida entre los topes del tramo elegido provisionalmente en el año anterior, se procederá a regularizar la cotización provisional mensual efectuada por dicho trabajador autónomo en el año anterior.

Ello producirá un ingreso o una devolución.

A. Ingreso de diferencias por infracotización.

En caso de que la cotización provisional efectuada fuese inferior a la cuota que correspondería a la base mínima de cotización del tramo en que estén comprendidos sus rendimientos, el autónomo deberá ingresar la diferencia entre ambas cotizaciones. Esto es, si la base de cotización promedio mensual

42. Tampoco se producirá regularización, de conformidad con el art. 309 LGSS, cuando se haya accedido a una prestación económica de la Seguridad Social con bases de cotización anteriores a la fecha en la que se hubiera producido la regularización o cuando durante la percepción de cualquiera de los subsidios el autónomo hubiera de mantenerse en alta en el RETA.

es inferior a la base mínima del tramo que corresponda, la base de cotización definitiva será la base mínima de dicho tramo. Se procederá a reclamar en un solo acto las cuotas correspondientes al total de las diferencias, positivas o negativas, entre las bases de cotización provisionales de cada mes y la base de cotización mínima correspondiente al tramo. El plazo para que los trabajadores autónomos ingresen el importe de la diferencia será hasta el último día del mes siguiente a aquel en que se les notifique el resultado de la regularización, sin aplicación de interés de demora ni recargo alguno de abonarse en ese plazo⁴³.

B. Devolución por supracotización.

En caso de que la cotización provisional efectuada fuese superior a la cuota correspondiente a la base máxima del tramo en el que estén comprendidos sus rendimientos, la base de cotización definitiva será la base máxima de dicho tramo y procederá a devolver de oficio, en un solo acto, las cuotas correspondientes al total de las diferencias, positivas o negativas, entre la base de cotización máxima correspondiente al tramo y las bases de cotización provisionales de cada me, sin aplicación de interés de demora alguno. La devolución se producirá antes del 31 de mayo del ejercicio siguiente a aquel en que la correspondiente AEAT haya comunicado los rendimientos computables a la TGSS.

No procederá la devolución:

- De deudas generadas por las cuotas no ingresadas en período voluntario calculadas de acuerdo con las bases de cotización provisionales, cuando habiéndose determinado la base de cotización definitiva esta hubiera sido favorable al autónomo. En sentido contrario, si la cotización definitiva fuese superior al importe de la base de cotización provisional sí habrá de ingresarse la diferencia en el plazo anteriormente indicado.
- En caso de ingresos fuera de plazo de cotizaciones realizadas con bases de cotización provisionales, no regularizadas, que hayan tenido que abonarse con recargos e intereses.

Teniendo en cuenta, *ex art.* 46 RD 2064/1995, que, tanto para ingresos como por devoluciones, cuando en un mes no figure el autónomo en situación de alta durante todos los días, teniendo en cuenta los días objeto de regularización, las bases de cotización, mínimas y máximas del tramo aplicable de rendimientos netos serán las proporcionales al número de días de alta en dicho mes.

43. Cuando no se proceda al ingreso de las cuotas en el plazo indicado, procederá la reclamación administrativa de dichas cuotas conforme al procedimiento general establecido para la gestión recaudatoria del sistema de la Seguridad Social.

2.4.1.5. Trabajadores autónomos con bases de cotización superiores a las establecidas como límite por la LPGE en cada ejercicio

Si tras la aplicación de las reglas de regularización el promedio mensual fuese superior a la base máxima del tramo que correspondiera, tales trabajadores podrán renunciar a la devolución de cuotas, adquiriendo en este caso las bases de cotización provisionales la condición de definitivas sin que las mismas puedan superar, en ningún caso, el importe de la base de cotización correspondiente a 31 de diciembre de 2022. La renuncia a la devolución de cuotas se deberá solicitar hasta el último día del mes natural inmediatamente posterior a aquel en que se comunique el resultado de la regularización.

Para el caso, de que la base promediada definitiva fuese superior a la base de cotización correspondiente a 31 de diciembre de 2022, se devolverá de oficio la diferencia de exceso de cotización hasta la base que se tenía en dicha fecha.

2.4.1.6. Modificaciones posteriores de los importes de los rendimientos

Cuando, de oficio o a petición del autónomo, los importes de los rendimientos tomados en cuenta para la regularización sean modificados con posterioridad por la AEAT y resulten en cuantía inferior a la fijada inicialmente, éste podrá, en su caso, solicitar la devolución de lo ingresado indebidamente.

Si tras la modificación del importe de los rendimientos anuales se determina que los mismos son superiores a los aplicados en la regularización, se pondrá en conocimiento de la ITSS a efecto de que se establezca, en su caso, la correspondiente regularización y determine los importes a ingresar. También a través de medios telemáticos, la AEAT comunicará tales modificaciones a la TGSS.

Estas situaciones especiales de regularización no llevarán consigo, en ningún caso, la modificación del importe de las prestaciones de Seguridad Social causadas cuya cuantía será, por tanto, definitiva (art. 309 LGSS).

2.4.1.7. Aplicación de tipos o porcentajes

Determinado el importe de las diferencias entre las bases de cotización provisionales y las definitivas, si fueran superiores o inferiores al tramo elegido en previsión, se aplicarán a dichas diferencias los tipos y demás condiciones de cotización correspondientes a los períodos de liquidación objeto de regularización.

2.4.2. Límites a la regularización: bases de cotización especiales

No cabe la aplicación de las reglas generales de regularización (o simplemente no cabe la regularización, dependiendo del caso) en supuestos que se indican a continuación.

2.4.2.1. Supuestos de reconocimiento de una prestación económica de la Seguridad Social con anterioridad a la regularización anual

Se excluye de la regularización las cotizaciones de correspondientes a los meses cuyas bases de cotización hubiesen sido tenidas en cuenta para el cálculo de la base reguladora de cualquier prestación económica del sistema de la Seguridad Social si se hubiese reconocido con anterioridad a la fecha en la que se hubiese realizado dicha regularización. También quedan excluidas de la regularización las BC posteriores hasta el mes en el que se produzca el hecho causante, esto es, las bases de cotización aplicables hasta el inicio de la percepción de la prestación. Situaciones a las que se refieren los arts. 309 LGSS y 46 del RD 2064/1995.

En consecuencia, todas estas bases de cotización a las que nos hemos referido adquirirán carácter definitivo respecto de esos meses, sin que proceda la revisión del importe de las prestaciones causadas.

También la base de cotización mensual aplicada adquirirá carácter definitivo, y no podrá regularizarse, durante los periodos de alta en el RETA en los que se perciban cualquier subsidio contributivo, salvo los de muerte y supervivencia⁴⁴.

Transcurridos 60 días desde la baja médica por IT, con derecho a prestación, corresponderá a la MCSS o al SPEE, en su caso, hacer efectivo el pago de las cuotas por todas las contingencias⁴⁵.

2.4.2.2. Miembros de instituto de vida consagrada de la Iglesia Católica

La base de cotización de los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica, incluidos en el RETA estará comprendida, en cada año natural al que se refiera la cotización, entre la base mínima del tramo 3 de la tabla reducida de bases de cotización de este régimen y la base de cotización máxima del tramo superior de la tabla general.

2.4.2.3. Familiares de los trabajadores autónomos

Los familiares de los trabajadores autónomos (cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad, adopción o afinidad hasta

44. Prestaciones por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado de menor y ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, así como por cese de actividad o para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas en su modalidad cíclica o sectorial.

45. Este precepto, *ex art.* 8 Ley 47/2015, es aplicable a los trabajadores por cuenta propia del REMAR, si bien transcurridos los 60 días en dicha situación de incapacidad temporal el pago de cuotas corresponderá al Instituto Social de la Marina.

el segundo grado inclusive y, en su caso, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo)⁴⁶ que hayan figurado al menos 90 días en alta en el RETA durante el período a regularizar⁴⁷.

No podrán elegir una base de cotización mensual inferior a aquella que determine la correspondiente LPGE como base de cotización mínima para contingencias comunes para los trabajadores incluidos en el RGSS del grupo de cotización 7. Pero podrán regularizar para ajustar las bases de cotización definitiva a una cuantía siempre que la misma no sea inferior a dicha base mínima del grupo 7, sí superior a dicha base⁴⁸. Ello se producirá a partir de 2026; hasta entonces, la DT 7ª RD-Ley 13/2022, durante los años 2023 a 2025, establece específicas limitaciones a la base mínima⁴⁹.

2.4.2.4. Consejeros o administradores o socios de sociedades laborales con el control efectivo de la sociedad

Los autónomos incluidos en el RETA consejeros o administradores o que posean el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad ni tampoco los socios trabajadores de sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y familiares hasta segundo grado alcance el 50%⁵⁰ que hayan figurado al menos 90 días en alta en el RETA durante el período a regularizar⁵¹.

No podrán elegir una base de cotización mensual inferior a aquella que determine la correspondiente LPGE como base de cotización mínima para contingencias comunes para los trabajadores incluidos en el RGSS del grupo de cotización 7. Pero podrán regularizar para ajustar las bases de cotización definitiva a una cuantía siempre que la misma no sea inferior a dicha base mínima del grupo 7, sí superior a dicha

46. Salvo que hayan sido contratados por cuenta ajena al amparo del art. 12.2 LGSS.

47. El art. 30.2 b) del RD 84/1996, con la redacción que entrará en vigor a primeros de enero de 2023, exige que en la solicitud de alta de los trabajadores por cuenta propia figure el nombre e identificación de los familiares que realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena.

48. Para la aplicación de esta base de cotización mínima bastará con haber figurado noventa días en alta en este régimen especial, en cualquiera de los supuestos contemplados en las referidas letras, durante el período a regularizar al que corresponden los rendimientos computables.

49. Por lo que no podrán elegir una base de cotización mensual inferior a: a) 1000 euros durante 2023; b) la cuantía que se fije en la LPGE para 2024 y 2025.

50. Excepto que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere de otras personas ajenas a las relaciones familiares. En el art. 312 de la LGSS que estará vigente hasta 31 de diciembre se establece una base de cotización específica para este colectivo.

51. Ha de recordarse que el art. 30.2 b) del RD 84/1996, con la redacción que entrará en vigor a primeros de enero de 2023, exige que en la solicitud de alta de los trabajadores por cuenta propia figure si se desempeña el cargo de consejero o administrador o prestador de servicios para la sociedad y el porcentaje de participación en el capital social (del autónomo y su familia).

base⁵². Ello se producirá a partir de 2026; hasta entonces la DT 7ª RD-Ley 13/2022, durante los años 2023 a 2025, establece específicas limitaciones a la base mínima⁵³.

2.4.2.5. Alta de oficio en el RETA a propuesta de la ITSS o de la TGSS

En los supuestos de alta de oficio en el RETA, así como durante el período comprendido entre el inicio de la actividad por cuenta propia y el mes en el que se solicite el alta, de formularse esta solicitud a partir del mes siguiente al del inicio de la actividad, la base de cotización mensual aplicable será la base mínima del tramo 1 de la tabla general, establecida en cada ejercicio. En tales casos, en el procedimiento de regularización, la base de cotización definitiva no podrá ser inferior a dicha base mínima durante ese período. En el caso de altas de oficio a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, durante el período comprendido entre la fecha del alta y el último día del mes natural inmediatamente anterior a la fecha de efectos del alta, la base de cotización será la base mínima del tramo 1 de la tabla general de bases de cotización de este régimen especial, salvo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hubiese establecido expresamente otra base de cotización superior, en cuyo caso se aplicará la misma sin que resulte de aplicación el procedimiento de regularización. Iguales bases de cotización serán de aplicación en el supuesto de altas de oficio efectuadas por la TGSS.

2.4.2.6. Solicitudes de alta presentadas fuera de plazo

En el supuesto de las solicitudes de altas presentadas fuera del plazo reglamentariamente establecido, durante el período comprendido entre la fecha del alta y el último día del mes natural inmediatamente anterior a aquel en el que se presentó la solicitud del alta, la base de cotización será la base mínima del tramo 1 de la tabla general de bases de cotización de este régimen especial, sin que resulte de aplicación, a dicho período, el procedimiento de regularización.

2.4.2.7. Incumplimiento de la presentación de la declaración de la renta o no declaración de ingresos en estimación directa

En el caso de los períodos anuales respecto de los que la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma hubiese incumplido la obligación de presentación de la

52. Para la aplicación de esta base de cotización mínima bastará con haber figurado noventa días en alta en este régimen especial, en cualquiera de los supuestos contemplados en las referidas letras, durante el período a regularizar al que corresponden los rendimientos computables.

53. Por lo que no podrán elegir una base de cotización mensual inferior a: a) 1000 euros durante 2023; b) la cuantía que se fije en la LPGE para 2024 y 2025.

declaración del impuesto de la renta de personas físicas, la base de cotización será la base mínima del tramo 1 de la tabla general de bases de cotización de este régimen especial.

Igual base de cotización resultará de aplicación a aquellos que, habiendo presentado la declaración del impuesto de la renta de personas físicas, no hayan declarado ingresos a efectos de la determinación de los rendimientos netos, cuando resulte de aplicación el método de estimación directa.

Ello se producirá a partir de 2026, hasta entonces la DT 7ª RD-Ley 13/2022, durante los años 2023 a 2025, establece específicas limitaciones a la base mínima⁵⁴.

A partir de 2026, la base de cotización mínima por contingencias comunes para todos ellos será la establecida para los trabajadores incluidos en el grupo 7 de cotización del Régimen General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que tras los correspondientes procedimientos de regularización la base de cotización definitiva no podrá ser inferior, sí superior, a dicha base de cotización mensual.

2.4.2.8. Período de reducción de cuotas por inicio de nueva actividad

En el período de cuota reducida por inicio de una nueva actividad (durante los 24 meses, si se tuviese derecho a los mismos) ex art. 38 ter LETA, la base de cotización será la base mínima del tramo 1 de la tabla general de bases de cotización de este régimen especial. Si durante los meses 13 a 24 se obtuvieran rendimientos iguales o al importe del salario mínimo interprofesional, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales de cotización en el RETA.

2.5. Cotización en supuestos especiales

En este epígrafe vamos a dar cuenta de diversas modificaciones, en varios casos, matices para ajustar a las reglas generales de la nueva norma producidas en materia de cotización de los trabajadores autónomos en el RD-Ley 13/2022.

2.5.1. *Cotización en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia*⁵⁵

Si ello fuese así por resultar compatible su trabajo por cuenta propia con la percepción de su pensión (art. 214 LGSS), únicamente cotizarán por la prestación

54. Por lo que no podrán elegir una base de cotización mensual inferior a: a) 1000 euros durante 2023; b) la cuantía que se fije en la LPGE para 2024 y 2025.

55. De conformidad con el art. 55.2 RD 2064/1995, estos supuestos especiales son aplicables a los autónomos del REMAR.

de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (arts. 310 LGSS y 48 RD 2064/1995).

Pero también estarán sujetos a la cotización especial de solidaridad (art. 310 LGSS) con aplicación del tipo de cotización del 9 por ciento sobre la base por contingencias comunes (teniendo en cuenta que esta cotización no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones) (*ex* arts. 310 LGSS y 48 RD 2064/1995).

Esta cotización especial de solidaridad se aplicará a los pensionistas de jubilación que compatibilicen su pensión con una actividad por cuenta propia estando incluidos en una mutualidad alternativa al RETA. La única matización que se produce es respecto de la BC de la cotización de solidaridad de los pensionistas de jubilación que compatibilicen la pensión con una actividad por cuenta propia estando incluidos en una “mutualidad alternativa” al RETA, indicándose ahora que será la “base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general”. Dicha cotización tampoco será computable a efecto de prestaciones.

En ambos casos, la cuota correspondiente se deducirá mensualmente del importe de la pensión.

2.5.2. Cotización de autónomos que hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación y se mantengan en alta en el RETA⁵⁶

De conformidad con el arts. 311 LGSS y 48 RD 2064/1995 estarán exentos de cotización, salvo por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, hasta la fecha de efectos de la baja en el RETA.

2.5.3. Cotización en supuestos de pluriactividad en dos distintos regímenes⁵⁷

Los autónomos del RETA que, en razón de un trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen por contingencias comunes en régimen de pluriactividad, al producir dos cotizaciones por dichas inclusiones, tendrán derecho a la devolución del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones ingresadas superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la LPGE para cada ejercicio económico, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en el RETA, en razón de su cotización por las contingencias comunes (arts. 313 LGSS y 48 RD2064/1995).

56. De conformidad con el art. 55.2 RD 2064/1995, estos supuestos especiales son aplicables a los autónomos del REMAR.

57. De conformidad con el art. 55.2 RD 2064/1995, estos supuestos especiales son aplicables a los autónomos del REMAR.

La devolución se efectuará de oficio por la TGSS en el plazo de cuatro meses, anteriormente se indicaba “antes de 31 de mayo”, desde la regularización anual de la cotización, con alguna excepción⁵⁸.

Esta regla de cotización en situación de pluriactividad será también de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización del REMAR, cuando se cumpla con los requisitos.

2.5.4. Cotización durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad (art. 48 RD 2064/1995)⁵⁹

En esta situación la base de cotización en el RETA será la correspondiente a la base reguladora de dicha prestación (el promedio de las bases por las que se hubiese cotizado durante los 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, *ex art. 339.1 LGSS*) sin que, en ningún caso, dicha base pueda ser inferior al importe de la base mínima del tramo 1 de la tabla reducida. Estas bases de cotización durante la percepción de la prestación no son regularizables, por lo que tendrá carácter definitivo.

2.5.5. Cotización de trabajadoras autónomas víctimas de violencia de género (art. 48 RD 2064/1995)⁶⁰

Si tales trabajadoras hubieran cesado en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, la obligación de cotizar al RETA se suspenderá durante un período de seis meses, que serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social.

En tales casos, la BC durante dicho período será equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

2.6. Bonificaciones y reducciones de cuotas en la LETA

La LETA establece la posibilidad de establecer beneficios en la cotización para determinados colectivos de trabajadores autónomos según determinadas características

58. Esto es, cuando concurren especialidades en la cotización que impidan efectuarla en esos plazos o resulte necesaria la aportación de datos por parte del interesado, en cuyo caso el reintegro se realizará con posterioridad a aquellos.

59. De conformidad con el art. 55.2 RD 2064/1995, estos supuestos especiales son aplicables a los autónomos del REMAR.

60. De conformidad con el art. 55.2 RD 2064/1995, estos supuestos especiales son aplicables a los autónomos del REMAR.

personales o profesionales, lo que sin duda sirve como fomento del trabajo autónomo⁶¹.

En la DA 17ª del RD-Ley 13/2022 también se recoge la posibilidad de establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones para determinados colectivos de trabajadores autónomos que, por su naturaleza, tengan especiales dificultades para aumentar su capacidad económica y generación de rentas o para aquellos sectores profesionales que de forma temporal puedan sufrir recortes importantes en sus ingresos habituales. La mayoría de las modificaciones que se producen, en realidad suponen la introducción de ajustes para que la regulación anterior sea acorde con la nueva norma y forma de cotizar de los trabajadores autónomos.

2.6.1. Bonificaciones por cuidados familiares

En los casos de bonificaciones por cuidados familiares del art. 30 de la LETA, se establece una regla aclaratoria de cómo se determina la base media de cotización para trabajadores que lleven menos de 12 meses de alta, que va a ser tomada como elemento de referencia para hallar la bonificación del 100% de las cuotas. Así, esta base media, a diferencia de la anterior que se calculaba desde la fecha del alta,

“se calculará desde la última fecha de alta, siendo el resultado de multiplicar por 30 la cuantía resultante de dividir la suma de las bases de cotización del último periodo de alta continuada entre el número de días de alta correspondientes a dicho periodo”.

Además, se indica que, a efectos del cálculo de esta bonificación, la base media se calculará con las bases de cotización, provisionales o definitivas, existentes en el momento de la aplicación inicial de la bonificación, sin que la cuantía de la bonificación sea objeto de modificación como consecuencia de la regularización de las bases de cotización provisionales⁶².

2.6.2. Nuevas referencias a bases mínimas en diversas bonificaciones

La referencia a la base mínima de cotización que anteriormente se realizaba se sustituye por

“la base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general de bases, conforme a lo previsto en la regla 1.ª del artículo 308.1.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”

61. De Val Tena 2017, 153 y ss.

62. Esta aclaración también se produce en el nuevo art. 38 *quater* que establece bonificación en la cotización por cuidado de menor afectado por cáncer o enfermedad grave.

para el caso de las bonificaciones: por alta de familiares colaboradores del autónomo (art. 35 LETA); de los trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla⁶³ (art. 36 LETA); de determinados familiares del titular de la explotación agraria⁶⁴ (art. 37 LETA); durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o riesgos durante el embarazo o la lactancia⁶⁵ (art. 38 LETA); y de la bonificación a trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos⁶⁶ (art. 38 *bis* LETA).

2.6.3. Nueva bonificación en caso de cuidado de menor afectado con cáncer o enfermedad grave (art. 38 quater LETA)

Se añade una nueva bonificación en el nuevo art. 38 *quater* en los casos de cuidado de menor afectado con cáncer o enfermedad grave por lo que los trabajadores autónomos beneficiarios de la misma, durante su percepción, tendrán derecho a una bonificación del 75% de la cuota por contingencias comunes que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que inicie esta bonificación, el tipo de cotización para contingencias comunes vigente en cada momento, excluido el correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos. En el caso de llevar menos de 12 meses de alta se aplica la regla aclaratoria del art. 30 de la LETA para la bonificación por cuidados familiares.

2.6.4. Reducciones en la cotización en sustitución de la “tarifa plana”

Probablemente, lo más importante en materia de bonificaciones, y claramente solicitado por las asociaciones de trabajadores autónomos, es el mantenimiento de la anterior tarifa plana⁶⁷. Y así se ha producido, se ha introducido el art. 38 *ter* en la LETA sobre reducciones en la cotización a la Seguridad Social aplicables por inicio de una

63. O, en su caso, de la base de cotización que resulte aplicable conforme a la regla 2.^a de dicho artículo.

64. En este caso, se aumenta el porcentaje de bonificación, del 30 al 40%, además, anteriormente se preveía como una reducción de cuotas y ahora como una bonificación. Pero aquí la referencia no es el art. 308 sino el 325 LGSS a la base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general de bases aplicable en dicho sistema especial, conforme a lo previsto en el art. 325 LGSS.

65. O, en su caso, de la cotización que resulte aplicable conforme a la regla 2.^a de dicho art. 308 LGSS.

66. Aumenta de 12 a 24 meses el período de bonificación, pero a diferencia de los anteriores no es del 100%, sino del 80% de la base mínima del tramo 1 de la tabla general aplicable a dichos regímenes o, en su caso, de la cotización que resulte aplicable conforme a la regla 2.^a de dicho artículo.

67. Calvo Vérguez 2021.

actividad por cuenta propia, lo que vendría a renovar la llamada “tarifa plana”. Vamos a explicar su régimen jurídico.

2.6.4.1. Requisitos

Alta inicial o no haber estado de alta en los dos años inmediatamente anteriores. No son aplicables estas reducciones:

- A los familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad, adopción o afinidad hasta segundo grado inclusive que se incorporen al RETA o al REMAR (como trabajadores por cuenta propia en el primer grupo de cotización).
- A los miembros de los institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica incluidos en el RETA.

2.6.4.2. Reducción de cuotas

Se trata de una reducción de cuotas financiada con cargo a las aportaciones del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social destinadas a tales efectos. Se aplica no solo a los trabajadores por cuenta propia del RETA (y aunque iniciada su actividad empleen a trabajadores por cuenta ajena), pero también a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización del REMAR⁶⁸ así como a los socios de sociedades de capital y de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que queden encuadrados en el RETA o en el grupo primero de cotización del REMAR.

A contar desde la fecha de efectos de alta en el RETA y a petición del trabajador en el momento del alta:

- A. Durante los 12 meses naturales siguientes.

Se obtendría una cuota reducida por contingencias comunes y profesionales, quedando los trabajadores excepcionados de cotizar por cese de actividad y por formación profesional. Dicha cuota se establecerá en la LPGE anualmente y su distribución entre las contingencias se determinará legalmente. En este caso, la cuota reducida no será objeto de la regularización prevista en el art. 308.1 c) LGSS.

68. El grupo primero del REMAR lo componen: a) Las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas retribuidas a salario que realicen alguna de las actividades enumeradas en el art. 3 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre; b) las personas trabajadoras por cuenta propia que realicen alguna de las actividades enumeradas en el art. 4 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, salvo que proceda su inclusión en otro grupo; y c) las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas y las personas trabajadoras por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de más de 150 toneladas de registro bruto (TRB).

B. Durante los siguientes 12 meses completos (13-24).

Podrá también aplicarse una cuota reducida a aquellos trabajadores por cuenta propia cuyos rendimientos económicos netos anuales, en los términos del artículo 308.1.c) LGSS, sean inferiores al salario mínimo interprofesional anual que corresponda a este período⁶⁹. La petición de esta reducción se realizará antes del inicio de dicho período, acompañando una declaración relativa a que los rendimientos económicos netos que se prevén obtener serán inferiores al salario mínimo interprofesional vigente durante los años naturales en que se aplique la cuota reducida. En este caso, podrá producirse la regularización prevista en el art. 308.1 c) LGSS, pero nunca si en el año o años que abarque los rendimientos económicos netos de los trabajadores autónomos hubieran sido inferiores al SMI anual vigente en cada uno de esos años. Por ello, en caso de que sí se superara el SMI por los rendimientos económicos, la cotización reducida en el año en que concurra esta circunstancia será objeto de la regularización correspondiente⁷⁰.

Los trabajadores por cuenta propia que disfruten de las reducciones contempladas en este artículo podrán renunciar expresamente a su aplicación, con efectos a partir del día primero del mes siguiente al de la comunicación de la renuncia correspondiente.

LA DT 5ª del RD-Ley 13/2022 establece la cuantía reducida de esta cuota entre los años 2023 y 2025 en 80 euros mensuales, a partir de 2026 el importe que corresponda será fijado por la LPGE.

C. Extinción

- Por renuncia expresa a su aplicación, con efectos desde el día primero del mes siguiente al de la comunicación de la renuncia correspondiente.
- Por baja en el RETA durante cualquiera de los períodos en que resulten aplicables. En el caso de reemprender una actividad, tras una baja en la que previamente se hubieran disfrutado reducciones, habrá de esperarse 3 años para poder obtener nuevamente estas reducciones.
- Por finalización del período máximo de disfrute de las reducciones. A partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se produzca la finalización, procederá la cotización por todas las contingencias protegidas.

69. Cuando este segundo periodo abarque parte de dos años naturales, el requisito relativo a los rendimientos económicos se deberá cumplir en cada uno de ellos.

70. A tal efecto, de los rendimientos obtenidos durante el año en que se supere dicho importe, para la regularización se tomará en consideración la parte proporcional, de dichos rendimientos, correspondiente a los meses afectados por la reducción.

D. Efectos de la reducción de cuota en la cuantía de las prestaciones

La cuantía de las prestaciones económicas a que puedan causar derecho los trabajadores por cuenta propia durante los períodos de los que se beneficien de cuotas reducidas se determinarán conforme al importe de la base mínima del tramo inferior de la tabla general de bases que resulte aplicable durante dicho período y ello porque según la regla primera del art. 308.1 a) LGSS, los trabajadores autónomos

“deberán elegir la base de cotización mensual que corresponda en función de su previsión del promedio mensual de sus rendimientos netos anuales dentro de la tabla general de bases”

que se fije en la LPGE.

2.6.5. Beneficios en la cotización anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 13/2022

La llamada tarifa plana anterior a la prevista ahora, los beneficios en la cotización o tarifa plana del SETA, los beneficios en la cotización para personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores autónomos, los beneficios en la cotización en el SETA para para personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores autónomos en el SETA, *ex* DT 3ª RD-Ley 13/2022 serán aplicándose en los mismos términos a los que accedieron a sus beneficios antes de 1 de enero de 2023 y hasta que se agoten los períodos máximos que tengan establecidos en cada caso para su aplicación.

3. BIBLIOGRAFÍA

- Beamuz Morillas, Julián (1993), “Informe crítico sobre la estimación objetiva por módulos”, *Revista Valenciana de Hacienda Pública*, 21, 101 y ss.
- Calvo Vérguez, Juan (2021), “La aplicación de la tarifa plana de los autónomos y sus consecuencias en las cotizaciones del RETA”, *Revista Aranzadi Social*, 10.
- Cervilla Garzón, María José (2005), “La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 81.
- Cervilla Garzón, María José (2006), “Eficacia de cuotas en relación con el derecho a prestaciones de los autónomos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 84.
- De Val Tena, Ángel Luis (2017), “El fomento del trabajo autónomo mediante el sistema de reducciones, bonificaciones y exenciones en las cotizaciones a la

- Seguridad Social”, en Monereo Pérez, José Luis; Vila Tierno, Francisco (Dir.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada.
- González Ortega, Santiago (2019), “La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 144.
- Informe ATA (2019), “El trabajador autónomo ante la previsión social”. Asociación de Trabajadores Autónomos. Asociación de Trabajadores Autónomos. Mapfre. https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/imagen.cmd?path=1101800&posicion=1®istrardownload=1
- Mohamed Vázquez, Rashid (2019), “La modernización del régimen jurídico del RETA, la revisión de los beneficios a la cotización y otros aspectos pendientes en materia de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.
- Observatorio del Emprendimiento de España (2022), *Global Entrepreneurship Monitor. Informe GEM España 2021-2022*, <https://www.gem-spain.com/informes-nacionales/>
- Ribes Moreno, María Isabel (2019), “La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas”, en Gómez Muñoz, José Manuel (Dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Albacete.
- Sáez Lara, Carmen (2019), “Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos”, en Gómez Muñoz, José Manuel (Dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Albacete.
- Sánchez Huete, Miguel Ángel (2012), “Estimación objetiva, prevención del fraude y blanqueo”, *Quincena Fiscal*, 11.
- Trillas Fonts, Ariadna (2019), “Cotizar en función de los ingresos”, *Alternativas Económicas*, 65, 18.

ELEMENTOS CONFORMADORES DE LA RELACIÓN
LABORAL EN EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES.
LA LUCHA POR EL DERECHO DEL TRABAJO DESDE
LA PERSPECTIVA NACIONAL Y EUROPEA

CONFORMING ELEMENTS OF THE LABOR RELATIONSHIP AT
WORK ON DIGITAL PLATFORMS. THE STRUGGLE FOR LABOR
LAW FROM THE NATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVE

Andrés Urbano Medina
Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Málaga
Orcid: 0000-0002-9484-2115
andresurbano@asesoriajaurbano.com

La cuestión del trabajo se divide en dos partes: la organización particular del taller y la organización del intercambio general de los productos.
Manifiesto de los Delegados de las Corporaciones, junio de 1848.

RESUMEN: La irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha supuesto un cambio fundamental en la prestación de servicios por cuenta ajena. De un lado, podemos comprobar cómo llega la obsolescencia del modelo fordista y taylorista para dejar paso a nuevas formas, mucho más diluidas, de control empresarial, y de otro, las empresas, utilizando estas nuevas tecnologías, han querido huir del tuitivo Derecho del Trabajo como marco regulador de sus relaciones con sus trabajadores hacia fórmulas mercantiles más flexibles y económicas. Ello supone, como no puede ser de otra manera, una merma de derechos sociales. Por ello tribunales y legisladores han iniciado una lucha por mantener estas formas de prestación de servicios bajo el paraguas del Derecho Social, reformando y estirando para ellos las instituciones clásicas de ese orden, como puede ser el contrato de trabajo o el concepto de

Recibido: 20-10-2022; Aceptado: 21-10-2022; Versión definitiva: 16-12-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 137-160
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.04>

trabajador por cuenta ajena. En este artículo analizaremos esa evolución, poniendo énfasis en el pase de la interpretación judicial hacia la recepción de ésta por el legislador en las nuevas normas reguladoras del trabajo de plataformas en España y en la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Rider; Directiva Europea; Plataformas; Contrato de trabajo; Taylorismo; Fordismo

ABSTRACT: The emergence of new technologies in the workplace has meant a fundamental change in the provision of services for others. On the one hand, we can see how the obsolescence of the Fordist and Taylorist model is coming to make way for new, much more diluted forms of corporate control, and on the other, companies, using these new technologies, have wanted to flee from the protective Labor Law as a regulatory framework for their relations with their workers towards more flexible and economical commercial formulas. This supposes, as it cannot be otherwise, a decrease in social rights. For this reason, courts and legislators have begun a struggle to maintain these forms of service provision under the umbrella of Social Law, reforming and stretching for them the classic institutions of that order, such as the employment contract or the concept of self-employed worker. In this article we will analyze this evolution, emphasizing the shift from judicial interpretation to its reception by the legislator in the new regulations for platform work in Spain and in the European Union.

KEYWORDS: Rider; Directive Europe; Platforms; Work contract; Taylorism; Fordism

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS. 3. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 4. EL CASO GLOVO Y LA NORMATIVA NACIONAL. LA CONOCIDA COMO LEY RIDER. 5. EL MODELO DE DERECHO DEL TRABAJO EUROPEO Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA. 6. LA LUCHA POR EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Detrás del velo aparente de un problema de índole jurídica, la determinación de si las nuevas relaciones contractuales nacidas al albur de la economía de plataformas se consideren laborales o mercantiles, se esconde toda una serie de debates de suma importancia cuya naturaleza alberga una lucha mucho más profunda de lo que pudiera suponer. El Derecho del Trabajo, como parte del Derecho, puede calificarse de un arte susceptible de razonamientos lógicos articulados a partir de un silogismo¹ con

1. Gámez Jiménez 2017, 2

tres vertientes que, en el caso de las prestaciones de servicios en la economía de plataformas, pueden identificarse mediante una detenida reflexión: la sociológica, es decir, la función, la explotación de la clase trabajadora; la axiológica (principio), su carácter tuitivo o vocación por proteger a la parte más débil de la relación laboral; y por último la estructural, es decir, una norma que plasme las vertientes sociológicas y axiológicas, en lo que puede llamarse una teoría tridimensional del Derecho², aplicada, en este caso, al Derecho Social.

Es evidente que, en esa función espiritual que tiene el Derecho del Trabajo de integrar el conflicto existente entre capital y trabajo intervienen, además de las tres variables antes descritas, toda una profusión de condicionantes económicos, políticos, históricos e ideológicos que dotan al debate en torno a la laboralidad de los trabajadores de plataformas de una extraordinaria importancia puesto que, como veremos más adelante, este proceso constituye una auténtica guerra por mantener dentro de la esfera del Derecho del Trabajo las nuevas formas de prestaciones de servicios nacidas con la aplicación de las nuevas tecnologías, y que han puesto en tela de juicio la idea social de Europa y el modelo tradicional de garantías laborales, hasta extremos insospechados.

En la regulación del trabajo de plataformas se debate acerca del camino que el Estado Social va a tomar de ahora en adelante, sirviendo de precedente para las nuevas formas de prestación de servicios que con toda seguridad están por venir.

En los últimos años, es notoria la importancia que, desde todos los puntos de vista, está adquiriendo el conocido como trabajo en plataformas, así como los efectos derivados de la introducción de nuevas tecnologías, principalmente la inteligencia artificial, en la gestión de recursos humanos. Esta realidad ha atraído el interés de los legisladores y de la doctrina científica, y están realizando formidables esfuerzos³, tanto unos como otros, en mantener la prestación de servicios derivada del trabajo en plataformas en las lindes de nuestro Derecho del Trabajo.

En los países desarrollados, se han venido desarrollando esfuerzos muy interesantes en este sentido, que deseamos reseñar brevemente, como la llamada prueba judicial “ABC”⁴, cuya misión principal es evitar la “deslaboralización” de las personas trabajadoras de las nuevas empresas creadas al albur de estas nuevas formas de gestión auspiciadas por el desarrollo de la inteligencia artificial⁵. Esta prueba, desarrollado en California, ha supuesto un hito más en la pelea por la laboralidad de los trabajadores en plataformas estadounidenses, que, tras las primeras posturas judiciales tendentes a la naturaleza mercantil (Razak et al. v. Uber del Tribunal de Distrito de Pennsylva-

2. Bobbio 1998, 10.

3. Destacamos OIT (2021), *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Ginebra.

4. Vid. Todolí Signes, 2020, acerca de la doctrina judicial sobre laboralidad en California.

5. Todolí Signes 2021, 30.

nia, o, Lawson v. Grubhub del Tribunal de Distrito del Norte de California), cuando la cuestión llegó al circuito federal, cambió hacia una contundente laboralidad. Así, le tocó a Uber en primer lugar en el Tribunal de Distrito del Norte de California el 11 de marzo de 2015 en el caso O'Connor v. Uber Technologies. Igualmente, al otro lado del océano, el Employment Tribunal of London fallaba en sentido similar en el caso Aslam v. Uber el 26 de octubre de 2016.

En el caso de Europa, pudimos comprobar como hasta la recentísima intervención, como veremos más adelante, de las instituciones comunitarias, los tribunales estaban fallando a favor del carácter laboral de estas relaciones. Así, el Tribunal de Apelaciones de París dirá el 9 de noviembre de 2017 sobre la relación de un trabajador con Deliveroo que no era posible considerar que existiera relación laboral entre ellos, al señalar que “no cabe comparar su situación con la de un trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial, que no elige cada semana los días de trabajo, los horarios ni el volumen de trabajo”.

A nivel comunitario, la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, supuso una muestra como el legislador europeo, preocupado por la armonización de la protección de los trabajadores en plataformas trató de definir, en su concepto de trabajador europeo a este colectivo, sin embargo, finalmente se delegó la definición a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶.

En España, el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, tiene varios pilares importantes, siendo el primero de ellos que no se limita únicamente al trabajo en plataformas, sino que abarca un ámbito más amplio con respecto a los efectos que los algoritmos y la inteligencia artificial provocan en la prestación laboral de servicios, siendo el otro pilar, que adelantamos tiene una importancia capital, el establecimiento de una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto⁷.

En términos técnicos, el encuadre legislativo del trabajo en plataformas digitales supone un auténtico desafío a la dogmática jurídica, por cuanto se trata de estirar y reformar las instituciones y conceptos que encuadran en la actualidad nuestro

6. Vid. Cabeza Pereiro 2020; Todolí Signes 2021.

Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders”, Sánchez-Urán Azaña, 2021.

7. Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto por aplicación de lo establecido en el artículo 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. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.

Derecho del Trabajo. Se trata de una prestación de servicios donde empleador y trabajador a menudo aparecen desdibujados, confundidos en una suerte de algoritmo, en el caso del primero, y de pretendido autoempleo en el caso del segundo. La causa de esta deformación o confusión viene, como veremos más adelante, de una prestación de servicios ocasional en cuanto a la irregularidad de la asignación de tareas, y de otro, en cuanto a que las funciones de vigilancia y control del trabajador se reparten entre cliente y empresa propietaria de la plataforma.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TRABAJADOR EN PLATAFORMAS

La aparición del trabajo en plataformas digitales ha supuesto un “test de estrés” para las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo. La más reputada doctrina⁸ ha identificado, a nuestro juicio de manera acertada, los tres sujetos que participan de ella como punto de partida para su encuadramiento dentro de la legislación laboral, a saber,

1. La persona o entidad que gestiona la plataforma.
2. El cliente destinatario del servicio solicitado.
3. El trabajador que, dentro de la lista o elenco de la plataforma ejecuta el servicio solicitado.

Esta forma de trabajo requiere de ciertas condiciones para su prestación. En primer lugar, que haya una actividad o resultado productivo claramente identificable, que pueda ser, en segundo lugar, completado en un corto espacio de tiempo, y, por último, que no se trate de un trabajo *intuitu personae*, es decir, que pueda ser desarrollado, mediante el seguimiento de protocolos, por cualquier trabajador indistintamente.

La prestación de servicios bajo esta modalidad requiere la inscripción del trabajador, ya sea por cuenta ajena o autónomo, en la plataforma, tras haber comprobado su idoneidad. Asimismo, es necesaria la inscripción en la plataforma del cliente como requisito previo para poder acceder a los servicios prestados. De esta manera la plataforma se configura como elemento natural, como marco en el cual se desarrollará la oferta y demanda de las prestaciones de servicios de que se traten.

De este modo, la asignación y aceptación de la tarea de que se trate por parte de la plataforma se convierte en elemento constitutivo de la obligación de prestar el servicio, puesto que, en principio, la plataforma no va a garantizar al trabajador conectado ni un número mínimo de tareas ni un período de tiempo determinado de trabajo, sino que todo ello dependerá de que el cliente solicite a través de la plataforma un servicio, y este sea asignado al trabajador conectado.

8. Por todos Martín Valverde 2021, 485.

Observamos, pues, que se está produciendo una transformación de las formas de relación entre empresa y persona trabajadora, una transición desde el modelo fordista y taylorista⁹, basado en empresas organizadas de manera vertical y con una marcada jerarquía, con la existencia de numerosas instancias de control de la prestación de servicios personalizadas en mandos intermedios y con un sistema de producción estándar.

Todolí identifica tres causas para la existencia de estas formas pretéritas de prestación de servicios. En primer lugar, el nivel cultural y formativo de los obreros era bajo cuando no inexistente, por lo tanto, requerían de una constante fiscalización para el desarrollo de sus tareas; en segundo lugar, los elevados costes de transmisión de la información, que hacía necesaria la existencia de una cadena de mando que transmitiera las directrices; y, por último, la existencia de una gran conflictividad sociolaboral, que requería para su control de una vigilancia estrecha por parte de la empresa¹⁰.

El principal problema de este sistema supone que mantener toda esta estructura de control es realmente ineficiente desde el punto de vista económico, de un lado, por la existencia de esa enorme cantidad de mandos intermedios y espacios físicos suficientes para mantener el control de los obreros, y de otro, porque los estrechos mimbres en los que el obrero realizaba su trabajo devenían al final en desmotivación y alienación, lo que conllevaba una baja productividad. Entramos entonces en lo que se configuraba como un círculo vicioso de control empresarial y conflictividad obrera, fenómenos comunicantes que se alimentaban mutuamente¹¹.

Este aumento de los costes empresariales llevó al modelo organizacional a mutar hacia un sistema nuevo, cuando los condicionantes sociales, culturales y tecnológicos lo permitieron, gracias a un aumento de la formación y cultura de la población que, en el plano laboral se tradujeron en una menor necesidad de fiscalización de la prestación de servicios, y, en segundo lugar, una generalización del uso de las tecnologías de la información y la comunicación¹².

En lo que a nosotros nos interesa, en la economía en plataformas, la aplicación se convierte en la clave de bóveda de toda la organización empresarial, puesto que se configura como enlace en dos direcciones: la primera, externa, entre el cliente que solicita el servicio de que se trate y el trabajador que lo va a prestar, y la segunda interna, por la indicación de la naturaleza de la prestación, la remuneración, etc., que se le da al trabajador. En nuestra opinión, aquí yace la clave, como por otra parte resulta patente de una mera deducción lógica, de que, si recorremos el sistema interna o externamente, lo que encontramos es que este canal de transmisión pasa necesariamente por la empresa propietaria de la plataforma.

9. Vid. Coriat 2001, 197-218.

10. Todolí Signes 2021, 49.

11. *Ibidem*.

12. Boltanski y Chapiello 2002, 114.

El incremento de demanda de los servicios contratados a través de plataformas provoca que, en las actividades organizadas mediante aplicaciones, los profesionales en principio liberales deben necesariamente incluirse dentro del paraguas de la plataforma provista por la empresa propietaria de esta. A la larga, como hemos visto en el caso de servicios de reparto o de transporte urbano de personas, esto suele traducirse, de un lado, en pérdida de la independencia, principalmente en las relaciones con los clientes, y en la remuneración de los antiguos profesionales liberales, y de otro, una menor capacidad de organización colectiva de las personas trabajadores que integran estas categorías.

Cuando estos profesionales liberales dependen para la obtención de clientes de la plataforma a la que están conectados, comienza una relación de subordinación económica con la empresa propietaria que provoca, de facto, una laboralización de la relación entre ambas partes, a pesar de que tradicionalmente las empresas proveedoras de plataformas han intentado enmascarar estas relaciones como mercantiles a efectos de, principalmente, ahorrarse los costes laborales y de Seguridad Social y huir de la acción tuitiva del Derecho del Trabajo en favor de soluciones civiles mucho más beneficiosas para sus intereses.

La realidad es que este fenómeno, pese a diluir los lazos aparentes, está lejos de significar una autonomía total para el desarrollo de la prestación de servicios por parte de estos trabajadores aparentemente autónomos, sino que supone la sustitución de un modelo de control personalista y palpable por otro tipo de control empresarial, despersonalizado, por cuanto el control se realiza a través de la plataforma a través de la Inteligencia Artificial o el algoritmo, y económico, puesto que la capacidad para negociar la remuneración es absolutamente nula por parte del trabajador formalmente autónomo que se encuentra abocado a aceptar las condiciones que la empresa le propone, a la que se vincula mediante un contrato de adhesión. Mediante esta nueva subordinación, la empresa tiene un control de hecho total sobre el trabajador autónomo, desprovisto de cualquier formalidad, como, por ejemplo, en cuanto al despido.

Expone Todolí que la unión de desmantelamiento del Derecho del Trabajo, que queda sustituido por el Derecho Civil, y la desprotección absoluta frente al despido, pudiendo la empresa limitarse a desconectar al trabajador autónomo de la plataforma de que se trate, provoca un incremento de la subordinación económica del trabajador¹³. Así, Martín Valverde¹⁴ comparte esta tesis, al referirse a la adopción por parte de la empresa proveedora de la plataforma de un control sobre el trabajador a posteriori, que consiste, básicamente, en la evaluación por parte del cliente del servicio recibido, soliendo calificar a los trabajadores mediante un *reputation system*. Esta

13. Todolí Signes 2021, 51.

14. Martín Valverde 2021, 485.

calificación puede suponer una merma en el número de trabajos asignados, así como la desconexión de la plataforma.

Este tipo de control organizacional provoca un marco de prestación de servicios alejado del tradicional, por un lado, por la flexibilidad horaria, y por otro, la elección del lugar de trabajo. Esto es así porque la empresa (la plataforma), ya no necesita controlar, gracias al cambio en el modelo productivo auspiciado por esta nueva tecnología, el horario y el lugar de prestación de servicios, atendiendo únicamente a los resultados de ésta.

Igualmente, es dable destacar que el control empresarial viene a ser sustituido, en no pocos casos, por el control del cliente, que mediante el uso de la tecnología realiza la actividad de fiscalización que antes correspondía al empresario. En los sistemas de reputación digital las empresas traspasan la evaluación de la prestación de servicios a los clientes, utilizando la información procedente de estos sistemas para tomar decisiones extintivas de la relación laboral o simplemente desconectar de la plataforma al trabajador¹⁵.

Asimismo, las nuevas tecnologías han provocado un incremento de la intensidad del trabajo¹⁶, acompañado de una aceleración de la producción a nivel general, que sirve de excusa a las empresas para aumentar el número de pedidos atendidos, en el caso de los repartidores encuadrados en plataformas, pero que puede extrapolarse a un nivel general.

Para concluir esta reflexión, el retroceso del Derecho del Trabajo en el ámbito de este tipo de prestaciones de servicios en plataformas estaba provocando un retorno al modo originario de prestar servicios y, sobre todo, estaba invalidando esa carta de derechos que es hoy el contrato de trabajo.

3. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Es dable destacar que, en fecha tan cercana como el año 2000, Luján Alcaraz, al referirse al concepto de la laboralidad decía que “en la actualidad, el de las llamadas notas o requisitos de laboralidad (trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y retribuido) se presenta como un problema teóricamente superado”. La realidad posterior nos demostrará que no es así.

La presunción de laboralidad de los trabajadores de plataformas en nuestro país es fruto, como suele ocurrir en estos casos, del esfuerzo interpretativo de las sentencias dictadas por juzgados y tribunales. Esta doctrina judicial viene a recoger lo que Todolí llama “revitalización de la presunción de laboralidad”¹⁷, y que supone que, en la

15. Todolí Signes 2020, 65-83.

16. Boltanski y Chiapiello 2022, 346.

17. Todolí Signes 2021, 33.

práctica, los tribunales venían ya utilizando antes de la conocida Ley Rider el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores para facilitar la prueba de laboralidad a los trabajadores en plataformas¹⁸ y así mantener a estos trabajadores bajo el paraguas laboral.

En la interpretación hermenéutica de nuestras normas definitorias de las relaciones de trabajo por cuenta ajena y autónoma, los jueces y tribunales han partido de dos preceptos. De un lado, tenemos el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y, en las antípodas a su vez el 1.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Así, respecto del artículo 1.1 ET decimos que “la presente Ley (Estatuto de los Trabajadores se entiende) será de aplicación a 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”. Indirectamente comprobamos que es el soporte mediante el cual podemos construir una definición aplicable a la realidad del trabajador por cuenta ajena.

A partir de estos preceptos se pueden inferir las condiciones propias de la laboralidad, en esencia, una prestación personal y voluntaria de servicios, una retribución, la ajenidad en los medios y la dependencia o subordinación al empresario. En un principio, la disparidad de criterios judiciales acerca de la laboralidad de los riders acabó en la determinación primitiva de que lo importante, en esencia, no era el *no-men iuris* que las partes le diesen sino el contenido real del contrato que firmaran¹⁹, lo que dio en llamar la Sala Cuarta la realidad fáctica.

En este sentido, y con esto nos adelantamos a lo recogido *ad infra*, el Tribunal Supremo²⁰ ha venido modificando paulatinamente los requisitos del contrato de trabajo, en este caso, respecto a la libertad de elección de horarios, por la vía interpretativa, esto es, ha flexibilizado el requisito de dependencia jurídica, reduciéndolo notablemente. Esto supone, de facto, la suma del máximo órgano judicial español a la lucha por evitar la huida del Derecho del Trabajo de estas personas que prestan servicios en empresas en plataformas. Igualmente ha ocurrido esto, cuando el caso es que no existieran instrucciones por parte del empresario²¹, como ocurre con la fa-

18. Vid. Fernández Prieto 2020, 196; Otero Gurruchaga 2018, 61-74; Martín Rivera 2018, 1117-1138.

19. STS 8 de febrero de 2018 [ECLI:ES:TS: 2018:589].

20. STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) –abogados–; STS 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010) –subagentes de seguros–; STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015) –Agentes de Seguros–; STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (REC. 3205/2015) –Montadores de ascensores–.

21. STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008)

cultad del trabajador de poder rechazar trabajos propuestos por el empleador, que no puede entenderse como una exclusión automática de laboralidad²².

Lo mismo ocurre con el hecho de que exista o no centro de trabajo asignado, a modo de ejemplo, la sentencia de 29 de octubre de 2019, (rec. 1338/2017), donde se declara la laboralidad de un trabajador que podía prestar servicios desde donde quisiese.

Es muy interesante comentar, por el contenido ilustrativo de la misma, la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Zaragoza, de 27 de abril de 2020 [ECLI:ES:JSO:2020:31], que hace una delimitación de la distinción entre el arrendamiento de servicios por parte de un trabajador autónomo, es decir, una relación mercantil al uso, y las notas de ajenidad y dependencia que determinarían la existencia de relación laboral. Señala el juez de instancia que los conceptos de ajenidad y dependencia requieren de un alto nivel de abstracción y que estos pueden no manifestarse claramente a simple vista como en una relación laboral tradicional, sino que caen en lo que se viene en llamar, en nuestra opinión acertadamente, zona gris del derecho laboral, que permite la delimitación de esas formas de subordinación menos intensas que en el concepto clásico y que, aun así, devienen en la calificación de la relación contractual como laboral.

Señala igualmente esta sentencia que:

“los repartidores son completamente ajenos a las relaciones existentes entre la empresa, los restaurantes y los clientes finales, al extremo de que desconocían cada vez tanto el restaurante al que inicialmente debían desplazarse para recoger el pedido como, y solo una vez ya en éste, lugar del destino final al que habían de llevarlo. Ninguno de los restaurantes contrató con los repartidores, ya que, en definitiva, la decisión del repartidor más adecuado para atender el reparto correspondía en exclusiva a Deliveroo, y resultando que frente a aquellos, éstos eran perfectamente sustituibles (siempre habría uno que se acercase a realizar el transporte, sin que la empresa de restauración debiera preocuparse acerca de quién va a acudir) y sin que el repartidor pueda sufrir los riesgos derivados de tales relaciones –proveedor y Deliveroo–, ya que simplemente es remunerado por su trabajo en su relación que mantiene con Deliveroo, como podría serlo cualquier otro trabajador por cuenta ajena”.

En una misma línea, sobre el carácter personal de la prestación de servicios existe una jurisprudencia que, respecto de lo que a algoritmos y plataformas se trata, puede

–recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –Traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (REC. 3205/2015) –Montadores de ascensores–.

22. STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –Traductores–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–.

calificarse de antediluviana, pero que tiene una actualidad clara. El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1986 determinó a este respecto que:

“en este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio”.

Respecto a la retribución, han sido varios los sistemas que las plataformas han elegido y que podemos resumir básicamente en dos, siendo el primero la existencia de un salario/hora de marcado carácter laboral, puesto que se percibe haya o no pedidos y, posteriormente, nos atrevemos a añadir en aras de forzar una mayor productividad por parte los riders, un sistema de pago por entrega realizada (muchas veces de escasa cuantía)²³. Los jueces y tribunales han entendido que ambos métodos se encuadran en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores²⁴.

Este punto creemos guarda relación con la teoría de los frutos y los riesgos, existiendo ajenidad en ambos puesto que tanto restaurantes como clientes finales son clientes de la empresa propietaria de la plataforma, no del repartidor. Esto es así por cuanto en el caso de que un pedido se pierda o quede dañado, quien responde es la empresa propietaria no el repartidor, que podrá ser sancionado en su caso por la empresa, pero que es síntoma de ajenidad en los riesgos. Esta sanción normalmente se materializa en que éste no percibe cantidad alguna por ese pedido defectuoso. Este hecho no puede entenderse en ningún caso como asunción del riesgo, sino más bien, como hemos adelantado, como una manifestación del poder disciplinario del empresario y, sobre todo, como la existencia de un salario por obra. Respecto de los frutos, el restaurante únicamente abona la cantidad por los servicios a la empresa propietaria de la plataforma, siendo ésta la que a su vez remunera el servicio prestado por el rider.

23. Ortega Lozano 2021, 8.

24. “Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa”.

La ajenidad y dependencia, al ser conceptos de un nivel de abstracción elevado deben enmarcarse dentro del modo de producción de la actividad de que se trate, siendo indicativos de la existencia de estos:

“la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario –y no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”²⁵.

Esta subordinación se manifiesta principalmente en que el trabajador debe prestar servicios bajo las instrucciones y órdenes del empresario, siendo ésta un concepto graduable dependiendo de la intensidad. En esta intensidad podemos ver como influye la cualificación profesional del trabajador, la forma de organizar la producción, etc, extremos que ya hemos apuntado en apartados precedentes.

Como ya hemos adelantado, la propiedad de los medios de producción es otro criterio para determinar la laboralidad, siendo común en las defensas de las empresas de plataformas la incidencia en que los medios de producción (principalmente teléfonos móviles con conexión a internet y bicicletas o ciclomotores) pertenecen a los riders y que por tanto son trabajadores autónomos. Sin embargo, como hemos dicho, los principales activos para la producción lo constituyen la plataforma y también la marca²⁶.

Con relación a los vehículos:

“de suyo, la puesta a disposición del vehículo, con ser un dato de interés, no puede convertirse sin más en un determinante de la inexistencia de una relación laboral, de suerte que convierta en todo caso en autónomo al trabajador que lo aporte, pues conocidos son los supuestos en que determinadas categorías profesionales se sirven para el desarrollo de su actividad de vehículos propios, corriendo a cargo de la empresa los gastos o el kilometraje; sino que será o no autónomo el trabajador que realice su actividad con o sin vehículo propio, atendidas las circunstancias que caractericen la prestación objeto de la relación obligatoria y según se den o no en el caso concreto las notas definitorias del contrato de trabajo, tal como se determinan en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”²⁷.

25. STS 10 de julio de 2007 [ECLI: ES:TS: 2007:5758].

26. STSJ Madrid 17 de enero de 2020 [ECLI: ES: TSJM: 2020:1].

27. STS 26 de junio de 1986 [ECLI: ES:TS: 1986:12373].

La relación laboral por cuenta ajena ampara, asimismo, la prestación de servicios por cuenta de otras empresas, no desnaturalizando este hecho la laboralidad de la relación contractual entre rider y empresa propietaria de la plataforma. Con base en los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores la Sala Cuarta, en sentencia de 26 de febrero de 1986 señala que:

“en este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicios por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio”.

En definitiva, el concepto clásico de trabajo por cuenta ajena ha venido desbordándose en las sentencias del Supremo y, previamente y de manera reciente en la irrupción de las plataformas, de juzgados y tribunales superiores de justicia, para abarcar las nuevas formas de prestación de servicios, concretamente como venimos comentando, para incluir a las personas trabajadoras en plataformas, con todo lo que ello conlleva y sobre lo que seguiremos profundizando. Todo ello nos lleva a entender, por tanto, que ya los indicios clásicos de dependencia, por ejemplo, la fijación de horarios, provisión a la persona trabajadora de instrucciones concretas, fiscalización de la actividad laboral, elección empresarial de la prestación de servicios, nos sirven únicamente ya para confirmar la existencia de relación laboral, pero ya no serían condición necesaria para entender la relación por cuenta ajena, a la luz de las nuevas realidades de organización empresarial auspiciadas por las plataformas.

4. EL CASO GLOVO Y LA NORMATIVA NACIONAL. LA CONOCIDA COMO LEY RIDER

Es ineludible referirse aquí, aunque sea de manera sucinta puesto que existen ya numerosos comentarios sobre el mismo de gran valor a los que nos remitimos, por ser la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, (rec. 4746/2019) el pronunciamiento judicial inspirador de toda la regulación nacional posterior sobre las personas trabajadoras en plataformas. Así, a raíz de esta sentencia el legislador vendrá a realizar los ajustes necesarios en la normativa laboral para incluir las prescripciones que sobre el respecto realiza la Sala Cuarta.

Los dos aspectos más importantes de la sentencia son, por una parte, la presunción de laboralidad *iuris tantum*, que como veremos a continuación se incorpora de manera plena al ordenamiento laboral, y por otra, la flexibilización en la aplicación del requisito de independencia jurídica, que como hemos comprobado en el

apartado anterior constituye tradición y caballo de batalla de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Es decir, que atendiendo al contenido real obligacional enmarcado en una coordinación y organización del servicio productivo por parte de la empresa demandada, así como una fijación de la remuneración y las condiciones de pago, propietaria de los elementos esenciales de la prestación de servicios, concretamente de la plataforma y el algoritmo, así como un control constante por geolocalización y monitorización de los riders con posibilidades de imponer sanciones, supone una manifestación de la laboralidad de la relación contractual y un razonable poder directivo del empresario.

Pese a lo que hemos comentado, el concepto de trabajador sigue siendo el mismo que con anterioridad a la reforma, sin que puedan apreciarse efectos materiales sobre los institutos contenidos en la norma laboral. Sin embargo, lo que se da aquí son herramientas jurídicas para hacer caer del lado del trabajo por cuenta ajena la presunción de laboralidad.

Así, la nueva Disposición Adicional vigesimotercera del Estatuto de los Trabajadores dispone que:

“por aplicación de lo establecido en el artículo 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”.

Además, el nuevo apartado d) del artículo 64.4 de la misma norma establece que la persona trabajadora tiene derecho a:

“ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. Sirve pues, como comprobaremos enseguida, a modo de recordatorio de carácter procesal.

Lo que vemos afectado aquí, como comentábamos más arriba, no es el concepto de trabajador, que se mantiene invariable, sino únicamente la carga de la prueba, siguiendo el ámbito sujeto del Estatuto de los Trabajadores determinado por el artículo 1. Llama la atención al glosador de la norma que en la Disposición Adicional 23 ET nueva se recuerde expresamente la exclusión del ámbito de la inversión de la carga de la prueba de los trabajadores transportistas con autorización administrativa recogidos en el apartado 3 del artículo 1, puesto que, como bien se conoce, las

presunciones en Derecho no pueden en ningún caso modificar el derecho sustantivo²⁸. Así, la determinación de la existencia de laboralidad no se verá afectada por la reforma, sino únicamente sobre quien pesa la prueba de ello, algo de que por sí ya se establecía en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. Lo que diferencia a la DA 23 y a este artículo 8.1 es la especificación concreta a que esta presunción opera para el caso de que la prestación de servicios se realice por trabajadores encuadrados en plataformas digitales gestionadas por un algoritmo.

Si bien, a priori, esta matización pudiera parecer superflua por la existencia de regulación anterior, en la práctica tiene vocación de simplificar sobremanera el panorama judicial en lo relativo a la disparidad de criterios entre jueces y tribunales para casos similares, que ha sido la tónica habitual hasta el momento en el que las plataformas digitales han ido saltando de la suplicación a la casación y se ha permitido a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo comenzar a unificar doctrina en la cuestión.

Es necesario aquí una pequeña digresión acerca de un término cada vez más utilizado, el de algoritmo. La Real Academia Española define algoritmo como “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Es decir, se trata de un método matemático de solución de contingencias, siendo el soporte informático accesorio.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que la lucha judicial por evitar la huida del Derecho del Trabajo de las empresas de plataformas digitales se ha mostrado enérgica pero insuficiente, puesto que en la práctica, cada pronunciamiento judicial importante ha provocado una modificación de la relación contractual de éstas con sus trabajadores para seguir soslayando los criterios de laboralidad, por lo que se hacía necesario, esta vez por parte del legislador, las matizaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores al respecto de esta presunción de laboralidad.

Cabe destacar que la presunción de laboralidad de la DA 23 supone la asunción por parte del operador jurídico de una serie de requisitos mayores de los necesarios para activar la presunción del artículo 8.1 ET. Este último establece de manera genérica una inversión de la carga de la prueba siempre que exista un contrato de prestación de servicios retribuido. En la práctica, la inexistencia de contrato en el caso de los trabajadores autónomos supone que la carga de la prueba corresponderá inequívocamente al trabajador, que tendrá que demostrar la existencia del trabajo por cuenta ajena para, posteriormente, ser el empresario el que desvirtúe esta naturaleza de la relación contractual. Esto cambia con la redacción de la Disposición Adicional 23, que establece como requisitos para su aplicación que las actividades sean de distribución o reparto, que las facultades de dirección se realicen de forma directa o a través de una plataforma y que se utilice un algoritmo para gestionar los servicios prestados o determinar las condiciones de trabajo.

28. Rodríguez-Piñero Royo 2021.

Lo farragoso de esta redacción y la introducción de estos requisitos parecen obedecer realmente a la dificultad propia de alcanzar un acuerdo con los agentes sociales, puesto que esta reforma es el fruto de intereses contrapuestos. De un lado, se halla la patronal, que consigue que la reforma sea de marcado carácter procesal, sin afectar al derecho sustantivo, y de otro, los sindicatos, que consiguen la inclusión expresa del término de trabajadores en plataformas en el Estatuto de los Trabajadores.

Esta nueva redacción tiene distintas lecturas a la hora de interpretar el DA 23. Puede entenderse entonces como una presunción *iuris tantum* como han defendido Rodríguez-Piñero y Sanguinetti, o bien una presunción *iuris et de iure*²⁹, es decir, que, si se cumplen los requisitos de la Disposición Adicional 23, que recordamos son que se trate de actividades de reparto personales y retribuidas, que se ejerzan facultades de dirección de forma directa, indirecta o a través de una plataforma digital, y que la organización del trabajo sea realizada por medio de algoritmo, estaremos ante un trabajador por cuenta ajena.

En nuestra opinión, debemos compartir el criterio de Todolí³⁰, tratándose de una presunción *iuris tantum*. Esto es así porque ya se establece este tipo de presunción en el apartado 1 del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, y, además, la propia DA 23 excluye de su ámbito de aplicación los supuestos del artículo 1.3, con lo que ello significa que, aunque se cumplan sus requisitos, si la relación es de las incluidas en el artículo precitado, quedará excluida al admitir de la presunción admitiendo prueba en contra.

Esta reforma fue provocada por la sentencia que antes comentábamos, y que será la reacción normativa de una apuesta decidida de legislador y tribunales de no dejar huir del Derecho del Trabajo estas nuevas formas de prestación de servicios.

Esto tiene una implicación tangencialmente sustantiva, por cuanto supone la positivización en la norma de una tendencia a relajar o reducir los presupuestos del poder de dirección clásico a la hora de considerarlo elemento necesario para la calificación del trabajo de que se trate como realizado por cuenta ajena. De todos es conocido que, dentro del instituto del contrato de trabajo, las dos figuras que permiten distinguir el contrato por cuenta ajena de las figuras aledañas son la dependencia jurídica y la ajenidad. Este encorsetado concepto viene a ser matizado, vía artículo 3 del Código Civil, gradualmente por el Supremo, poniendo el foco, como ya hemos expuesto, en otros aspectos de la relación entre las partes. Esta tendencia ha supuesto, de un lado, la posibilidad de reflexionar profundamente sobre la base del contrato de trabajo para adaptarlo a nuevas realidades, y de otro, ha permitido a la jurisprudencia soslayar la dependencia jurídica en el caso de la laboralidad de los trabajadores en plataformas digitales.

29. Esta tesis ha sido defendida por Cruz Villalón, Baylos Grau y Rojo Torrecillas.

30. Todolí Signes 2021, 37.

Por esta razón, la norma traslada la dependencia jurídica del empresario tradicional a la nueva forma de control auspiciada por las nuevas tecnologías, el algoritmo. Así, podremos determinar el empresario acudiendo a quien sea propietario de ese algoritmo, y, por consiguiente, se lucre con su uso. Siendo posible este control de manera, directa, indirecta o implícita, existirá relación laboral siempre que el algoritmo determine de alguna manera, siquiera nimia, las condiciones de la prestación de servicio, es decir, cuando este asigne las tareas, horarios, o evalúe el trabajo realizado mediante un sistema de reputación digital.

Comentemos ahora, por su evidente interés, siquiera brevemente, cómo va a entenderse esa dependencia jurídica del trabajador gestionado por el algoritmo. Así, la apariencia de toma de decisiones objetivas o lógicas por parte del algoritmo no excluye en ningún caso la presunción de laboralidad. Esto es así porque la decisión tomada por la plataforma de manera automática se entiende, así como una manifestación del poder de dirección del empresario, puesto que no deja de ser una decisión organizacional por mucho que quien la tome sea una inteligencia artificial.

Asimismo, la posibilidad de que el control empresarial se desarrolle de manera implícita significa que podrá observarse en aquellos casos en los que la plataforma ponga a disposición del trabajador diversas opciones o trabajos a realizar. El mero hecho del establecimiento de esas opciones predeterminadas por la plataforma es un rasgo de esa dependencia implícita, puesto que estas están dispuestas conforme a los objetivos de la empresa propietaria de la plataforma. De igual manera ocurrirá para el caso en que el que elija la opción sea el consumidor que accede a la plataforma y se le muestra un elenco de servicios o productos entre los que puede seleccionar el que más le guste. Aunque la elección se traslade al cliente, el sistema dentro del cual realizará su elección de consumo estará predeterminado y decidido por el empresario, siendo el algoritmo el que ordene las opciones y el que muestre la información que la empresa desee o estime mejor para la decisión final. Este punto es importante, puesto que el consumidor va a recibir únicamente la información que la plataforma decida mostrarle, con lo que esta tiene la posibilidad de mostrar información sesgada, y, por ende, tendente a favorecer el beneficio empresarial.

Con apoyo en lo ya comentado, de la conocida como Ley Rider podemos inferir que su importancia radica en elevar a norma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, actuando a modo de actualización de la normativa laboral en un punto realmente central en el Derecho del Trabajo como es el contrato de trabajo. Pese a que se pueda pensar que su influencia está limitada a las plataformas digitales, no deja de ser un síntoma de algo a lo que se tendrá que hacer frente en un futuro no muy lejano, como es la fijación y delimitación de los elementos constitutivos del contrato de trabajo. De ello depende la supervivencia del Derecho del Trabajo como tal.

Y esto se une con otro aspecto que es reseñable, y este es que la norma sea fruto del diálogo social, lo cual supone a todas luces un indicativo de que los elementos

constitutivos del contrato de trabajo suponen un tema de candente actualidad y que la importancia que los agentes sociales le dan a su definición es prioritaria. Además, a más corto plazo y de manera más pragmática, esta norma puede suponer un ejemplo para dar solución a los nichos de trabajadores formalmente autónomos de otros sectores de la actividad.

5. EL MODELO EUROPEO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA

Esta preocupación por la definición del trabajo asalariado en plataformas digitales alcanza igualmente al conjunto de la Unión Europea, donde las plataformas digitales facturaron, a fecha de 2020, 14.000 millones de euros. Esto tiene dos lecturas, la primera es que las plataformas digitales están definitivamente creando riqueza y trabajo, pero a cambio, normalmente, como cualquier terreno virgen y en vías de desarrollo, ese trabajo va acompañado de condiciones laborales precarias, falta de protección social y nula negociación colectiva³¹.

Esta situación obligó, al igual que ocurrió en España, a la Comisión Europea a tomar decisiones sobre los aspectos laborales de la prestación de servicios en un sector, el de las plataformas, que emplea a más de 28 millones de personas y que se espera alcancen los 43 para 2025³².

Como parece lógico, la misma batalla judicial que se produjo en España con los riders se ha repetido de manera sistemática en el resto de Estados Miembros de la Unión Europea, hasta el punto de alcanzar las instancias comunitarias, hasta el punto de que, en fecha de 9 de diciembre de 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas. El objetivo de esta norma comunitaria no es otro que el de garantizar a los trabajadores de plataformas digitales el reconocimiento de la laboralidad de su relación, con todo lo que ello implica. Estos trabajadores disfrutarán de los derechos laborales y sociales inherentes a su condición de trabajadores asalariados.

En fecha de 9 de diciembre de 2021 la Comisión Europea presentó una propuesta de “Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas”. Este texto por primera vez determina los criterios para determinar si la plataforma de que se trate tiene o no tiene la condición de empleadora. Para ello, establece una presunción *iuris tantum* de su condición de empleadora.

31. Ortega Lozano 2022, 3.

32. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605.

Las prácticas de las empresas de plataformas que organizan su actividad alrededor del algoritmo es lo que la Comisión Europea ha venido en llamar “gestión algorítmica” en la Directiva, que pretende agrupar los diferentes criterios que sobre la laboralidad de los trabajadores de plataformas tienen los distintos Estados Miembros, con la evidente intención de poder sacar adelante una norma que sea aplicable en toda la Unión Europea, pero que, como veremos, se queda en una ley de mínimos que no alcanza, por ejemplo, a la regulación española sobre la cuestión, mucho más garantista.

La gestión algorítmica es calificada por la propuesta de Directiva como inherente al modelo de negocio de plataformas digitales y la dota de atributos positivos, al generar eficiencias en la adaptación entre la oferta y la demanda, pero siendo consciente de que esta forma nueva de gestión también ampara las nuevas formas de subordinación y control a las que hemos hecho ya referencia ampliamente.

Con ello, la Unión Europea quiere mejorar las condiciones laborales y los derechos sociales de estos trabajadores, aún siendo consciente de su dificultad normativa. Esto lleva a que esta nueva regulación tienda a equilibrar los intereses de empresas propietarias de plataformas y trabajadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, es decir, promover el bienestar de los pueblos mediante una economía competitiva y el pleno empleo. Todo esto, en congruencia con el quinto pilar europeo de derechos sociales, que establece que, con independencia del trabajo y su duración, todo trabajador tiene derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y acceso a la protección social.

Es palpable que, como dice la propia propuesta de Directiva, la transición digital, que se ha visto acelerada por la pandemia provocada por el COVID-19 ha supuesto un gran impulso para el trabajo de plataformas. Por ello, la Unión Europea pretende con esta Directiva no coartar, sino acompañar y fiscalizar que el crecimiento y la oportunidad que suponen las nuevas tecnologías vaya acompañada de una garantía de los derechos laborales y sociales de los trabajadores.

La Directiva utiliza el término “clasificación errónea” para distinguir a aquellos trabajadores verdaderamente autónomos que hacen uso de las plataformas como modo de expandir su negocio, de aquellos otros que son verdaderamente trabajadores por cuenta ajena y los señala como susceptibles de sufrir malas condiciones laborales y acceso inadecuado a protección social.

Desde su artículo 1 la propuesta de Directiva hace hincapié en lo que resulta la clave de bóveda de la futura regulación europea, esto es, el algoritmo, mediante un sistema de equidad, transparencia y rendición de cuentas de estos sistemas. En el apartado 2 de este artículo primero se establecen unos derechos mínimos para las personas que trabajen en este tipo de empresas, asimilando el cumplimiento de estos mínimos a la existencia de una relación laboral.

Como en todas las directivas, resulta tremendamente interesante prestar atención a las definiciones. Así, será una “plataforma laboral digital” la persona física o jurídica

que proporcione un servicio comercial que se ofrezca a distancia, mediante medios electrónicos, a solicitud del consumidor final y cuyo componente necesario para realizarlo sea una forma de organización del trabajo realizado por los prestadores. Será “trabajo de plataforma” todo trabajo organizado a través de una plataforma de trabajo digital realizado dentro de las fronteras de la Unión Europea. “Persona que realiza el trabajo de plataforma” toda ejecución individual y personal de un encargo. “Trabajador de la plataforma” será cualquier persona que tiene una relación laboral con la empresa propietaria conforme a la legislación vigente del Estado Miembro de que se trate.

El artículo 3 impone una obligación de inspección y fiscalización por parte de las autoridades competentes de los Estados Miembros de la determinación de la relación que une a los trabajadores individuales y las empresas de plataformas, determinando en cada caso la existencia de esa relación laboral atendiendo a los hechos relacionados con el desempeño real del trabajo, y la forma de usar los algoritmos si estos sirven para organizar la producción, todo ello con independencia de la relación que formalmente se hayan dado las partes.

Quizá el artículo 4 de este texto en vías de aprobación sea el más interesante de toda la norma, puesto que es el precepto en el que se va a regular la presunción legal de laboralidad, en términos similares a los expuestos en la normativa española que ya hemos referenciado. Esta presunción se activará siempre y cuando se cumplan dos de un listado de elementos detallados en el artículo y que pasamos a referir, como son que la empresa propietaria de la plataforma establezca los límites máximos de la remuneración percibida por el rider, que existan normas vinculantes para el trabajador sobre apariencia, conducta o realización del servicio, que se produzca una supervisión del trabajo o una verificación de la calidad de los resultados, pudiendo esta realizarse por medios electrónicos, establecer restricciones a la libertad de organización del trabajo, como la elección del horario, aceptar tareas propuestas por la plataforma o la posibilidad de subcontratar la actividad o ser sustituido, restringir las posibilidades de trabajar para terceros.

Es llamativa la extensión del precepto, en cuya profusión de elementos parece acrisolarse la multitud de criterios judiciales dispares que sobre la laboralidad de los trabajadores de plataformas se ha venido produciendo a nivel europeo, para que todos los trabajadores tengan amparo por esta nueva directiva. Habrá que esperar al artículo 5 para comprobar que la verdadera naturaleza de esta presunción no es otra que *iuris tantum*, por cuanto se establece la posibilidad de refutar la presunción legal de laboralidad mediante prueba válida en Derecho por parte de la empresa propietaria de la plataforma digital. Esta prueba podrá ser la propia plataforma digital, funcionando a modo de *ultima ratio* con la que van a poder defenderse las empresas demandadas.

A partir del artículo 6 entramos en el Capítulo III, sumamente interesante a nuestro juicio, cuyo título es “transparencia y uso de sistemas automatizados de

seguimiento y toma de decisiones”. En esencia, este artículo sexto obliga a las plataformas digitales a proveer a los Estados Miembros de la información necesaria acerca de los sistemas informáticos que poseen para fiscalizar y monitorizar la actividad de los trabajadores, especialmente aquellos que incidan sobre decisiones adoptadas que afecten a condiciones de trabajo, salario, seguridad y salud, tiempo de trabajo, promoción interna, etc.

Estos sistemas de seguimiento deberán ser conocidos por las autoridades competentes de los Estados Miembros tanto si están ya en uso o en proceso de implantación, sobre qué acciones de monitorización, incluida la valoración del cliente final, llevan a cabo, los principales parámetros tomados en cuenta para la toma de decisiones automatizadas, y la motivación de las decisiones de restricción de la cuenta del trabajador, suspensiones y extinciones. Esta información deberá ser igualmente proveída a los representantes legales de los trabajadores.

El artículo 7 se centra en la seguridad y salud laboral, imponiendo a la empresa que utilice algoritmos que evalúe el impacto del uso de estos instrumentos tecnológicos, con especial incidencia en las decisiones que puedan afectar a riesgos de accidente laboral, riesgos psicosociales y ergonomía. Establecer salvaguardas y posteriormente evaluarlas para asegurarse de que éstas son adecuadas y están adaptadas al entorno de trabajo específico de la empresa propietaria de la plataforma y de su sector de actividad. Debe igualmente establecer medidas preventivas eficaces para la prevención de la presión y el estrés en los trabajadores de la plataforma.

Hecho novedoso es la introducción a su vez de la figura de la persona encargada del seguimiento del algoritmo, una especie de “delegado algorítmico”³³, cuya función será la de invalidar decisiones algorítmicas injustas y que gozará de una protección parecida a la de los representantes legales de los trabajadores, contra el despido, sanciones y demás garantías inherentes a su función.

Finalmente, el artículo 8 nos lleva directamente al concepto de transparencia algorítmica y al de revisión humana de decisiones automatizadas, por cuanto los trabajadores de las plataformas tendrán derecho a que se les explique el proceso decisorio de cualquier medida que les afecte tomada mediante un procedimiento automatizado, que, además, deberá ir acompañada de una motivación escrita que se entregará al trabajador.

6. LA LUCHA POR EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Detrás de la profusión de trabajos académicos y de decisiones judiciales a los que hemos sido testigos en los últimos años alrededor de la economía de plataformas y su

33. Ortega Lozano 2022, 25.

ulterior salto a la legislación positiva es tributario de un enorme esfuerzo intelectual por parte de los juristas para adaptar el Derecho del Trabajo a las nuevas formas de prestación de servicios y también, de una lucha ideológica entre la eterna dicotomía capital/trabajo.

Parece obedecer a lo que Díez Picazo calificó como el reto para los juristas consistente en averiguar como se interrelacionan los cambios sociales y los jurídicos, la llamada teoría del cambio jurídico³⁴. Es evidente que el ordenamiento jurídico no cambia automáticamente con la realidad social, sino que sólo puede hacerlo mediante los mecanismos que este mismo establece para transformarlo, por lo que siempre andará un paso por detrás de la realidad social.

Ello no supone, a nuestro juicio, de ningún modo, una desconfianza en el poder de la norma jurídica. Más bien al contrario, supone un ensalzamiento de esta con consciencia de sus limitaciones. Como recuerda Ihering³⁵ en su celeberrima obra, el derecho supone una antítesis, la inseparable unidad en la dualidad de paz y lucha, siendo la paz el objetivo del derecho y la lucha el objetivo para alcanzarlo.

En lo que a nuestro tema atañe, tanto el rumbo marcado por el Tribunal Supremo en España como la propuesta de Directiva permiten atisbar un futuro optimista para el Derecho del Trabajo en Europa y el proyecto social europeo, por cuanto puede apreciarse como las instituciones propias de la relación laboral se adaptan y amoldan a las nuevas realidades nacientes a los prolíficos rayos de las nuevas tecnologías aplicadas a la actividad empresarial.

Con la aprobación final de la Directiva los trabajadores de plataformas tendrán garantizada la posibilidad de obtención de una situación laboral correcta con respecto a su relación real con la plataforma, con el acceso a derechos laborales y sociales. También tendrán garantizado el acceso a la información sobre la gestión algorítmica.

Esta norma se establecerá un marco integral para la clasificación errónea (en palabras de la Directiva) del trabajo de plataformas, mediante el establecimiento de los procedimientos para el encuadramiento de los trabajadores dentro de la relación laboral por cuenta ajena, de obligado cumplimiento para autoridades administrativas y tribunales de justicia.

Con la aprobación final de la Directiva, los operadores jurídicos comunitarios tendrán una formidable herramienta con la que interpretar las relaciones contractuales de los trabajadores de plataformas y, lo que es más importante, se habrán sentado las bases para la reforma y adaptación del Derecho del Trabajo a las nuevas formas de prestación de servicios, siendo el aldabonazo definitivo a una disciplina que, durante más de cien años, ha supuesto la plasmación de una auténtica Lucha por el Derecho.

34. Díez Picazo 1973, 302.

35. Ihering 2018, 49.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Alonso, Diego; Martínez Romero, Carolina (2020), “Trabajo y plataformas digitales primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *TyD*, nº 72.
- Bobbio Norberto (1998), *Teoría General del Derecho*, Madrid.
- Boltanski, Luc; Chiapello, Éve (2002), *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid.
- Cabeza Pereiro, Jaime (2020), *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Madrid.
- Coriat, Benjamin (2001), *El taller y el cronómetro: ensayos sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Madrid.
- Diez Picazo, Luis (1973), *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona.
- Fernández Prieto, Marta (2020) “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 151.
- Gámez Jiménez, José Manuel (2017), “Una reflexión teórica sobre el Derecho del Trabajo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5/2017.
- Goerlich Peset, José María; García Rubio, María Amparo (2018), “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma”, en Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (Coord.), *El trabajo en plataformas digitales*, Madrid.
- Martín Valverde, Antonio (2021), *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo, evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Madrid.
- Martín Rivera, Lucía (2018) “La identificación del sujeto empleador en el contrato de trabajo: empleadores complejos y plataformas digitales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10.
- Monereo Pérez, José Luis; Martín Muñoz, María Rosa (2020), “La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9.
- Moreno i Gené, Josep (2020), “El carácter laboral de la prestación de servicios de reparto a través de la plataforma digital Glovo el Tribunal Supremo zanja el debate”, *Iuslabor*, nº 3/2020.
- Nieto Rojas, Patricia (2019), “Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales”, *Iuslabor*, nº 1.
- Otero Gurruchaga, César (2018), “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral. Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1.
- Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel (2022), “Economía colaborativa, condiciones laborales dignas y la lógica algorítmica: la propuesta de “Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251/2022.

- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2021), “Por fin, la ley Rider”, *Iuslablog*, 13 de mayo.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda (2021), “Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el derecho de la UE”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 14.
- Todolí Signes, Adrián (2020), “El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley de California (AB5)”, *TyD*, nº 66.
- Todolí Signes, Adrián (2021), “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *IUSLabor*, 2.
- Todolí Signes, Adrián (2020), “El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas: Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders”, *TyD*, nº 70.
- Todolí Signes, Adrián (2020), “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales.”, *Labour Law & Issues*, vol. 6, nº 2.

LA CONSIDERACIÓN DE LA COVID-19 COMO
ENFERMEDAD PROFESIONAL: UN ANÁLISIS DESDE LA
NORMATIVA PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD SOCIAL

THE CONSIDERATION OF COVID-19 AS AN OCCUPATIONAL
DISEASE: AN ANALYSIS FROM THE POINT OF VIEW OF OCCUPATIONAL
HEALTH AND SAFETY AND SOCIAL SECURITY REGULATIONS

Silvia Fernández Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela
Orcid: 0000-0002-9093-4100
silviafernandez.martinez@usc.es

RESUMEN: El presente artículo versa sobre algunas de las medidas preventivas y de Seguridad Social adoptadas en España para hacer frente a la pandemia provocada por la COVID-19. En primer lugar, se analiza la regulación del SARS-CoV-2 como agente biológico y su inclusión en el RD 667/1977. En segundo lugar, se examina la evolución que ha experimentado la calificación de las contingencias provocadas por la COVID-19 en la normativa de Seguridad Social de la emergencia. Por último, al margen de lo establecido en la normativa adoptada durante la pandemia, se estudia la posibilidad de considerar la COVID-19 como enfermedad profesional aplicando el régimen general de la acción protectora de la Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; SARS-CoV-2; agente biológico; enfermedad profesional; accidente de trabajo

ABSTRACT: This paper focuses on some of the Occupational Health and Safety and Social Security measures adopted in Spain to deal with COVID-19 pandemic. First, the regulation of SARS-CoV-2 as a biological agent and its inclusion in RD 667/1977

Recibido: 19-10-2022; Aceptado: 20-10-2022; Versión definitiva: 14-12-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

are analysed. Second, the evolution experienced by the qualification of the contingencies caused by COVID-19 in the emergency Social Security regulations is examined. Finally, apart from what is established in the regulations adopted during the pandemic, the possibility of considering COVID-19 as an occupational disease by applying the general regime of the protective action of Social Security is studied.

KEYWORDS: COVID-19; SARS-CoV-2; biological agent; occupational disease; work-related accident

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL Y DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA: UN APUNTE. 3. EL SARS-COV-2 COMO AGENTE BIOLÓGICO Y SU REGULACIÓN EN LA NORMATIVA PREVENTIVA. 4. LA TUTELA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CONTAGIADAS DE COVID-19 EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA EMERGENCIA. 5. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR LA COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL A LA LUZ DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la COVID-19 es la enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2¹. Con el objetivo de proteger la salud pública, y no solo la salud laboral, en España, al igual que en el resto del mundo, se adaptaron una serie de medidas dirigidas a tutelar a la población trabajadora. En concreto, mientras que en el ámbito de la normativa preventiva se llevó a cabo una reforma en la norma específica sobre los agentes biológicos, en el caso de la Seguridad Social, se adoptaron una serie de normas concretas cuyo ámbito de aplicación se limita a la pandemia. Además de las citadas medidas, en el presente artículo se analizará el encaje que podría tener la tutela de las personas trabajadoras que se han contagiado de COVID-19 en la normativa ordinaria.

2. LA REGULACIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL Y DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA: UN APUNTE

Como es sabido, en España, el alcance de la acción protectora del sistema de Seguridad Social varía en función de si la contingencia objeto de tutela recibe la calificación de común o profesional y, dentro de esta última, dependiendo de si se trata de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

1. <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19>

En primer lugar, el art. 157 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)² establece que “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

El cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social ha sido aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, en el que también se establecen criterios para su notificación y registro. El citado cuadro contempla, en su Anexo I, 6 grupos de enfermedades profesionales, a saber: 1) enfermedades profesionales causadas por agentes químicos (grupo 1); físicos (grupo 2); y biológicos (grupo 3); 2) enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados (grupo 4); 3) enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados (grupo 5); y 4) enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos (grupo 6). Dentro de cada grupo, y de acuerdo con lo establecido en la propia definición de enfermedad profesional prevista en el art. 157 LGSS, el RD 1299/2006 prevé el agente o elemento susceptible de provocar la enfermedad profesional y las principales actividades en las que puede desarrollarse. Por otro lado, al Anexo II del RD 1299/2006 incorpora una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro.

Tal y como establece el segundo inciso del art. 157 LGSS, el art. 2.1 RD 1299/2006 se refiere al proceso de actualización del cuadro de enfermedades profesionales. Así, el citado artículo establece que la modificación del cuadro de enfermedades profesionales se realizará por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y requerirá el informe previo del Ministerio de Sanidad y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El informe científico que soporte la propuesta de modificación deberá ser realizado por una comisión técnica conjunta de ambos ministerios. Asimismo, el art. 2.2 RD 1299/2006 señala que las enfermedades no incluidas en el anexo 1 que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el RD 1299/2006, previo informe del Ministerio de Sanidad.

En España existe un sistema de lista y, para que una enfermedad encaje en el concepto que maneja el art. 157 LGSS se exigen 3 requisitos: 1) estar causada por el trabajo; 2) derivar de la exposición a los agentes o elementos mencionados en el RD 1299/2006 para cada enfermedad; y 3) surgir debido a la realización de la

2. Aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

concreta actividad laboral citada. Si se cumplen los tres requerimientos exigidos legalmente, la enfermedad se podrá calificar, de forma automática, como enfermedad profesional en los términos previstos en el art. 157 LGSS, sin necesidad de que el trabajador pruebe la relación causal entre la exposición al agente y la patología sufrida. Por lo tanto, resulta de aplicación una presunción legal *iuris et de iure* que protege a todas las dolencias incluidas en el cuadro aprobado por el RD 1299/2006³. Por el contrario, si alguno de ellos no está presente, por ejemplo, si una enfermedad no se encuentra en el catálogo, o si, a pesar de estar recogida, la persona trabajadora no realizaba la actividad laboral a la que se refiere aquel, la persona que la padezca no podrá acceder a la tutela en materia de Seguridad Social reservada a las enfermedades profesionales. Ahora bien, como se verá a continuación, el hecho de que no se considere enfermedad profesional *ex art. 157 LGSS*, no significa que el sistema de Seguridad Social no ofrezca ningún tipo de tutela a las personas que padecen enfermedades vinculadas con el trabajo.

En cualquier caso, en los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado si la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006 ha de considerarse una lista abierta o cerrada, en particular en relación con las actividades susceptibles de provocarlas. En varias ocasiones, el TS ha calificado ciertas enfermedades como profesionales, a pesar de que las profesiones que las han motivado no aparezcan mencionadas en el cuadro de profesiones⁴.

En segundo lugar, el art. 156.1 LGSS señala que “se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Asimismo, en su apartado 2, el art. 156 LGSS se refiere a una serie de supuestos que tienen la consideración expresa de accidentes de trabajo. Entre ellos, a los efectos que aquí interesan, cabe hacer referencia al apartado e). De conformidad con este artículo, las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, pero que no cumplan con los requisitos necesarios para ser consideradas enfermedades profesionales según el art. 157 LGSS, serán consideradas, a efectos de Seguridad Social, como accidentes de trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquel. Por lo tanto, al contrario de lo que ocurre con las enfermedades profesionales, para que una enfermedad reciba el tratamiento correspondiente al accidente de trabajo, será necesario demostrar que ha existido una relación causa-efecto entre la prestación laboral y el padecimiento de la patología, lo que va a dificultar el acceso a ese tipo de tutela. En otras palabras, el trabajo debe de ser causa directa y exclusiva de la enfermedad.

3. Véase, entre otras, STS de 20 de diciembre de 2007 (recurso núm. 2579/2006).

4. Véase la reciente STS 747/2022, de 20 de septiembre de 2022 (recurso núm. 3353/2019), que califica como profesional la rotura de manguito rotador de hombro izquierdo de una limpiadora, pese a que la citada profesión no aparece mencionada en el RD 1299/2006.

3. EL SARS-COV-2 COMO AGENTE BIOLÓGICO Y SU REGULACIÓN EN LA NORMATIVA PREVENTIVA

El art. 6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), establece que el Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, regulará una serie de materias, entre ellas las “limitaciones o prohibiciones que afectarán a las operaciones, los procesos y las exposiciones laborales a agentes que entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”. En desarrollo del citado precepto, el Gobierno adoptó el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Asimismo, el citado RD supuso la transposición en el ordenamiento jurídico español de la normativa europea sobre la materia, es decir, de la por aquel entonces vigente Directiva 90/679/CEE, de 26 de noviembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Esta Directiva fue, posteriormente, modificada por la Directiva 93/88/CEE, de 12 de octubre, y adaptada al progreso técnico por la Directiva 95/30/CE, de 30 de junio. En la actualidad, la Directiva 90/679/CEE ha sido derogada por la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. De forma más reciente, la Directiva 2019/1833, de la Comisión, de 24 de octubre de 2019, modificó el Anexo III de la Directiva 2000/54/CE e introdujo, entre otros, el coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV). En consecuencia, ya desde un primer momento, ha de quedar claro que la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos es una materia que está influida por la regulación existente en la Unión Europea.

Volviendo al ordenamiento jurídico español, el art. 2 RD 664/1997 define los agentes biológicos como aquellos “microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad”⁵. A su vez, en el art. 3, el citado RD clasifica los agentes biológicos, en función del riesgo de infección, en cuatro grupos⁶: 1) aquel que resulta poco probable que cause una enfermedad en el hombre; 2) aquel que puede causar una enfermedad en el hombre y puede suponer un peligro para los trabajadores, siendo poco probable que se propague a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaz; 3) aquel que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con

5. Esta definición de agente biológico se corresponde con la prevista en el art. 2.a) Directiva 2000/54/CE.

6. Esta clasificación procede del art. 2 Directiva 2000/54/CE.

riesgo de que se propague a la colectividad, y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz; y 4) aquel que, causando una enfermedad grave en el hombre, supone un serio peligro para los trabajadores, con muchas probabilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista, generalmente, una profilaxis o un tratamiento eficaz.

Cabe aclarar que, en el momento en el que la OMS declaró la situación de pandemia internacional, el coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS-CoV-2) no estaba recogido en el Anexo II del RD 664/1997, en el que se clasifican los agentes biológicos, ni tampoco en el Anexo III de la Directiva 2000/54/CE⁷.

Por un lado, en el ámbito de la UE, la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos se llevó a cabo por la Directiva 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, que modificó el anexo III de la Directiva 2000/54/CE y la Directiva 2019/1833 de la Comisión. Aunque la citada Directiva reconoció que el SARS-CoV-2 es muy similar al SARS-CoV, que ya había sido añadido al anexo III por la Directiva 2019/1833, señaló que “teniendo en cuenta los datos epidemiológicos y clínicos actualmente disponibles sobre las características del virus, como sus patrones de transmisión, sus características clínicas y los factores de riesgo de infección, el SARS-CoV-2 debe añadirse con carácter urgente al anexo III de la Directiva 2000/54/CE, a fin de garantizar una protección continua y adecuada de la salud y la seguridad de los trabajadores en el trabajo”. Asimismo, la Directiva 2020/739 clasificó el SARS-CoV-2 en el grupo de riesgo 3 y en su art. 4 disponía que aquella entraría en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Por otro lado, la Directiva 2020/739 también modificó el art. 2 de la Directiva 2019/1833, que versaba sobre el plazo del que disponían los Estados miembros para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en aquella. Así el art. 2 de la Directiva 2020/739 señala que:

“los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 24 de noviembre de 2020, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las modificaciones de los anexos V y VI de la Directiva 2000/54/CE, en la medida en que estén relacionadas con el agente biológico SARS-CoV-2”.

En España, la transposición de la Directiva 2020/739 y, parcialmente, de la Directiva 2019/1833 se llevó a cabo mediante la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adaptó, en función del progreso técnico, el RD 664/1997. Dicha modificación supuso la introducción del SARS-CoV y del SARS-CoV-2 en el

7. En ese momento, en el Anexo III de la Directiva ya figuraba el SARS-CoV, pero no el SARS-CoV-2.

anexo II del citado RD 664/1997, quedando clasificados ambos en el grupo de riesgo 3. Sin embargo, han sido varias las voces que han criticado la clasificación del SARS-CoV-2 en el grupo 3 de agentes biológicos y, sosteniendo que en el momento de la adopción de la Directiva 2020/739 todavía no existía un tratamiento eficaz para tratar la enfermedad que provoca, abogaban por su inclusión en el grupo de riesgo 4, es decir, en el grupo de los agentes que implican un mayor riesgo de infección⁸.

Tal y como puede apreciarse, entre la adopción de la Directiva 2020/739 y de la Orden TES/1180/2020 transcurrieron 6 meses. En consecuencia, la jurisprudencia se ha planteado cuál es el momento en el que la Directiva 2020/739 empieza a surtir efectos en el ordenamiento jurídico español. Así, si bien los Estados miembros tienen un plazo para adaptar su normativa a las medidas para la protección de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos que prevé la Directiva, en relación con el listado de agentes biológicos, aquella tiene un efecto inmediato, ya que la lista del RD 664/1997 procede, directamente, de la prevista en las Directivas sobre la materia. Asimismo, también hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que las Directivas tienen efecto directo cuando sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, que es lo que ocurre, precisamente, con la inclusión del SARS-CoV-2 en el listado de agentes biológicos, ya que no precisa de ningún desarrollo y es una clara y precisa⁹. En consecuencia, cabe entender que el SARS-CoV-2 ya formaba parte de la lista de agentes biológicos recogidos en el RD 664/1997 desde la entrada en vigor de la Directiva 2020/739 (junio de 2020) y no solo desde la adopción de la Orden TES/1180/2020.

4. LA TUTELA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CONTAGIADAS DE COVID-19 EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA EMERGENCIA

Una buena parte de la normativa de urgencia que se adoptó para hacer frente a la pandemia provocada por la COVID-19 pertenecían al ámbito de la Seguridad Social. Ahora bien, se trata de disposiciones que no modifican el régimen general vigente de las contingencias profesionales, sino que su ámbito de actuación se circunscribía a un momento temporal concreto –la pandemia–, con el objetivo de proporcionar una tutela inmediata a las personas trabajadoras que se encontrasen en dos circunstancias diferentes. Por un lado, a aquellas que se hubiesen contagiado de COVID-19 y que, por lo tanto, estaban en una situación incapacitante que les impedía llevar a cabo la prestación laboral. Por otro lado, a aquellas que, debido a las restricciones sanitarias debían permanecer en situación de aislamiento preventivo o confinamiento, aunque

8. Torres García 2021, 17. En el mismo sentido se ha pronunciado UGT. Véase: <https://www.ugt.es/ugt-reclama-al-gobierno-que-apoye-y-promueva-la-clasificacion-del-sars-cov-2-como-agente-biologico>

9. STSJ Castilla-La Mancha 1187/2022, de 17 de junio de 2022 (recurso núm. 1222/2021).

no se hubiesen contagiado de COVID-19. Esta última, más que incapacitante, es un evento imposibilitante. Ahora bien, en ambos casos, la situación de necesidad que intenta proteger la Seguridad Social es la pérdida de salario derivada de la imposibilidad de trabajar. Para ello, el legislador español ha optado por acudir a la incapacidad temporal (IT), regulada en los arts. 169 y ss. LGSS. Con independencia de que una parte de la doctrina ha sostenido que la protección de la situación imposibilitante derivada del aislamiento preventivo podría haberse articulado por otras vías, por ejemplo, reconociendo el derecho a una prestación por desempleo o a otra de carácter excepcional y transitoria¹⁰, lo cierto es que la normativa deja claro que las personas trabajadoras van a tener derecho a una prestación por IT en caso de contagio o aislamiento por COVID-19. Ahora bien, en la medida en que, como ya se ha apuntado, el ordenamiento jurídico español otorga una protección diferente a las contingencias comunes y a las profesionales y, en relación con estas últimas, la tutela también difiere en función de si se trata de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, cabe analizar, a continuación, la calificación del COVID-19 desde el punto de vista de la Seguridad Social en la normativa de la emergencia.

En un primer momento, se optó por calificar las dos situaciones descritas anteriormente (contagio y aislamiento preventivo) como IT derivada de enfermedad común. En concreto, el Criterio 2/2020 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), de 26 de febrero de 2020, consideró como situación de IT derivada de enfermedad común los periodos de aislamiento preventivo a que se viesen sometidos los trabajadores como consecuencia del virus SARS-CoV-2. Por su parte, en relación con la situación de IT en la que se encontraban los trabajadores confirmados como positivos en las pruebas de detección del SARS-CoV-2, el Criterio 3/2020 de la DGOSS, de 9 de marzo de 2020, estableció que, en principio, la enfermedad ocasionada por el virus COVID-19 deberá catalogarse como enfermedad común, a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, y para todas las personas trabajadoras. Ahora bien, si lograba probarse que la enfermedad se había contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el art 156 LGSS, aquella era calificada, directamente, como accidente de trabajo. En este último caso, por lo tanto, lo único que hacía el Criterio de la DGOSS era confirmar la aplicación de la regla general prevista en el art. 156.2.e) LGSS, a la que ya se ha hecho mención (*supra* 2).

Sin embargo, dos días después de la adopción del Criterio 3/2020, se publicó en el BOE la primera y única norma que ha regulado la calificación, a efectos de Seguridad Social, de la prestación de IT derivada del COVID-19 para todas las personas trabajadoras: el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud

10. González Ortega 2021, 3.

pública. Por el contrario, el ámbito de aplicación subjetivo de las normas posteriores que han abordado la temática es más limitado y se circunscribe al personal que presta servicios en centros sanitarios o socio sanitarios.

Con la finalidad de proteger la salud pública, el art. 5.1 RD-ley 6/2020¹¹ consideró, con carácter excepcional y exclusivamente a efectos de la prestación económica de IT del sistema de Seguridad Social, como situación asimilada a accidente de trabajo aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19. Si bien, de conformidad con su disposición final segunda, el RD-ley 6/2020 entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 12 de marzo de 2020, el Criterio 4/2020 de la DGOSS dispuso la aplicación retroactiva de la consideración como situación asimilada a accidente de trabajo a aquellos periodos de aislamiento o contagio que se hubiesen producido con anterioridad a la entrada en vigor del citado RD-ley. Por lo tanto, la inicial prestación económica por IT derivada de enfermedad común que se hubiese causado debía pasar a considerarse como situación asimilada a accidente de trabajo.

Por otro lado, al igual que ocurría anteriormente, ya que, como se ha mencionado, la normativa de urgencia no derogó la normativa general de Seguridad Social, el 5.1 RD-ley 6/2022 estableció que cuando se probase que el contagio de la enfermedad se había contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el art. 156 LGSS, aquella era calificada, directamente, como accidente de trabajo, sin más más calificativos¹².

La doctrina ha considerado que la prestación derivada de la asimilación al accidente de trabajo creada por el RD-ley 6/2020 es insólita y peculiar, ya que se presume el origen profesional de una contingencia (aislamiento o contagio) que, en realidad, no se sabe si se produjo debido al desempeño del trabajo¹³. Frente a la anterior consideración como enfermedad común, la finalidad que perseguía el legislador con la citada asimilación era, sin duda, ofrecer una tutela mayor a las personas trabajadoras, facilitando el acceso a una prestación económica de IT más elevada y de forma más rápida, en particular, porque, al contrario de lo que ocurre en caso de enfermedad común, la asimilación al accidente de trabajo implica que no se exige periodo de carencia y la persona trabajadora puede empezar a percibir el 75% de la base reguladora desde el día siguiente al de la baja.

Sin embargo, a efectos prácticos, la diferencia entre la consideración de los periodos de aislamiento y contagio como situaciones asimiladas al accidente de trabajo

11. Se hace referencia a la versión consolidada del artículo, tras las distintas modificaciones operadas por normas posteriores.

12. Esta referencia no aparecía en la versión inicial del artículo, sino que fue añadida por el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

13. Ballester Pastor 2022, 6.

o como accidente de trabajo en sentido estricto no es menor, ya que el art. 5 RD-ley 6/2020 limitaba la citada asimilación al derecho a percibir la prestación económica de IT correspondiente al accidente de trabajo, y no la extendía a otras prestaciones de Seguridad Social. Por lo tanto, si bien la cuantía de la prestación que tenían derecho a percibir las personas trabajadoras afectadas era igual tanto si se entendía que se trataba de un accidente de trabajo ordinario como de una situación asimilada, no ocurría lo mismo en relación con otros derechos derivados de la situación de IT, como, por ejemplo, las mejoras voluntarias previstas en los convenios colectivos para aquellos supuestos en los que la IT deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. De hecho, el Tribunal Supremo¹⁴ se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha afirmado que en estos supuestos no existe derecho al complemento convencional porque el art. 5 RD-ley 6/2020 no consideró que la situación de IT fuese accidente de trabajo, sino situación “asimilada”, y no a todos los efectos, pues la citada asimilación limitaba su ámbito de aplicación a la prestación económica de IT de la Seguridad Social, porque lo que pretendía la norma era garantizar la protección social reforzada de las personas trabajadoras afectadas por el COVID-19, pero no extenderse a otras prestaciones diferentes a las de aquel.

De igual manera, de conformidad con el segundo inciso del art. 5.1 RD-ley 6/2020, también se encontrarán en situación asimilada al accidente de trabajo “aquellos trabajadores que se vean obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública”¹⁵.

Posteriormente, se adoptó el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. La propia rúbrica del art. 9 establecía la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma.

14. STS 57/2022, de 20 de enero de 2022 (recurso núm. 269/2021).

15. Esta ampliación del ámbito de aplicación de la medida fue adoptada por el RD-ley 13/2020, de 7 de abril.

Ahora bien, tal y como puede apreciarse, el ámbito de aplicación, tanto subjetivo como material y temporal, del RD-ley 19/2020 era más limitado que el del RD-ley 6/2020.

En primer lugar, en relación con el ámbito subjetivo, al contrario del RD-ley 6/2020, el RD-ley 19/2020 no se aplicaba a todas las personas trabajadoras, sino solo al personal que presta servicio en centros sanitarios o socio sanitarios inscritos en el Registro General de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, que depende de la Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación del Ministerio de Sanidad. Este Registro incluye multitud de centros diferentes, que van desde los hospitales a las residencias de mayores.

En segundo lugar, en cuanto al ámbito material, y en contraposición a lo que establecía el RD-ley 6/2020, el RD-ley 19/2020 se limitaba a proteger aquellos supuestos en los que el personal citado haya contraído el virus SARS-CoV-2, durante el ejercicio de su profesión, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio sanitarios. Cabe aclarar que, al hablar de contagios y no solo de desarrollo de la enfermedad, la norma incluía en su ámbito de aplicación tanto aquellos que se traducen en una alteración de la salud que incapacitan a los trabajadores para prestar servicios como aquellos otros que, aún sin haber dado lugar a la enfermedad, impiden al trabajador llevar a cabo la prestación de servicios, porque debe permanecer aislado¹⁶. En estos casos, los servicios de prevención de riesgos laborales tenían que acreditar tal circunstancia. Se excluía, por lo tanto, de tal consideración aquellos otros supuestos relacionados con las restricciones de movilidad que el RD-ley 6/2020 sí consideraba como situaciones asimiladas al accidente de trabajo.

El ámbito de aplicación temporal de la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 inicialmente previsto en el RD-ley 19/2020 fue matizado, posteriormente, por el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, y por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹⁷. En concreto, si bien el art. 9.2 RD-ley 19/2020 señalaba que la citada previsión se aplicaría “a los contagios del virus SARS-CoV-2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia”, la disposición adicional cuarta del RD-ley 28/2020¹⁸ determinó

16. González Ortega 2021, 16.

17. La tramitación como proyecto de ley del citado RD-ley ha dado lugar a la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

18. Actual disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021.

que la consideración como accidente de trabajo de las mencionadas enfermedades se produciría:

“desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.

La matización realizada por el RD-ley 28/2020 implicaba una aplicación retroactiva de la consideración como accidente de trabajo a todos los contagios del personal sanitario y socio sanitario, en concreto desde el 11 de marzo de 2020.

Por su parte, el art. 9.1 RD-ley 19/2020 establecía que se entendían cumplidos los requisitos exigidos en el art. 156.2.e) LGSS y, por ese motivo, consideraba, sin necesidad de probar que el contagio de la enfermedad se contrajo con causa exclusiva en la realización del trabajo, como exigía el RD-ley 6/2020 para todas las personas trabajadoras, que todas las prestaciones de Seguridad Social que causase el personal sanitario o socio sanitario contagiado de SARS-CoV-2 – y no solo las derivadas de IT como hacía el RD-ley 6/2020– derivaban de accidente de trabajo. Dicha consideración se extendía, por ejemplo, tal y como señala el art. 9.3 RD-ley 19/2020, a las prestaciones por muerte y supervivencia. El citado artículo establece que:

“en los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 LGSS”. Por lo tanto, lo que hizo el RD-ley 19/2020 fue facilitar la prueba que exige el art. 156.2.e) LGSS, ya que, una vez que el servicio de prevención de riesgos laborales constaba que había existido exposición al riesgo de contagio del virus SARS-CoV-2, se presumía que el contagio se había producido durante la prestación de servicios y que, por lo tanto, era constitutivo de un accidente de trabajo.

Si bien, sin duda, el personal sanitario y socio sanitario ha sido uno de los colectivos más afectados por la pandemia del COVID-19, se considera que la limitación del ámbito subjetivo de aplicación de la consideración como accidente de trabajo de las enfermedades padecidas como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 a aquellos es, tal vez, excesiva. La normativa de la emergencia deja más desprotegidos a otros colectivos de trabajadores, como, por ejemplo, aquellos que trabajan en actividades relacionadas con la producción de bienes y servicios de primera necesidad, como la alimentación, que, sin embargo, también se vieron muy expuestos al riesgo de contagio del virus, tal vez no en el mismo grado que el personal sanitario, pero sí en mayor medida que el resto de las personas que no trabajaban en los servicios que fueron considerados esenciales. Para que las enfermedades padecidas por estos últimos obtengan la consideración de accidente de trabajo, resultaría de aplicación el

régimen general previsto en el art. 156.2.e), es decir, aquellos tendrían que probar que el contagio se produjo como causa exclusiva del trabajo que realizaban, cuando, sin embargo, cabría considerar que también para ellos se podrían entender cumplidos los requisitos exigidos en el citado artículo. Si no logran demostrar este extremo, como mucho, las enfermedades que padezca se considerarán como situación asimilada al accidente de trabajo, en aplicación del art. 5 RD-ley 6/2020.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, supuso un nuevo – y el último hasta el momento – avance en relación con la tutela del personal sanitario y socio sanitario que haya contraído el virus SARS-CoV-2 dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2. En concreto, el art. 6 RD-ley 3/2021 estableció que el citado personal tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional.

Por un lado, el ámbito de aplicación subjetivo y temporal del RD-ley 3/2021 es idéntico al del RD-ley 19/2020. La diferencia está en que, mientras que, antes, el personal sanitario y socio sanitario que hubiese contraído el virus tenía derecho al tratamiento propio del accidente de trabajo, a partir del RD-ley 3/2021 se les reconoce el derecho a las prestaciones propias de la enfermedad profesional, aunque, de conformidad con el régimen general previsto en el art. 157 LGSS, no se pudiese llegar a la declaración de la contingencia como enfermedad profesional en sentido propiamente dicho. De este modo, tal y como ya han apuntado los Tribunales Superiores de Justicia que han tratado la cuestión:

“sea o no susceptible de declaración de contingencia como enfermedad profesional conforme a la norma común y sin necesidad de que así se declare, se accede a las prestaciones de enfermedad profesional por aquellas personas que se contagian del virus SARS-CoV-2”,

y que cumplan los requisitos que ya se han mencionado¹⁹.

Por otro lado, el art. 6 RD-ley 3/2021 regula de forma más detallada la forma de acreditar que el contagio del personal se ha producido en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios. En concreto, el art. 6.1 RD-ley 3/2021 señala que:

19. STSJ Castilla-La Mancha 1187/2022, *cit.*

“los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios”.

Ahora bien, si el servicio de prevención no acredita la exposición de la persona trabajadora al virus:

“no es posible calificar la incapacidad temporal como derivada de enfermedad profesional pues está excluida la relación de la dolencia enfermante con el medio ambiente laboral, requisito imprescindible para poder hablar de esta contingencia profesional”²⁰.

Por su parte, el art. 6.3 RD-ley 3/2021 establece que, una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, y aportado el informe de los servicios de prevención de riesgos laborales, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios. En consecuencia, el art. 6 RD-ley 3/2021 incorpora una suerte de presunción *iuris et de iure* de que el contagio tiene un origen profesional, cuando se acredite la exposición al virus durante la prestación de servicios, sin necesidad de probar el nexo causal entre el contagio y la exposición, es decir, aun sin demostrar que, efectivamente, el virus se contrajo en el medio ambiente laboral. Por lo tanto, tras la entrada en vigor del RD-ley 3/2021, todo el personal sanitario o socio sanitario que haya contraído el virus SARS-CoV-2 desde el inicio de la pandemia internacional va a tener derecho a las prestaciones que el sistema de la Seguridad Social reconoce a las personas afectadas por una enfermedad profesional, aunque no se sepa si el contagio se ha producido mientras estaba prestando servicios.

En relación con el ámbito de aplicación temporal del RD-ley 3/2021, y con independencia de la evolución en la calificación de la contingencia, los efectos del citado art. 6 no se limitan al momento de su publicación y entrada en vigor (4 de febrero de 2021), sino que se extienden a todos los contagios producidos desde la declaración de la pandemia. Por lo tanto, cuando se cumplan los requisitos mencionados, todo el personal sanitario y socio sanitario que se haya contagiado desde que empezó la pandemia, va a tener derecho a las prestaciones propias de la enfermedad profesional con carácter retroactivo, aunque el momento del contagio y de la correspondiente IT sea anterior a la entrada en vigor del RD-ley 3/2021, y con independencia de la calificación que hubiese merecido el contagio, de acuerdo con la

20. STSJ Asturias 871/2022, de 3 de mayo de 2022 (recurso núm. 607/2022).

normativa de la emergencia vigente en aquel momento. Así lo están reconociendo los Tribunales que ya están analizando estas cuestiones²¹.

Ahora bien, el RD-ley 3/2021 evita calificar las contingencias²² y, en ningún momento, establece que las prestaciones de Seguridad Social deriven de enfermedad profesional, como sí hacía el RD-ley 19/2020 en relación con el accidente de trabajo, sino que se trata, más bien, de una asimilación de la situación de necesidad en la que se encuentra el personal contagiado a la de aquellas personas que padecen enfermedades profesionales. El RD-ley 3/2021 no establece que el personal sanitario y socio sanitario que haya contraído el virus en el ejercicio de su profesión haya desarrollado una enfermedad profesional, sino, simplemente, que tendrá derecho a las mismas prestaciones que el sistema otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Por lo tanto, sin reconocer que el COVID-19 es una enfermedad profesional para el citado personal, les reconoce el derecho a acceder a las prestaciones propias de aquella. Puede considerarse que lo que hace el RD-ley 3/2021 es crear una suerte de “situación asimilada a la enfermedad profesional”, en la línea de lo que establecía el RD-ley 6/2020 en relación con el accidente de trabajo, pero, en este caso, pese a limitarse al personal sanitario y socio sanitario, se extiende a todas las prestaciones del sistema de Seguridad Social, y no solo a la prestación de IT. En este sentido, los Tribunales están aclarando que las prestaciones a las que se refiere el RD-ley 3/2021 (con carácter general la IT) no pueden declararse como derivadas de enfermedad profesional propiamente dicha en el sentido del art. 157 LGSS, porque dicho artículo exige que la enfermedad sea contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, cosa que no pide el RD-ley 3/2021. En consecuencia, el personal sanitario y socio sanitario no tendrá derecho a percibir otras prestaciones, como, por ejemplo, las sanitarias propias de la enfermedad profesional²³.

Aunque el último paso lógico en la evolución que ha ido experimentando la normativa de la emergencia hacia una mayor tutela del personal sanitario y socio sanitario hubiese sido la consideración expresa del COVID-19 como enfermedad profesional a todos los efectos, el legislador español no ha optado por esa opción. Sin embargo, en mayo de 2022, en el ámbito de la Unión Europea, en concreto en el seno del Comité Consultivo para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, los Estados miembros, los trabajadores y los empleadores han alcanzado un acuerdo sobre la necesidad de reconocer la COVID-19 como enfermedad profesional²⁴. El citado acuerdo constituye un paso importante para aplicar el Marco estratégico de la UE

21. Véase, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha 1187/2022, que declara que la baja médica del trabajador, comprendida entre el 3 y el 12 de noviembre de 2020, generó derecho a prestación de IT correspondiente a enfermedad profesional.

22. STSJ Asturias 871/2022, *cit.*

23. STSJ Castilla-La Mancha 1187/2022, *cit.*

24. Véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_3117

en materia de seguridad y salud en el trabajo 2021-2027, adoptado por la Comisión Europea en junio de 2021. En el citado Marco la Comisión Europea se compromete a actualizar su Recomendación, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, para incluir la COVID-19. Se espera que dicha actualización esté lista para finales del año 2022²⁵.

5. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR LA COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL A LA LUZ DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Por el momento, y pese a los avances que se han producido en el ámbito de la Unión Europea, la COVID-19 no figura en el cuadro de enfermedades profesionales previsto en el RD 1299/2006. En consecuencia, más allá del régimen particular introducido por la normativa de la emergencia, en la medida en que el SARS-CoV-2 es, según el RD 664/1997, un agente biológico susceptible de provocar riesgos laborales para los trabajadores, cabe preguntarse si, aplicando el régimen general de la acción protectora de la Seguridad Social, al que ya se ha hecho referencia en el apartado 1 del presente artículo, existe alguna vía para considerar la COVID-19 como enfermedad profesional. En este sentido, reviste especial relevancia el debate en torno a la consideración del cuadro de enfermedades profesionales reguladas en el RD 1299/2006 como una lista abierta o cerrada²⁶. Si se entiende que se trata de una lista cerrada, en la actualidad, no existiría en la normativa general base legal para entender que la COVID-19 es una enfermedad profesional, sino que, a lo sumo, podría considerarse como accidente de trabajo *ex art. 156.2 e) LGSS*. Por el contrario, si se llega a la conclusión de que se trata de una lista abierta, se abren una serie de posibilidades para reconocer que la COVID-19 es, con independencia de lo previsto en la normativa de la emergencia, una enfermedad profesional.

En primer lugar, cabe analizar si la enfermedad provocada por el SARS-CoV-2 podría incluirse en el grupo de enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos (grupo 3) previsto en el Anexo I del RD 1299/2006. En este sentido, hay que tener en cuenta que, cuando se refiere a las citadas enfermedades, y al contrario de lo que ocurre con otras de las que recoge, el cuadro de enfermedades profesionales se limita a mencionar las:

“enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de

25. A 18 de octubre de 2022, la COVID-19 todavía no había sido incluida en la lista europea de enfermedades profesionales.

26. Fernández Fernández 2020, 485.

mayo regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)”,

pero no recoge una lista taxativa de las enfermedades infecciosas susceptibles de obtener dicha consideración. En cuanto a las actividades en las que pueden desarrollarse las enfermedades profesionales incluidas en el grupo 3, el RD 1299/2006 incluye, entre otras, al personal sanitario (epígrafe 3A0101) y al no sanitario (trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio) (epígrafe 3A0104).

Algunas sentencias recientes relativas al COVID-19 entienden que, ante la parquedad del RD 1299/2006, para determinar cuáles son las enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos, habrá que acudir a otra norma, en concreto al RD 664/1997, que el citado Anexo cita de forma expresa para excluir determinadas enfermedades infecciosas provocadas por ciertos agentes²⁷. Siguiendo esta posición, resulta posible entender que, ya que el SARS-CoV-2 está incluido en la lista de agentes biológicos recogida en el anexo III del RD 664/1997 (bien desde la entrada en vigor de la Directiva 2020/739 o de la Orden TES/1180/2020), la enfermedad provocada por el citado virus en el personal sanitario y socio sanitario, y en las demás actividades que menciona el RD 1299/2006, debería tener la consideración de enfermedad profesional incluida en el grupo 3 del RD 664/1997²⁸. De hecho, los Tribunales han entendido que el virus SARS-CoV-2 podría encuadrarse en el epígrafe 3A0101, que incluye al personal sanitario entre los grupos de riesgo que pueden resultar afectados por las enfermedades infecciosas citadas²⁹. En síntesis, existe una línea jurisprudencial que está reconociendo que, al margen de la normativa de la emergencia, los procesos de IT del personal sanitario y socio sanitario contagiado de COVID-19 tienen que considerarse derivados de enfermedad profesional, porque se entienden cumplidos los requisitos exigidos en el art. 157 LGSS³⁰.

En la misma línea, y con independencia de lo previsto en la normativa de la emergencia, la doctrina ha considerado que la infección por COVID-19 contraída por el personal sanitario y por otros profesionales con requerimientos análogos debería ser considerada como enfermedad profesional, pues puede entenderse incluida en el grupo 3 del cuadro de enfermedades profesionales, al tratarse de una enfermedad infecciosa causada por agentes biológicos³¹. Es posible llegar a esta conclusión si

27. STSJ Castilla-La Mancha 1187/2022, *cit*.

28. STSJ Asturias 871/2022, *cit* y 272/2022, de 15 de febrero de 2022 (recurso núm. 2726/2021).

29. STSJ Asturias 871/2022, *cit*.

30. STSJ Cantabria 365/2022, de 24 de mayo de 2022 (recurso núm. 220/2022). Cabe citar también una de las primeras sentencias que se pronunciaron en este sentido: Sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Talavera de la Reina, 187/2021.

31. En este sentido, véase, por ejemplo, Martínez Barroso 2021, 1 y Fernández Avilés, 2020, 5.

se parte de la idea de que existe una relación entre la normativa de Seguridad Social (RD 1299/2006) y la normativa preventiva (RD 664/1997). En este sentido, se comparte la opinión de los autores que afirman que, si bien, *a priori*, ambas normas tienen finalidades diferentes y pertenecen a ámbitos normativos distintos, no existe una independencia o desconexión absoluta entre ellas³². En todo caso, si se entiende que, ya antes de la normativa de la emergencia, cabía la posibilidad de considerar la COVID-19 como enfermedad profesional, el ámbito de aplicación subjetivo de aquella quedaría muy reducido y, por lo tanto, cabe plantearse a quiénes se aplicaría. En este sentido, la doctrina, ha entendido que los destinatarios de la normativa de la emergencia serían los profesionales de la sanidad y afines que desempeñan su actividad en el citado sector, pero que no están expuestos al virus de forma directa y habitual, pues para quienes sí lo están, la enfermedad profesional tendría que calificarse como enfermedad profesional³³.

Ahora bien, la posición mayoritaria sobre la determinación de cuáles son las enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos en la doctrina judicial anterior a la pandemia era justamente la contraria. En concreto, los Tribunales entendían que la finalidad del RD 664/1997 no es la de completar el cuadro de enfermedades profesionales, incluyendo la relación de enfermedades infecciosas que falta en el cuadro de enfermedades profesionales, pues ello supondría una ampliación desorbitada del concepto de enfermedad profesional, que no puede basarse en el hecho de que el RD 1299/2006 cite el RD 664/1997. Al contrario, en la medida en que el grupo 3 de enfermedades profesionales no enumera enfermedades concretas, pero se refiere a “enfermedades causadas por el trabajo”, se consideraba evidente la necesidad de demostrar o, al menos, presumir su relación con el trabajo³⁴. Una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a esta interpretación mayoritaria y afirma que existen en nuestro ordenamiento jurídico razones de peso para concluir que la remisión del cuadro de enfermedades profesionales al RD 664/1997 ofrece (y ya ofrecía antes de la pandemia) base normativa suficiente para abarcar las infecciones coronavíricas de dicho personal, ya sean o no epidémicas³⁵.

6. CONCLUSIONES

El estudio de la posible consideración de la COVID-19 como enfermedad profesional al margen de lo previsto en la normativa de la emergencia abre la puerta a una

32. Baz Rodríguez 2021, 8.

33. Sirvent Hernández 2021, 149.

34. Véase STSJ Asturias 471/2017, de 28 de febrero de 2017 (recurso núm. 67/2017) y 1857/2014, de 19 de septiembre de 2014 (recurso núm. 837/2014).

35. Baz Rodríguez 2021, p. 9.

reflexión más amplia sobre si en la actualidad tiene sentido seguir regulando las enfermedades profesionales a través de un sistema de lista cerrado. Asimismo, el citado análisis también pone de manifiesto la necesidad de interpretar de forma conjunta la normativa de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales, pues se trata de dos ámbitos del ordenamiento jurídico entre los que existen importantes interconexiones y que no pueden operar como compartimentos estancos. En concreto, durante la pandemia, por un lado, las normas relativas a la Seguridad Social se centraron en la calificación que debería otorgarse al contagio de COVID-19, cuando, en realidad, tomando en consideración la normativa preventiva ya existía una posibilidad de considerar la COVID-19 como enfermedad profesional en sentido estricto, porque el SARS-CoV-2 ya estaba mencionado en el RD 667/1997.

En cualquier caso, en el panorama actual, y con independencia de una posible reforma futura que flexibilice el régimen general de las enfermedades profesionales vigente en España, para evitar tener que realizar interpretaciones conjuntas –y en ocasiones un tanto forzadas– de normas de planos jurídicos diferentes, y en línea lo que está ocurriendo en el ámbito de la UE, se comparte la opinión de los autores que defienden la necesidad de incluir, de forma expresa, la COVID-19 como enfermedad profesional en el RD 1299/2006³⁶. En consecuencia, se defiende la incorporación de la COVID-19 a la lista de enfermedades profesionales con carácter general, y más allá del levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2. Aunque la crisis sanitaria provocada haya mejorado en los últimos meses, la consideración de la COVID-19 como enfermedad profesional está igualmente justificada, como vía para proteger a las personas trabajadoras frente a posibles futuras olas de COVID-19³⁷. De todas maneras, también hay que tener en cuenta que la consideración de la COVID-19 como enfermedad profesional para los citados profesionales podría llegar a plantear ciertos problemas, ya que también es cierto que la citada enfermedad no tiene por qué contraerse necesariamente en el trabajo.

Ahora bien, como se ha tratado de poner de manifiesto a lo largo de todo el trabajo, también existen argumentos sólidos para defender que la COVID-19 puede considerarse igualmente enfermedad profesional, aunque no se cite explícitamente en el RD 1299/2006. En todo caso, si la citada enfermedad acaba incorporándose al listado europeo, de acuerdo con el art. 2.2 RD 1299/2006, el Ministerio de Trabajo y Economía Social tendría que incluir la COVID-19 en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el RD 1299/2006, previo informe del Ministerio de Sanidad.

36. Fernández Fernández 2020, 487.

37. Véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_3117

7. BIBLIOGRAFÍA

- Ballester Pastor, Inmaculada (2022), “La incapacidad temporal generada en situaciones de aislamiento o contagio por COVID-19 no da derecho a la obtención de la mejora convencional prevista en caso de IT derivada de accidente de trabajo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2.
- Baz Rodríguez, Jesús (2021), “La covid-19 como contingencia profesional de seguridad social del personal sanitario y sociosanitario. Análisis diacrónico de un precipitado puzzle normativo (1)”, *Trabajo y Derecho*, 74.
- Fernández Avilés, José Antonio (2020), “Calificación jurídica de las contingencias derivadas del COVID-19 en el sistema español de Seguridad Social (navegando entre «normas ordinarias» y «derecho excepcional»)”, *Noticias CIELO*, 4.
- Fernández Fernández, Roberto (2020), “La inclusión de las dolencias derivadas de la COVID-19 como enfermedad profesional: PROS y CONTRAS”, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, 471-490.
- González Ortega, Santiago (2021), “La naturaleza, común o profesional, de las contingencias provocadas por la covid-19”, *Trabajo y Derecho*, 79-80.
- Legua Rodrigo, María Carmen (2021), “La COVID-19 como nueva enfermedad profesional en el personal sanitario tras la Directiva 2020/739 de la Comisión de 3 de junio”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.
- Martínez Barroso, María de los Reyes (2021), “El contagio por Sars-CoV-2 en el medio laboral. Entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional”, *Semergen. revista española de medicina de familia*, 2, 69-71.
- Sirvent Hernández, Nancy (2021), “Medidas excepcionales de Seguridad Social en el contexto de la pandemia. La extensión de los supuestos de baja laboral por incapacidad temporal y presunción iuris et de iure del origen profesional de la contingencia”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 455, 117-151.
- Torres García, Bárbara (2021), “El derecho a la protección de la salud en el trabajo frente a los riesgos del COVID-19”, *IUSLabor*, 1.

MUJERES DE LA SALUD: ENTRE EL TRABAJO Y LA VIDA
COTIDIANA. UN ESTUDIO DE LOS FACTORES QUE INFLUYEN
EN EL ROL QUE ASUMEN LAS MUJERES PROFESIONALES DEL
SECTOR SALUD DE LA CIUDAD DE SANTA FE, ARGENTINA (*)

WOMEN IN HEALTH: BETWEEN WORK AND EVERYDAY LIFE. A STUDY OF
THE FACTORS THAT INFLUENCE THE ROLE ASSUMED BY PROFESSIONAL
WOMEN IN THE HEALTH SECTOR IN THE CITY OF SANTA FE, ARGENTINA.

Silvia Morales Carrizo
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-Sede Santa Fe
Orcid: 0000-0002-2154-4395
smoralescarrizo@gmail.com

RESUMEN: El presente artículo tiene como foco de atención al trabajo y los factores que influyen en el rol de las mujeres profesionales del Sector Salud de la ciudad de Santa Fe, Argentina. En ese marco, debido a la presencia de las mujeres en dicho sector, y a los elevados niveles educativos que representan, constituyen la columna vertebral del sistema de salud. Sin embargo, estas mujeres desarrollan su tarea en un contexto de condiciones laborales de alta vulnerabilidad sanitaria, social y económica. A partir de allí, la pregunta que surge es: ¿existen determinados factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud (público y privado) en la ciudad de Santa Fe?. Para dar respuestas a este interrogante se utiliza la metodología cuantitativa mediante la aplicación de una encuesta destinada a mujeres profesionales de la Salud. El trabajo concluye en que, debido a la importancia de la labor que desarrollan estas mujeres, resulta necesario y urgente, generar

* Proyecto de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas-UCES. Equipo Sede Santa Fe: Lic. Anahel Caballeri, Lic. Florencia Gutiérrez, Lic. Paula Vinderola, Lic. Gerónimo Palacios. Alumna asistente de investigación de la Facultad: Camila Romero

Recibido: 31-10-2022; Aceptado: 22-11-2022; Versión definitiva: 16-12-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 181-225
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.06>

las condiciones que preserven su salud, seguridad y estabilidad económica, para asegurar el rol de la mujer en el Sector de la Salud, como mediadora fundamental del bienestar de toda la población.

PALABRAS CLAVE: mujeres; trabajo; sector salud; vida cotidiana; condiciones laborales.

ABSTRACT: This article has focused the attention on work and the factors that have influenced in the role of professional women of the Health Sector in the city of Santa Fe, Argentina. In this framework, due to the presence of women in the sector, and the educative high levels they represent, they have become the spine of the health system. Nevertheless, these women develop their duties in a context of labor conditions with high vulnerability towards sanitary, social and economical. In this point, the question that comes up is ¿Are there selected factors that influence in the role those professional women assume in the health sector (public and private) in the city of Santa Fe? To answer this question, it is used a quantitative methodology by the application of a survey destined to professional women of the Health Area. The work concludes that, due to the importance of the labor developed by these women, it becomes necessary and urgent, to generate conditions to preserve their health, security and economical stability, to ensure the role of the woman in the Health Sector as fundamental mediator the well-being of the whole population.

KEYWORDS: women; work; health sector; daily life; labor conditions

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS METODOLÓGICOS. 3. TRABAJO Y GÉNERO: LA CENTRALIDAD DE LA MUJER EN EL SECTOR DE LA SALUD. 4. TRABAJO-FAMILIA-MUJER-SECTOR SALUD: UNA DIFÍCIL CONCILIACIÓN. 5. EL COMPLICADO Y COMPLICANTE ROL DE LA MUJER FRENTE A LA VIOLENCIA LABORAL. 6. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS Y DISCUSIÓN. 6.1. Conciliación trabajo-familia. 6.2. Condiciones laborales. 6.2.1. *Relación actividad extra-laboral según sector y profesión.* 6.2.2. *Estudia actualmente otra carrera o profesión.* 6.2.3. *Percepción salario justo* 6.2.4. *Relación salario justo-según profesión y sector.* 6.2.5. *Opiniones sobre la percepción de los salarios.* 6.2.6. Percepción proyección de futuro – según sector. 6.3. Violencia laboral. 6.3.1. Experiencias de hostigamiento. 6.3.2. Comunicación a la organización sobre la situación vivida. 6.3.3. Relación situación de hostigamiento-según sector y profesión. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el resultado de un estudio que se inscribe en el marco de un proyecto de investigación de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Facultad de Ciencias Económicas, con sede en la ciudad de Santa Fe, Argentina. El

estudio tiene como foco de atención al trabajo y los factores que influyen en el rol de las mujeres profesionales del Sector Salud (público y privado) santafesino.

En ese marco, el dato disparador que inspiró esta investigación, es que, en Argentina, en los últimos años, las mujeres constituyen el 70% del empleo en el sector de la salud, lo que a su vez representa un 9,8% del total de las mujeres ocupadas del país. El sector se caracteriza por contar con una fuerza de trabajo que presenta niveles educativos considerablemente superiores a la media, característica que también se observa en el caso de las mujeres ocupadas en el sector. De hecho, el 62% de las trabajadoras de la salud cuenta con estudios superiores (terciarios, universitarios o posgrado), mientras que este porcentaje se reduce a menos del 30% en el caso del resto de trabajadoras¹.

Por tanto, pensar en el rol de las mujeres, más aún, de las mujeres profesionales (médicas, enfermeras y otras profesiones) que desarrollan su labor diaria en Centros de Salud de la ciudad, es clave.

En general, el mundo laboral femenino, se encuentra atravesado por una serie de factores, que, a pesar de los avances en materia de inclusión de las mujeres en el ámbito laboral a nivel global, aún hoy se convierten en verdaderas problemáticas y desafíos que tienen que afrontar. Particularmente, la interferencia entre los ámbitos laboral y familiar deviene en un conflicto trabajo-familia, como un conflicto interrol, en el que los comportamientos a realizar en un determinado rol laboral son incompatibles con expectativas propias del rol familiar o viceversa². Esta problemática se complejiza, cuando se piensa en ámbitos laborales como el de la Salud, en donde las mujeres, se enfrentan a situaciones de “curar, cuidar y salvar vidas”³, por lo cual asumen una labor intensa, tensionante y estresante, que, en gran parte, condiciona sus vidas cotidianas.

Lo cierto es que, a pesar de ser la columna vertebral del sistema de salud, las trabajadoras de este sector, se encuentran desarrollando su tarea en un contexto de alta vulnerabilidad sanitaria, social y económica. Otro aspecto de las condiciones de trabajo del sector a tener en cuenta, es la mayor prevalencia de episodios de violencia y acoso laboral. Por las características de la actividad que realiza, todo el personal sanitario está mayormente expuesto a situaciones de agresión o acoso, en comparación con el resto de actividades⁴.

Ahora bien, frente a esta problemática, surgen los siguientes interrogantes: ¿cómo impacta la conciliación de la vida familiar y laboral en el rol que asumen las mujeres profesionales de la salud? ¿qué condiciones laborales influyen en su desarrollo profesional? ¿es posible encontrar la existencia de situaciones de violencia laboral en estas mujeres? En definitiva, el interrogante central es: ¿existen determinados factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud (público

1. East *et al.*, 2020.

2. Álvarez y Gómez, 2011.

3. Huerta, 1997.

4. East et al 2020.

y privado) en la ciudad de Santa Fe?. Para responder a esta pregunta el objetivo general que guía esta investigación es: evaluar determinados factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud (público y privado) en la ciudad de Santa Fe (2021-2022).

Para responder a estos interrogantes, el trabajo se estructura en 5 secciones; en la primera de ellas se presentan los aspectos metodológicos que guiaron la investigación; en la segunda, se explican en términos teóricos, determinadas condiciones que ponen el foco de atención en la centralidad que tiene el rol de la mujer en el sector de la salud; en la tercera sección, se describen conceptos que permiten comprender la combinación, trabajo-familia-mujer-sector salud como una difícil conciliación; en la cuarta sección, se exponen aspectos relacionados con el rol la mujer frente a la violencia laboral, especialmente en el sector de la salud. En el quinto apartado, se presenta el análisis de los resultados, a través de la exposición de tablas, gráficos y cuadros con sus correspondientes informes y discusión. Finalmente, se destacan los hallazgos más notables de esta investigación, y se proponen acciones en las tres dimensiones estudiadas. Acciones que, forman parte de los esfuerzos institucionales indispensables, tendientes a asegurar que el rol de las mujeres profesionales en el Sector de la Salud, garantice, en definitiva, el bienestar de toda la población.

Por todo lo expuesto hasta aquí, se infiere que, realizar este tipo de investigaciones resultan imprescindibles, a lo que se suman dos motivos fundamentales: el primero de ellos, la ausencia o cierta vacancia de estudios realizados en la ciudad de Santa Fe respecto al sector salud en general, y de las condiciones laborales de las mujeres en particular. En segundo lugar, si bien las normativas a nivel nacional, referidas al género y su vinculación con el mundo del trabajo cobran un rol central en los últimos años, especialmente en el sector público (Ley Micaela, Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Genero, 2022-2024, entre otras), a nivel provincial, hay cierta vacancia en este punto, principalmente en lo que respecta a la trilogía trabajo– mujer-sector salud.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para el cumplimiento del objetivo general de evaluar determinados factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud (público y privado) en la ciudad de Santa Fe (2021-2022), se plantearon tres objetivos específicos que guiaron esta investigación, a saber: 1– Analizar el impacto de la conciliación trabajo familia. 2-Evaluar determinadas condiciones laborales que influyen en el desarrollo profesional. 3– Descubrir y analizar la existencia de situaciones de violencia laboral.

Para el logro de estos propósitos, y en función de su alcance, se diseñó un estudio de tipo descriptivo, correlacional y explicativo. Al mismo tiempo, se trabajó con

metodología cuantitativa mediante la administración de una encuesta como herramienta metodológica, que se envió en modo electrónico a través de un formulario facilitado por Google.

Resulta importante destacar que, debido a la complejidad del contexto laboral (ex post pandemia Covid-19) del sector salud santafesino, el tipo de muestra utilizado fue “no probabilístico”. La selección de dicha muestra estuvo conformada por 60 “mujeres⁵ profesionales” del sector (público y privado), pertenecientes a Hospitales públicos y Centros de Salud privados de la ciudad de Santa Fe, quienes participaron de la encuesta en calidad de voluntarias, entre los meses de noviembre de 2021 y febrero de 2022. Asimismo, la muestra se dividió en tres categorías: 1-médicas; 2-enfermeras; 3-otras profesiones: kinesiólogas, radiólogas, psicólogas, terapistas ocupacionales, nutricionistas, bioquímicas, odontólogas, extraccionistas y licenciadas en trabajo social.

La recolección de los datos se realizó a través del software SPSS (Statistical Package for the Social Sciences) que facilitó la recopilación de numerosos gráficos y tablas que permitieron realizar el análisis de los resultados obtenidos.

3. TRABAJO Y GÉNERO: LA CENTRALIDAD DE LA MUJER EN EL SECTOR DE LA SALUD

Para algunos, el trabajo como actividad productiva y transformadora está relacionado intrínsecamente y ontológicamente con la constitución del individuo a nivel social⁶. De allí que el trabajo sea un punto de referencia económico, psicológico, cultural y simbólicamente dominante y, por tanto, el principal elemento de inclusión del

5. Vale destacar que, este tipo de diseño de investigación, tiene un objetivo meramente descriptivo y explicativo, por tanto, en esta etapa del proyecto, el estudio no presenta el propósito de comparar dos poblaciones, para este caso: mujeres y hombres, sino más bien, el foco de atención estuvo puesto en las mujeres, a sabiendas de lo que la literatura académica sostiene a través de los resultados de diversos estudios que demuestran, el aporte del género a la problematización de las políticas de recursos humanos en salud. Más aún, estudios nacionales e internacionales, dan cuenta de que las condiciones laborales en salud, impiden el cubrimiento adecuado de, por lo menos, las necesidades básicas, disminuyendo así la calidad de vida de las personas ocupadas en este sector, que son principalmente mujeres, y que se ven desproporcionalmente más afectadas, lo cual refleja una discriminación velada y estructural. En el mismo sentido, aunque quede por demostrar la relación entre la “feminización” del sector y la precarización del trabajo, esta precariedad hace posible inferir el bajo reconocimiento social de los trabajos que realizan las mujeres. Por todos estos motivos, en esta etapa del proceso de investigación del proyecto que nos ocupa, los hombres, no han sido parte de esta indagación. No obstante, queda pendiente a futuro, el firme propósito de realizar un estudio comparativo con referencia a las mismas temáticas aquí abordadas, pero tomando como foco de atención, las experiencias de los hombres del sector salud y su comparación con las mujeres.

6. Arendt, 2002; Sennett 2000; Lessa, 2002; Marx, 1867/1980

individuo en la sociedad⁷, y por tanto se constituye en un aspecto clave y estructurante y regulador de la vida personal, mediante procesos de socialización, brindando los elementos para desempeñar roles sociales y generar el ámbito social como tal⁸.

Es en este punto, donde la “mujer” cobra un rol fundamental, dado que, una de las transformaciones más importantes de los últimos tiempos, es su incorporación al mercado de trabajo que, lejos de distanciarla de su rol tradicional reproductor en la familia, ha promovido la doble carga de una jornada dual, dividida entre su papel doméstico de cuidados y de tareas en el hogar, y su rol productor en el mercado laboral⁹.

Diversas teorías han intentado explicar esta problemática, en donde el rol de la mujer aparece dissociado al del hombre. Así, la teoría de la segmentación y la teoría de la discriminación, señalan las características permanentes en tiempo y espacio que separan el trabajo femenino del masculino, tales como, mayores tasas de ocupación masculina, diferencias salariales, segmentación vertical (las mujeres ocupan posiciones jerárquicamente bajas), segmentación horizontal (instala a las mujeres en determinadas ocupaciones, consideradas de menor valor, con salarios más bajos y condiciones más precarias de empleo), mayor volumen de trabajo doméstico remunerado y no remunerado realizado por mujeres y concentración de estas en los sectores más pobres de la población trabajadora¹⁰.

Por tanto, las desigualdades de género en el ámbito laboral tienen su origen, al menos en parte, en la marcada división sexual del trabajo, que atribuye a las mujeres un papel más relevante en el trabajo doméstico y a los hombres en el remunerado. Más aún, las mujeres tienen relaciones contractuales más desfavorables, mayor exposición a riesgos psicosociales y mayor prevalencia de acoso sexual, discriminación y trastornos musculoesqueléticos¹¹.

Las consecuencias han derivado en la segregación en el mercado de trabajo, una diferenciación tanto vertical (ya que la mujer no alcanza los niveles de los varones en las posiciones directivas) como horizontal (con puestos asignados tradicionalmente a posiciones femeninas y masculinas). Sus principales efectos son la brecha salarial entre ambos géneros, el alto porcentaje de contratos a tiempo parcial, y la difícil conciliación temporal entre la doble jornada¹².

Ahora bien, uno de los sectores donde más se visibiliza la presencia femenina en el mercado laboral, tanto a nivel mundial como local, es sin dudas, en el sector de la salud. Esta segmentación explica la significativa brecha salarial de género que todavía persiste en el sector, así como la mayor incidencia de la informalidad entre las

7. García Roa y Tapias Torrado, 2012

8. Blanch, 1996; Luque, Gómez y Cruces, 2000; Rentería, 2001

9. Sabater, 2014.

10. *Ibidem*

11. Campos Serna *et al*, 2012

12. Sabater 2014, *Ibidem*

trabajadoras¹³. En América Latina, los ingresos de las mujeres que trabajan en el sector salud son un 25 % inferiores a los de los varones del mismo sector¹⁴. Ello conduce a una marcada diferencia entre mujeres y varones en el acceso a derechos laborales tales como las licencias por enfermedad, la cobertura por accidente o enfermedad profesional y el acceso a obra social.

En tanto que, las mismas autoras, destacan que existen importantes diferencias en las condiciones de trabajo. Por ejemplo, los salarios de las trabajadoras de la salud se sitúan significativamente por debajo de los percibidos por los varones del sector. Otro aspecto de las condiciones de trabajo del sector a tener en cuenta es la mayor prevalencia de episodios de violencia y acoso laboral. Por las características de la actividad que realiza, todo el personal sanitario está mayormente expuesto a situaciones de agresión o acoso, en comparación con el resto de actividades. Este fenómeno observado en Argentina es común a la mayoría de los países, donde el personal sanitario registra los niveles de violencia más elevados.

Un caso singular, se presenta en el área de enfermería, la cual ha contado con un personal mayoritariamente femenino. Si bien las instituciones han ido incorporando hombres a la enfermería, todavía se trata de un grupo minoritario. En el campo de la salud por tradición se acepta como un hecho natural que el hombre desempeñe el papel de médico y la mujer el de enfermera. La imagen se asocia automáticamente con atributos socialmente considerados como “masculinos” (competencia, ambición, independencia, dominación); en cambio, a la mujer corresponden rasgos que vinculan la femineidad a la sumisión, la compasión, la pasividad y la emotividad compatibles con las funciones de la enfermera, pero no con las del médico¹⁵.

Por otro lado, se suma el rol profesional de las médicas en el sistema de salud, en donde se presenta una inadecuación entre el reconocimiento social y el diseño del modelo de atención: si bien éste establece que la base del sistema es el primer nivel de atención, el reconocimiento y el prestigio profesional médicos, están ligados a la atención en los niveles de mayor complejidad. Es decir, descalifica a las profesionales y técnicas a cargo del servicio y para el propio servicio, al mismo tiempo que no se valoriza la importancia de este nivel, que es considerado una suerte de destino “desfavorable” para las trabajadoras¹⁶.

Con todo, la mujer, en virtud de las funciones asignadas a cada género, sigue siendo proveedora de atención de salud, y tiene la principal responsabilidad del cuidado y de la atención de las necesidades básicas de los demás. Es por ello que el papel de la mujer en los servicios de salud puede considerarse como una extensión de

13. East et al 2020, *Ibidem*

14. ONU Mujeres, 2020.

15. Huerta, 1997

16. Rico y Marco, 2006

sus funciones de cuidado en el ámbito doméstico; la división del trabajo en el hogar por sexo se traslada al lugar de trabajo¹⁷.

Los resultados de diversas investigaciones, constatan que en el sector salud se discrimina a las mujeres en la remuneración y en el acceso al poder. También revelan una actividad laboral de baja calidad que obstaculiza la inclusión social, la dignidad y la libertad de las mujeres trabajadoras, a quienes afecta desproporcionalmente. Dicha situación permite inferir que el modelo de gestión de recursos humanos vigente en el sector limita la equidad en salud. Esta dimensión requiere una consideración específica, porque el principal trabajo que se desarrolla en el sector el empleo en salud, tradicionalmente se ha visto como una extensión de los roles reproductivos y de cuidado, derivados de un rol materno asignado única y exclusivamente a las mujeres, lo cual puede hacer que se traslade la invisibilidad y subvaloración de la esfera reproductiva al ámbito del empleo de las mujeres del sector¹⁸. En otras palabras, en el sector salud, las mujeres desempeñan roles que a menudo las exponen a riesgos para sus vidas, su salud y la de sus familias, asumiendo además mayores costos físicos y emocionales debido a jornadas extendidas y extenuantes, alejadas de sus hogares¹⁹.

Lo cierto es que, en Argentina, a partir de las transformaciones de la década de 1997, este modelo de análisis en el campo de la salud se trasladó desde el nivel nacional al ámbito provincial y municipal. Por tanto, la dirección de la política laboral del sector salud es producto de las negociaciones, presiones y conflictos a nivel local, más allá del marco general que otorga la política nacional. Las instituciones de salud han dejado de ser espacios de desarrollo personal y profesional, y se ha promovido una estratificación de tareas permeada por mecanismos de segregación genérica, en donde predominan las mujeres en una conjunción doblemente desgastante²⁰.

Con todo, el trabajo en salud es intenso, sobre todo en los servicios de urgencias y unidades de cuidados intensivos, donde se combina una gran responsabilidad y una continua disponibilidad a las necesidades de los enfermos, que resultan agotadoras y producen estrés emocional. La búsqueda de la optimización del rendimiento de las instituciones de salud, cuyo funcionamiento se basa esencialmente en el recurso humano, pasa por un nuevo planteamiento de la organización del trabajo y, por consiguiente, de las condiciones en que se efectúa. La calidad y la fiabilidad (eficiencia) de los servicios (cuidados), objetivo fundamental de las estructuras sanitarias, son estrechamente dependientes de estas condiciones²¹.

17. Huerta 1997, *Ibidem*

18. García-Roa y Tapias-Torrado 2012, *Ibidem*

19. ONU Mujeres; IDLO; PNUD; UNODC; Pathfinders for Peaceful, 2020

20. Rico y Marco 2006, *Ibidem*

21. Huerta 1997, *Ibidem*

4. TRABAJO-FAMILIA-MUJER-SECTOR SALUD: UNA DIFÍCIL CONCILIACIÓN

El concepto de interacción trabajo-familia es definido como un proceso en el que el comportamiento de un trabajador o trabajadora, en un dominio (por ejemplo, en el hogar) es influido por determinadas ideas y situaciones (positivas o negativas) que se han construido y/o vivido en el otro dominio (por ejemplo, en el trabajo)²².

Ahora bien, la conciliación de la vida familiar y laboral no se puede desarrollar en la sociedad contemporánea por las mayores exigencias de productividad. La dedicación al mercado laboral influye de forma negativa en el mantenimiento de la familia, provocando efectos como la disminución de la natalidad y la búsqueda de apoyos externos, mediante organizaciones tanto internas familiares, como organizaciones externas que extienden el tiempo al cuidado de la infancia y de la tercera y cuarta edad. Más aún, este desarrollo ha producido que la conciliación de la vida laboral y familiar sea un problema social de las mujeres trabajadoras, que ven cómo se duplica su jornada laboral. En este escenario de nuevas formas de relación trabajo productivo-sociedad, el indicador más evidente del desajuste producido entre los dos espacios: laboral y familiar, ha sido el descenso de la natalidad. Este factor es básico para el retraso de la llegada de los hijos/as (en 2012, alcanzó el máximo histórico de 31,5 años) o, incluso, de las mujeres que renuncian, limitan o posponen la formación de nuevos hogares²³.

El conflicto es ineludible, dice Sabatier, en una situación de crisis que implica renunciaciones en uno u otro eje según la disponibilidad temporal y pecuniaria de las familias, y conlleva nuevas situaciones familiares, con el incremento de divorcios y separaciones, el aumento de familias monoparentales, el fenómeno de las familias reconstituidas, los nacimientos con un solo progenitor, las parejas de homosexuales, etc.

En este escenario, uno de los aspectos fundamentales sobre los que hay que sensibilizar, es la necesidad de transformar la “maternalización del rol de las trabajadoras de salud”. Es necesario establecer cuál es el grado de involucramiento más operativo: entre la identificación total y la despersonalización, se debe encontrar la manera de intervenir más eficazmente. Resulta necesario romper la simetría entre el trabajo doméstico y el trabajo en salud, por tanto, se requiere promover medidas que apunten a la conciliación trabajo/familia para los miembros de las organizaciones. A su vez, es importante fortalecer el trabajo de articulación de cada organización en redes de cooperación interorganizacional y con el sector público para sumar acciones y esfuerzos que garanticen la salud de la población en un contexto de equidad²⁴.

22. Geurts, 2005

23. Sabater 2014, *Ibidem*

24. Rico y Marco 2006, *Ibidem*

Más aún, en lo que respecta al sector salud de Argentina, una proporción muy alta de las trabajadoras en salud, son jefas de hogar (el 48 %, frente al 41 % en el caso del resto de trabajadoras) y el 53,8 % tiene a cargo menores de 18 años, de las cuales el 28,7 % tiene hijas o hijos menores de 5 años. Esta situación refleja la doble carga de cuidado que enfrentan las trabajadoras de la salud, quienes combinan su trabajo remunerado en tareas de cuidado con el cuidado no remunerado en sus hogares, muchas veces monomarentales y con presencia de niñas y niños²⁵.

Concretamente, las trabajadoras de la salud realizan casi una hora más por día de trabajo doméstico no remunerado en comparación con sus colegas varones. El hecho de que un porcentaje tan alto de ellas esté económicamente a cargo de un hogar con presencia de niñas y niños, introduce una vulnerabilidad adicional que no siempre está acompañada de altos ingresos, por lo que, muchas trabajadoras de la salud deben acudir a sus redes familiares para el cuidado de sus niñas y niños²⁶. Sumado a lo anterior, la mujer renuncia a actividades como sus aficiones, las reuniones, el deporte, los medios de comunicación y la vida social por su dedicación a las tareas del hogar y de cuidados²⁷.

5. EL COMPLICADO Y COMPLICANTE ROL DE LA MUJER FRENTE A LA VIOLENCIA LABORAL

De lo dicho en los apartados anteriores se infiere que, por años y años, las mujeres han sido proveedoras de una gran parte de servicios y atención a la salud en diversas instituciones sociales y familiares. En consecuencia, es en la población femenina donde está una gran parte no sólo de los conocimientos médicos, sino de la parte médica real: es decir, la práctica de curar enfermedades. Más aún, una enfermedad, el sufrimiento, la incapacidad y la eminencia de muerte, también enfrentan al paciente y a sus familiares con problemas de ajuste emocional, lo que puede plantear a las mujeres profesionales de la salud, ciertos problemas de ajuste personal. Solo por dar un ejemplo, las enfermeras adoptan un grado de responsabilidad importante, y en ocasiones, tienen que reprimir sus sentimientos o contener sus emociones a fin de poder promover el bienestar de las personas que atienden. Son inevitables las presiones a las que están sujetas, especialmente cuando tienen a su cargo el cuidado de personas²⁸.

Sin embargo, su rol sigue y seguirá siendo fundamental, ya que de todas maneras ellas tienen que “sacar el trabajo”, porque ellas trabajan con vidas humanas²⁹.

25. East et al 2020, *Ibidem*

26. East et al 2020, *Ídem*

27. Sabater 2014, *Ibidem*

28. Huerta 1997, *Ibidem*

29. Sánchez y Montoya, 2003

Por otro lado, resulta importante destacar que, debido el acoso que sufren las mujeres en sus trabajos no es fácil de enfrentar, por tanto, el miedo de víctimas y testigos a perder el empleo y la revictimización que sufren las afectadas durante los procesos judiciales, desalientan la denuncia. En este sentido, la comunicación de riesgo de la violencia laboral de género: aborda el diseño e implementación de acciones en torno a la comunicación de riesgo frente a las causas y efectos de la violencia laboral de género en los equipos de trabajo y en la organización; enfatizando la deconstrucción de los estereotipos de género predominantes en el sector salud³⁰.

En este punto, es donde emerge el concepto de violencia o maltrato laboral, dado que, la enorme mayoría de los estudios académicos, así como los informes de organismos internacionales como OMS y OIT coinciden en afirmar que el sector laboral más expuesto a la violencia laboral es el sector salud. La información existente da cuenta de modo claro que la agresión verbal y las amenazas de violencia son mucho más comunes que la violencia física³¹.

Por ejemplo, en la Unión Europea el sector de la salud ocupó el lugar más alto en materia de exposición a la violencia y el acoso (OIT, 2019). En Argentina, el riesgo dentro del sector es significativamente mayor en las mujeres que en los varones. En comparación con sus colegas varones, las trabajadoras de la salud realizan en promedio más horas extras, son más vulnerables a episodios de violencia laboral³².

Ahora bien, atendiendo a la centralidad del trabajo ya mencionada, la VL ha sido considerada la epidemia del siglo XXI, siendo identificada como uno de los mayores estresores en el trabajo, debido a su magnitud y a los nocivos efectos en las personas y las organizaciones³³. De este modo, tal es el impacto de la VL en el sector salud que se evidencian repercusiones negativas en la atención a pacientes³⁴ puesto que la calidad de atención se encuentra mediada por los funcionarios del área³⁵.

Siguiendo este orden de ideas, otra forma de identificar a la VL desde el concepto de intimidación en el lugar de trabajo, esto es, “la exposición directa a un comportamiento negativo, sistemático y prolongado en el trabajo” proveniente de superiores, compañeros de trabajo, subalternos y/o usuarios³⁶.

Otros autores, ponen atención en los estilos de liderazgo, y señalan que presentan un fuerte vínculo con la VL y la salud mental. Tal es el vínculo entre el liderazgo y VL, que el mismo autor, definió un tipo de VL interna (mobbing) como la tiranía

30. Espina Sandoval *et al*, 2021

31. Wlosko y Ros, 2008

32. East et al 2020, *Ibidem*

33. Di Martino, 2002; 2003

34. Cavanaugh, 2014; Yada, 2014

35. Who, 2000

36. Palma et al, 2022

de un líder que muestra su poder por medio de la arbitrariedad, el auto engrandecimiento y el menosprecio de los subordinados³⁷.

Particularmente, la exposición a liderazgo tiránico –en que el líder manipula y humilla a los subordinados para que hagan el trabajo con el fin de resguardar los intereses de la organización, sin importar el bienestar de los/as trabajadores/as³⁸– se ha relacionado positivamente con la VL³⁹. Con todo, se infiere la relevancia de considerar la importancia de la asimetría de poder al estudiar la violencia al interior de las organizaciones⁴⁰

En el mismo sentido, la violencia erosiona las bases de la convivencia en una organización, afectando la calidad del ambiente y clima organizacional. A nivel de las personas, los efectos de la violencia no sólo se restringen a las relaciones entre trabajadoras/es, sino que se alojan en los cuerpos silenciosamente. La violencia no sólo tiene serias repercusiones en la vida de la persona que la sufre, afectando su autoestima, su calidad de vida y su desempeño laboral, sino que también afecta su entorno familiar y su equipo de trabajo⁴¹.

En otro orden de ideas, la falta de reciprocidad entre los esfuerzos invertidos y las recompensas recibidas –perspectivas de promoción, seguridad en el empleo, estima relacionada con el desempeño– provoca fuertes emociones negativas y ello puede conducir a conflictos interpersonales que, si no se resuelven adecuadamente, resulten en violencia tanto entre trabajadores como de parte de los usuarios, esto último por el deterioro de la calidad de la atención que puede producirse⁴². Por otro lado, el desbalance esfuerzo-recompensa, independientemente de la intensidad de la VL, puede afectar la salud mental, particularmente en mujeres⁴³.

Asimismo, otra consecuencia de la sobrecarga de trabajo es la reducción y empobrecimiento de los mecanismos de comunicación y cooperación entre trabajadores y trabajadoras. La rivalidad y competencia desata conflictos interpersonales que invisibilizan las responsabilidades de la organización y los empleadores respecto de las dificultades que plantea el trabajo (“trabajamos de más porque fulanito no vino”, y no porque la organización no contrata personal suficiente, por ejemplo). De este modo, los trabajadores terminan acusándose mutuamente de insuficiencia e incompetencia; psicologizando los conflictos (tal es “loco”, tal es “perverso”, “tal enfermera es chismosa”, etc.)⁴⁴.

37. Ashforth, 1994

38. Einarsen, 2007, 2010

39. Hoel, 2010

40. Díaz Berr, 2017; Escartín, 2012; Krieger, 2001; Wlosko y Ros, 2008; Salin, 2003

41. Espina Sandoval *et al* 2021, *Ibidem*

42. Siegrist, 2009

43. López y Cabarcos, 2017

44. Wlosko y Ros, *Ibidem*

Más aún, en la articulación trabajo/calidad de vida es donde surge la definición conceptual de “maltrato laboral” a la experiencia laboral de sufrir de modo sistemático un acoso, agravio, daño, lesión, ataque, en distintos aspectos del mundo personal y laboral, que se manifiesta de modo preferencial, en el ámbito laboral, aunque las acciones pueden invadir asimismo la esfera privada del individuo. Implica a nivel de interacción humana un abuso de poder sobre la víctima, y a nivel organizacional –de perpetuarse estas acciones– el predominio de disvalores en cuanto a comportamientos de infracción y/o transgresión al valor del respeto a las personas⁴⁵.

Así, las formas de identificarlo se visibilizan en situaciones de hostigamiento, tales como: descalificaciones y desvalorizaciones verbales, indiferencia y aislamiento al maltratado, acoso sexual, maltrato físico y agresiones corporales, injurias, mentiras y amenazas, el no conseguir un trabajo acorde a las capacidades propias y estudios realizados y dejar a la persona sin lugar o elementos adecuados para desempeñar su trabajo. Las consecuencias de todo son: renuncia al trabajo, enfermedades, estrés, se cometen errores, ausencias, autodescalificación, angustia, depresión, solicitud ayuda profesional, legal, etc⁴⁶.

Por otro lado, en cuanto al acoso en el lugar de trabajo, se entiende cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo. Para esta autora, se puede tratar simplemente de un abuso de poder: un superior –generalmente directivo del sector medio– hace un uso excesivo de su posición jerárquica y acosa a sus subordinados por miedo a perder el control⁴⁷.

Con todo, se infiere la imperiosa necesidad de concienciación y compromiso con el Buen Trato Laboral, erradicando la Violencia de Género que busca desarrollar conciencia sobre la importancia de generar relaciones saludables en el contexto laboral, comprometiendo a toda la comunidad funcionaria con el buen trato laboral, la conciencia sobre la violencia de género en el trabajo, como una vulneración a la dignidad de la persona⁴⁸.

6. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación, se presenta el análisis de los resultados obtenidos a través de las encuestas aplicadas a 60 mujeres profesionales del sector salud público y privado de la

45. Pérez Jáuregui, 2011

46. Pérez Jáuregui, Ídem

47. Irigoyen, 2001

48. Espina Sandoval *et al* 2021, *Ibidem*.

ciudad de Santa Fe entre los meses de noviembre de 2021 y febrero de 2022. En la Tabla 1 se observa: el número de casos con sus porcentajes, según profesión. En la Tabla 2 se muestra la cantidad de mujeres profesionales por sector.

Tabla 1.

Profesiones

Profesión	Nº de casos	Porcentaje
Enfermera	10	16,7
Médica	30	50,0
Otras profesiones	20	33,3
Total	60	100,0

Fuente: Elaboración Propia

Tabla 2.

Sector de la Salud

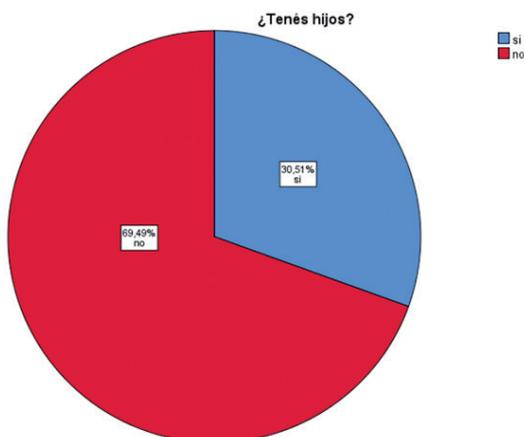
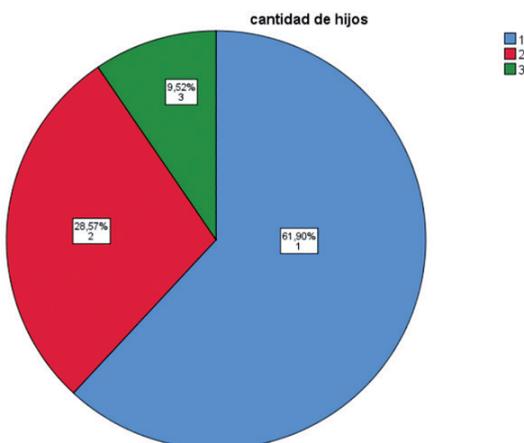
Sector	Nº de casos	Porcentaje
Público	28	46,7
Privado	32	53,3
Total	60	100,0

Fuente: Elaboración Propia

6.1. Conciliación trabajo-familia

6.1.1. *Mujeres profesionales sector salud - hijos - edad*

En el Gráfico 1, se observa que, del total de las profesionales que participaron de la encuesta, resultó que la mayoría de ellas (69,49%) no tiene hijos/as y, sólo el 30,51% respondió que tiene hijos/as. Mientras que, en el Gráfico 2, se muestra que, del total de las profesionales que tienen hijo/as, el 61,90% de ellas, respondió que tiene un solo hijo/a; el 28,57% respondió que tiene dos hijos/as y solo el 9,52% tiene tres hijos/as. Por tanto, la mayoría optó por tener un solo hijo.

Gráfico 1.*Mujeres profesionales Sector Salud-Tienen hijos**Fuente:* Elaboración Propia**Gráfico 2.***Mujeres profesionales Sector Salud-Cantidad de hijos**Fuente:* Elaboración Propia

Ahora bien, para confirmar los datos de los gráficos anteriores en la Tabla 3, se observa que, cuando se compara la cantidad de hijos con la edad de las profesionales encuestadas, del total de la muestra de 60 casos, solo 21 mujeres respondieron que tienen hijos. De esos 21 casos, 13 de ellas respondieron que tienen 1 solo hijo;

6 tienen 2 hijos y solo 2 de ellas tienen 3 hijos. Más aún, las edades de quienes tienen hijos oscilan entre los 29 y 58 años. Las mujeres más jóvenes, no han optado aún por tenerlos, o bien, han retrasado esta decisión. Estos datos resultan significativos a la hora de analizar los actuales escenarios del mundo del trabajo, de nuevas formas de relación trabajo productivo-sociedad, en donde el indicador más evidente del desajuste producido entre los dos espacios: laboral y familiar, ha sido el descenso de la natalidad. Este factor es básico para el retraso de la llegada de los hijos/as (en 2012, alcanzó el máximo histórico de 31,5 años) o, incluso, de las mujeres que renuncian, limitan o posponen la formación de nuevos hogares⁴⁹.

Tabla 3.

Cantidad de hijos/as-Edad

Cantidad de Hijo/as	Edad	Cantidad de Hijo/as	Edad	Cantidad de Hijo/as	Edad
	29		35		36
	29		37	3	40
1	31	2	49		
	31		50		
	32		53		
	35		58		
	38				
	40				
	41				
	44				
	45				
	50				
	55				
Subtotal	13		6		2
Total tienen hijo/as	21				

Fuente: Elaboración Propia

49. Sabater 2014, *Ibidem*

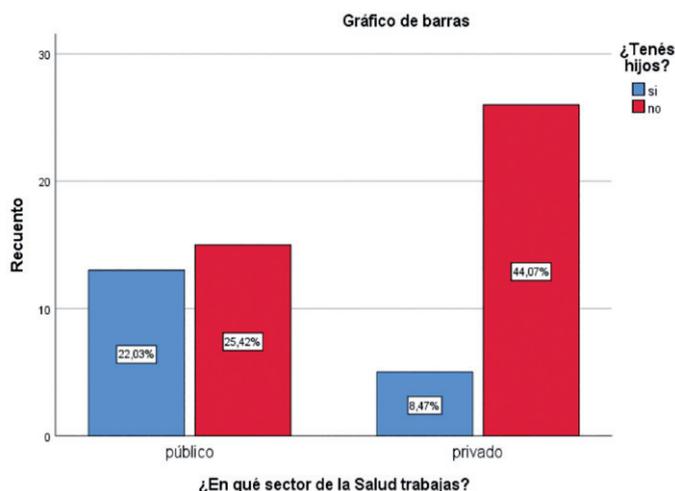
6.1.2. Relación hijos-sector-profesión

Ahora bien, si se tiene en cuenta la relación entre tener hijos y el sector de la salud para el que trabajan las mujeres encuestadas, en el Gráfico 3 se observa que, del 69,49% que manifestó no tener hijos, un 25,42% pertenece al sector público, frente a un 44,07% del sector privado, razón por la cual, es en este último sector, donde la opción de no tener hijos es la más común. Por otro lado, la opción de tener hijos en ambos sectores, fue la menos elegida, dado que, solo un 22,03% de quienes trabajan en el ámbito público, y un 8,47% en instituciones privadas, tienen hijos.

A continuación, si se analiza la relación entre, tener hijos y la profesión, en el Gráfico 4, se observa que, del total de la muestra, la respuesta negativa a tener hijos se acentúa conforme la profesión de las encuestadas. De esta manera, un 35,59% de las médicas manifestaron no tener hijos, contra un 13,56% que respondieron que sí tienen. En contraste, las enfermeras presentan una inclinación positiva hacia tener hijo/as, evidenciándose en un 11,86%, frente a un 5,08% que no tienen hijo/as. A la par, aquellas encuestadas de otras profesiones, evidencian no tener hijo/as en un 28,81%, frente a un solo 5,08% que manifestaron tenerlos.

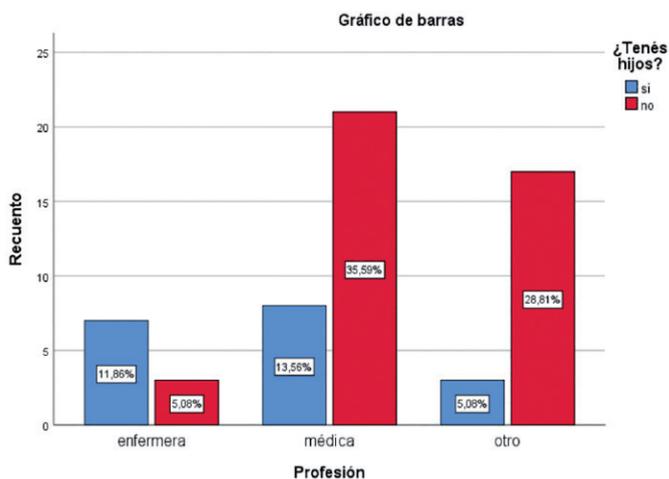
Gráfico 3.

Relación "tienen hijos y sector de la salud"



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 4.
Relación “*tienen hijos y profesión*”



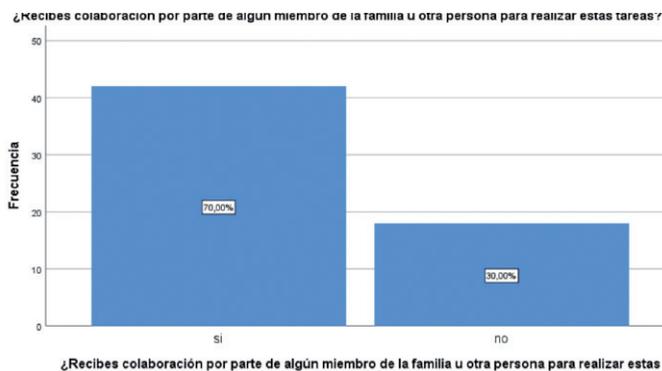
Fuente: Elaboración Propia

6.1.3. Colaboración de la familia para realizar tareas del hogar

En el Gráfico 5 se observa que el 70% del total de las mujeres encuestadas recibe colaboración de algún miembro de la familia para realizar las tareas del hogar, mientras que el 30% respondió que no recibe ayuda de su familia para hacer tareas referidas a limpieza, compras y acompañamiento de hijos/as a actividades.

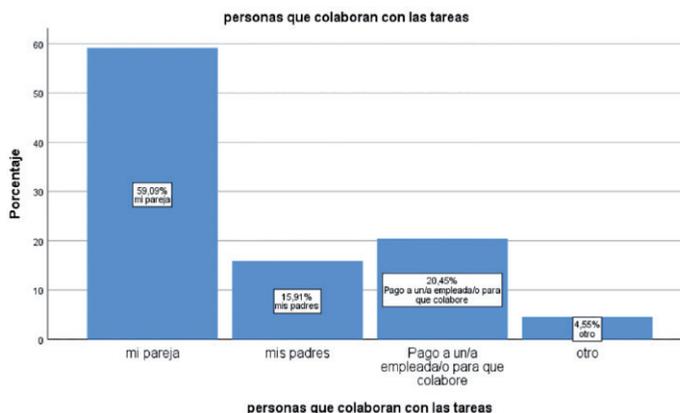
En tanto que, en el Gráfico 6, se puede observar que, del 70% que respondieron a la pregunta anterior, el 59,09% de ellas, expresó que recibe ayuda de su pareja, en tanto que, el 20,45% respondió que paga a una empleada para que colabore, el 15,91% recibe ayuda de los padres y, por último, el 4,55% recibe ayuda de otro. Para este último caso, se estima que la colaboración proviene de ayuda externa, tales como guarderías u otras entidades que podrían intervenir en la colaboración.

Gráfico 5.
Colaboración-familia en tareas del hogar



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 6.
Colaboración: quién colabora



Fuente: Elaboración Propia

Los resultados obtenidos en torno a la pregunta si reciben colaboración para realizar las tareas del hogar, dan cuenta de que, en la mayoría de los casos, son las parejas de las mujeres encuestadas quienes asumen ese rol de colaboración. Al respecto, los factores protectores que ayudan a las mujeres a disminuir la presencia del conflicto

trabajo-familia, entre éstos se encontró el apoyo social, donde se destaca el del esposo, servicio doméstico y ayuda de familiares. De acuerdo con las investigaciones revisadas, éste se convierte en una variable moduladora entre situaciones estresantes relacionadas con el desempeño de roles simultáneos⁵⁰. En este sentido, una manera de afrontar la doble jornada por parte de las mujeres es poder gestionar acciones orientadas al apoyo social, el cual incluye los acuerdos de pareja en reparto de tareas a nivel doméstico; el apoyo contratado, como es el servicio doméstico y el apoyo de familiares.

6.1.4. *Maternidad*

Frente a la pregunta de cómo incide el factor maternidad al momento de ser contratadas (Gráfico 7), la mayor parte de las encuestadas se inclinaron por responder que este factor es una limitación para crecer profesionalmente, dado que, más de la mitad de ellas (55%), respondieron que “siempre” y “casi siempre” lo es. Mientras que, un 38,33% respondió que “a veces” es un factor limitante. Al tiempo que, solo un 5% respondió que “nunca” y el resto (1,67%) respondió: No sabe/No contesta. En suma, los resultados observados demuestran que, la mayoría de las encuestadas expresan que la maternidad es un factor que las instituciones tienen en cuenta a la hora de contratarlas.

Estos resultados, dan cuenta de que la maternidad efectivamente opera como un factor limitante. Lo cierto es que, sumado a este factor, la mujer presenta un proceso de adaptación de una nueva estructura familiar sometida por el peso del alargamiento de la esperanza de vida, las presiones domésticas en las que el hombre presenta una tarea auxiliar que no libera a la mujer de su papel de cuidadora del hogar, en particular de lo/as hijo/as, a lo que se agregan, las tensiones laborales de contratos con salarios inferiores, jornadas parciales y la presión de los tiempos para implementar la doble jornada laboral y doméstica en el contexto de la falta de armonización, en espacios laborales. El principal problema es la sobrecarga de rol, motivado por condiciones laborales en ocasiones más precarias, como la modalidad de contratación, el alargamiento de las jornadas y la difícil compatibilización con las tareas domésticas⁵¹.

Como contrapartida, si bien es cierto que la mujer ha logrado obtener una mayor participación en el trabajo remunerado, también le ha quitado tiempo para el cuidado de su familia, estableciendo una relación poco equilibrada entre lo laboral y familiar, dejando al descubierto la desigualdad de roles entre hombres y mujeres⁵².

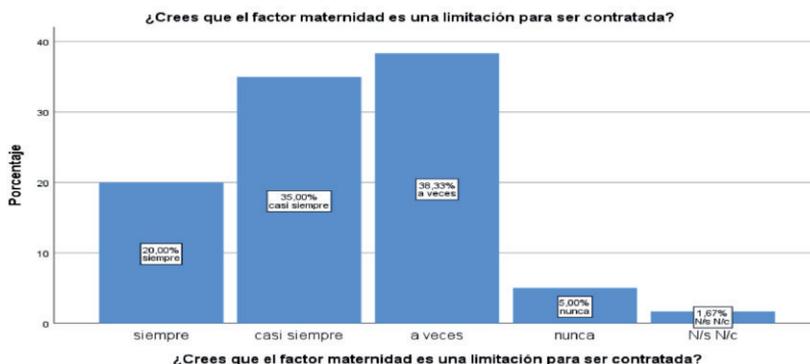
50. Álvarez y Gómez 2011, *Ibidem*

51. Álvarez y Gómez 2011, *Ibidem*

52. Sabater 2014, *Ibidem*.

Gráfico 7.

Maternidad como factor limitante para ser contratada



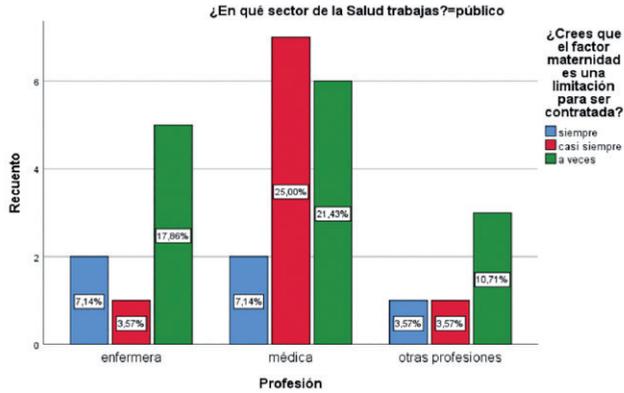
Fuente: Elaboración Propia

6.1.5. *Relación maternidad-contratación-según profesión y sector*

En el Gráfico 8, se observa que, en el ámbito público la percepción de la maternidad como una limitación para la contratación, varía conforme a la profesión de las encuestadas. Un 17,86% de las enfermeras perciben que a veces es un condicionamiento, mientras que un 7,14% estiman que siempre lo es, y solo un 3,57% respondieron que casi siempre están condicionadas por el factor maternidad. Por su parte, un 25% de las médicas expresan en que la maternidad casi siempre es una limitación para ser contratada, mientras que un 21,43% respondieron que solo a veces lo es, y solo un 7,14% de ellas afirman que siempre lo es. Otras profesiones indican en un 10,71% que la maternidad a veces es un factor decisivo, mientras que un 3,57% indican que siempre y casi siempre lo es.

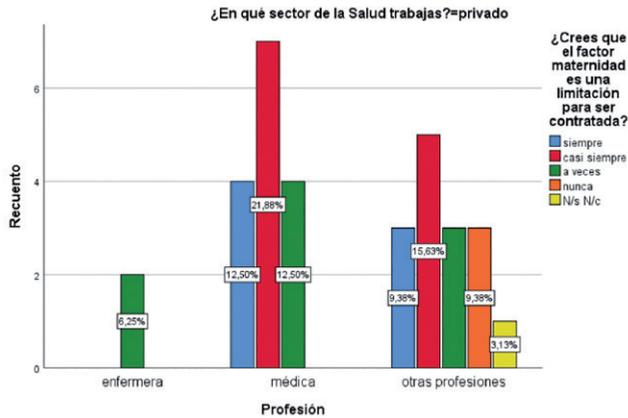
En tanto que, en el sector privado que se presenta en el Gráfico 9, un 21,88% de las médicas estiman que “casi siempre” es un obstáculo, mientras que las respuestas de “casi siempre y a veces” se posicionan en un 12,5% en cada una de estas opciones. De esto se infiere que la mayor parte de las médicas del sector privado (34,38%) opinan que la maternidad es una limitación para ser contratadas. En otras profesiones, un 15,63% respondió que “casi siempre” la maternidad se configura como una barrera para incorporarse a la institución mientras que siempre, a veces, y nunca se ubican en un 9,38%, en cada caso. En cuanto a las enfermeras, solo un 6,25% de ellas definen que la maternidad solo a veces es una limitación para ser contratadas.

Gráfico 8.
Maternidad-limitación-contratación/sector público



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 9.
Maternidad-limitación-contratación/sector privado



Fuente: Elaboración Propia

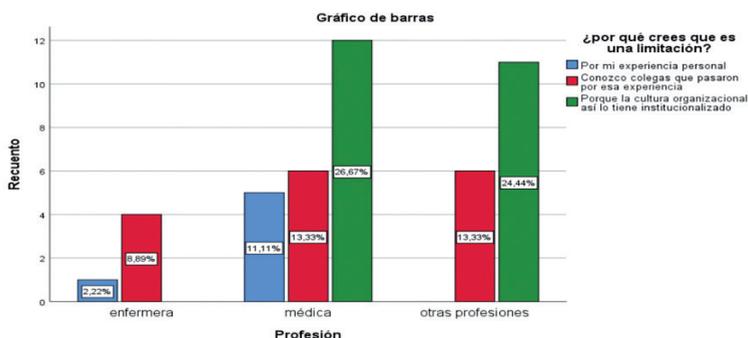
6.1.6. *Relación maternidad-desarrollo profesional-según profesión*

En cuanto a las razones por las cuales se concibe la maternidad como una limitación para el desarrollo profesional, varían conforme a la profesión de las encuestadas. El Gráfico 10, demuestra que un 8,89% de las enfermeras indican que conocen experiencias de colegas que confirman esta situación, y un solo 2,22% de ellas, han atravesado personalmente por situaciones afines. Por su parte, un 26,67% de las

médicas encuestadas, afirma que la cultura organizacional institucionaliza la maternidad como una barrera, un 13,33% conocen a colegas que han experimentado esta situación, mientras que, un 11,11% han vivenciado personalmente eventos en donde la maternidad se ha presentado como un factor decisivo en instancias de crecimiento profesional. Por su parte, un 24,44% de las encuestadas de otras profesiones, respondieron que, es la cultura institucional la que influye en que la maternidad sea un obstáculo para el desarrollo profesional, mientras que un 13,33% afirma conocer a colegas que han atravesado por esta experiencia. Si se agrupa a todas las profesiones, más de la mitad de las encuestadas (51,11%), respondió que la razón fundamental de la limitación por maternidad, está en la cultura organizacional que así lo tiene institucionalizado.

Gráfico 10.

Relación Maternidad-Desarrollo Profesional-Profesión



Fuente: Elaboración Propia

En atención a estos resultados que destacan que la cultura organizacional ha institucionalizado al factor maternidad como un limitante para el desarrollo de las distintas profesiones dentro del sector salud, resulta interesante mencionar aquí, que, en el campo de la salud, por tradición, la imagen del médico se asocia automáticamente con atributos masculinos, tales como competencia, ambición, independencia, dominación; en cambio, a la mujer corresponden rasgos que vinculan la femineidad a la sumisión, la compasión, la pasividad y la emotividad, todos atributos vinculados al cuidado de los niño/as o a la maternidad⁵³. De esto se infiere que efectivamente, esta cultura organizacional a pesar del transcurrir de los años, aún sigue vigente.

53. Huerta 1997, *Ibidem*

6.2. Condiciones laborales

6.2.1. Relación actividad extra-laboral según sector y profesión

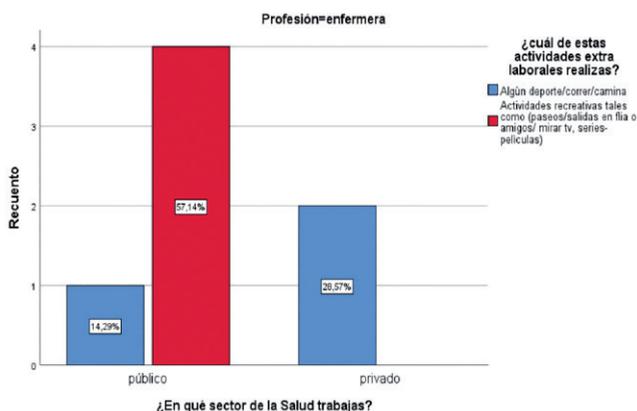
Las actividades extra-laborales realizadas varían conforme a la profesión y sector de las encuestadas. De la totalidad de las enfermeras (Gráfico 11), las que trabajan en el sector público, un 57,14% realizan actividades recreativas (salir con amigos y familia, mirar televisión, películas o series), un 14,29% participa en deportes. Mientras que, un 28,57% de aquellas que pertenecen al sector privado respondieron que realizan actividades deportivas.

Cuando se observa la totalidad médicas (Gráfico 12), que prestan servicios en el sector público, el 19,05% respondió que realizan actividades deportivas y el mismo porcentaje para actividades recreativas, mientras que las que trabajan en el sector privado, un 42,66% mostró preferencia por los deportes, y 19,05% por actividades recreativas.

Un singular resultado se observa en las respuestas de las encuestadas de otras profesiones. (Gráfico 13). En particular, de las que trabajan en el sector público un 8,33% hace deportes, así como el mismo porcentaje para actividades recreativas. Quienes trabajan en el sector privado un 33,33% realizan cursos y seminarios, mientras que el 25% de ellas, realiza tanto deportes como actividades recreativas. Como se observa, estas “otras profesiones” fuera de lo que son las enfermeras y médicas, resultaron ser las únicas que respondieron que logran realizar algún tipo de formación o capacitación fuera de su actividad laboral.

Gráfico 11.

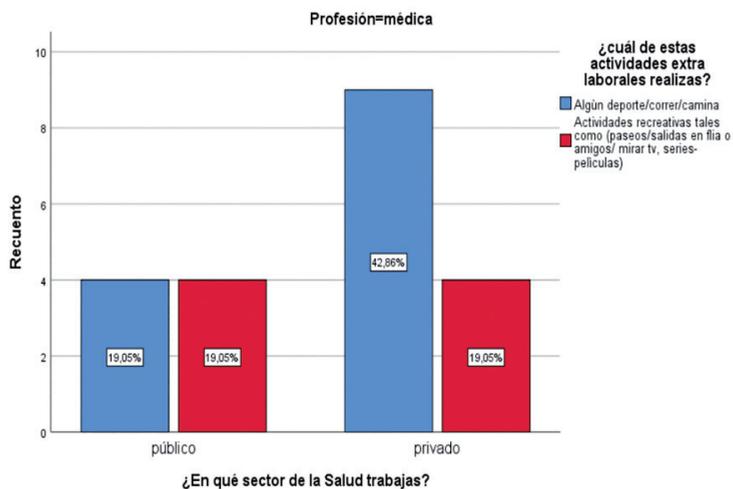
Actividades extra-laborales/enfermeras/sector



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 12.

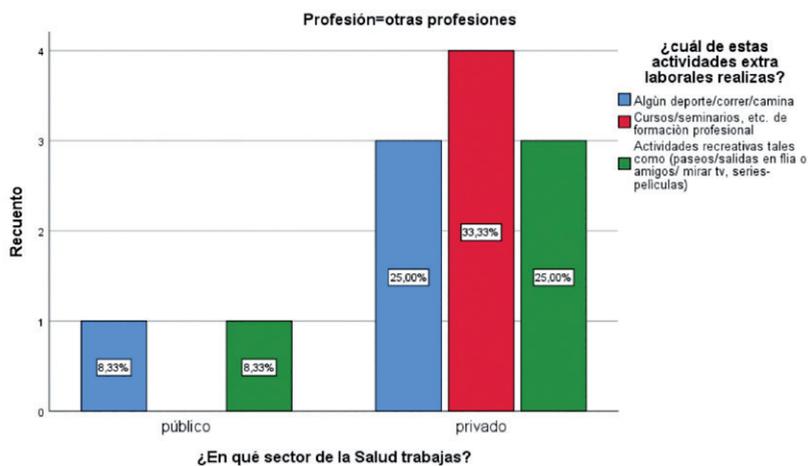
Actividades extra-laborales/médicas/sector



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 13.

Actividades extra-laborales/otras profesiones/sector



Fuente: Elaboración Propia

6.2.2. *Estudia actualmente otra carrera o profesión*

En el Gráfico 14, se observa que el 70% de las encuestadas no estudia actualmente otra carrera o profesión y el 30% si está estudiando. Mientras que, de ese 70% (Gráfico 15), no estudian por las siguientes razones: el 39,53% por la cantidad de horas y exigencias del trabajo, 18,60% debido a las exigencias y responsabilidades que implica realizar otra carrera, 16,29% debido a las condiciones económicas que exige la realización de otra carrera, 16,28% no está en sus expectativas, y 4,65% comparten las que respondieron que el tiempo dedicado a su vida personal no lo permite y “otros motivos”. Por tanto, la razón más elegida por la cual no realizan otra carrera o profesión es por la cantidad de horas y exigencias del trabajo.

De lo dicho en este apartado con relación a las condiciones laborales de las mujeres del sector salud, resultan evidentes las exigencias y sobrecarga que significa trabajar en este ámbito. Más aún, el trabajo diario de enfermeras y médicas, las enfrenta a situaciones de “curar, cuidar y salvar vidas”⁵⁴, por lo cual asumen una labor intensa, tensionante y estresante, que en parte condiciona sus vidas cotidianas. Son estas profesiones, las que en su gran mayoría demostraron preferencias por realizar actividades deportivas y recreativas, por tanto, dedican su tiempo extra a su vida personal, sin embargo, los porcentajes sobre su participación en algún tipo de formación o capacitación fuera de su actividad laboral, fue nula, a diferencia de las otras profesiones que sí manifestaron realizarlas. De este modo, como dice Huerta, es probable que, por la actitud del propio personal femenino en salud, que consiste en consagrar toda su energía a sus enfermos, hace que ellas se abstengan de prestar atención a sus propias necesidades (en particular, mayor formación o capacitación). En este sentido, la misma autora advierte que, la atención sobre las condiciones de trabajo en ámbitos de la salud, refleja la dificultad creciente de soportar una carga a menudo muy pesada, unos horarios particularmente constrictivos, un enfoque de los cuidados donde la relación humana cede ante la técnica.

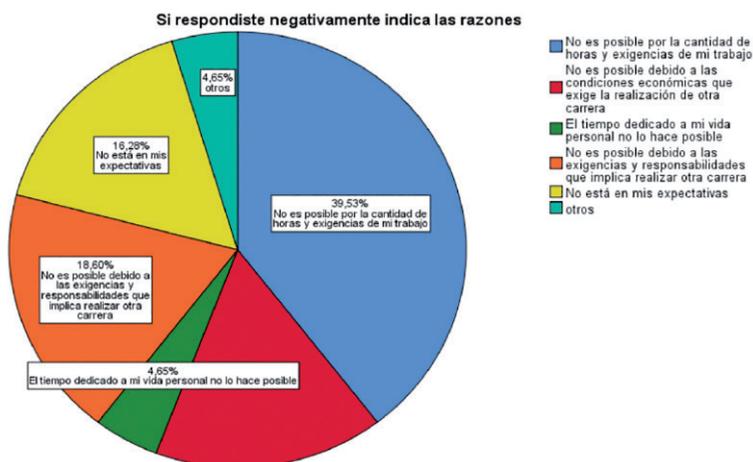
54. Huerta 1997, *Ibidem*

Gráfico 14.
Estudia otra carrera/profesión



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 15.
Razones por las que no Estudia



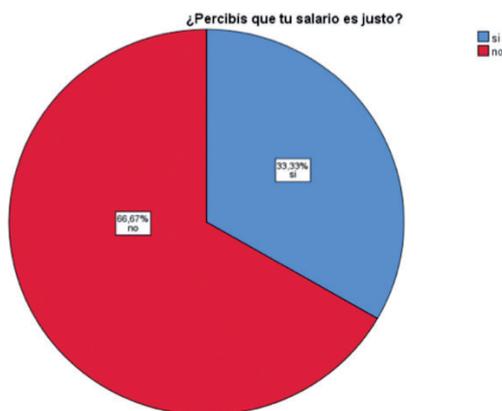
Fuente: Elaboración Propia

6.2.3. Percepción salario justo

El 66,67% (Gráfico 16) de las mujeres encuestadas perciben que su salario no es equitativo en relación a su fuerza laboral, mientras que un 33,33% de ellas lo considera justo. Ahora bien, si nos posicionamos en cada sector (Gráfico 17) se puede advertir que, el sector privado (38,33%) no percibe que su salario sea justo, por tanto, es el menos satisfecho, contra un 28,33% del sector público.

Gráfico 16.

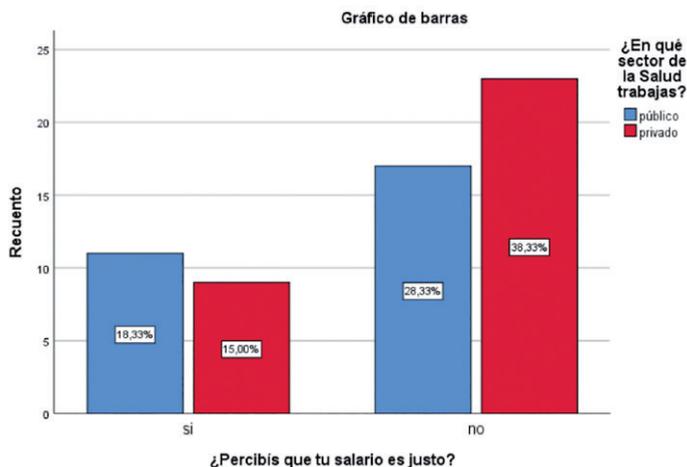
Percepción “salario justo”



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 17.

Percepción “salario justo”-según Sector



Fuente: Elaboración Propia

6.2.4. Relación salario justo-según profesión y sector

De la totalidad de la muestra, según se observa en el Gráfico 18, el 30% de las enfermeras del sector público, perciben que su salario es justo, frente a un 50% que identifica lo contrario. En tanto que, en el sector privado, un 20% de las enfermeras manifestó el descontento con su remuneración.

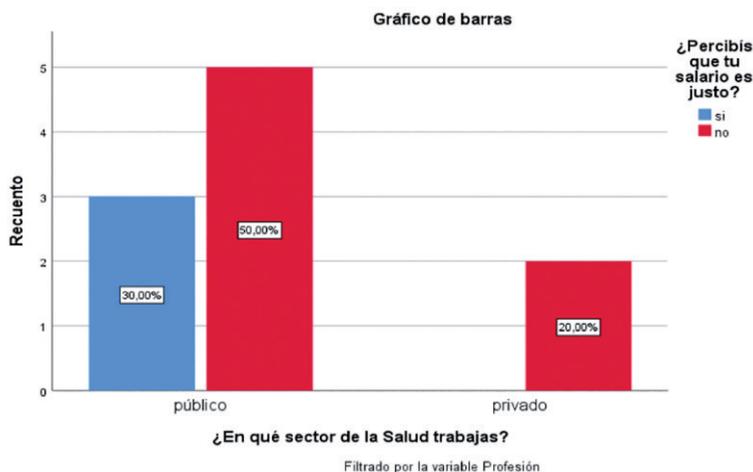
En lo referido a las médicas (Gráfico 19), en el sector público el 33,33% afirma que su sueldo no es justo, frente a un 16,67% que sí lo percibe justo. Mientras que, en el sector privado, el 36,67% afirma no estar de acuerdo con la remuneración recibida, frente a un 13,33% que indica lo contrario.

Por su parte, las otras profesiones (Gráfico 20) que prestan servicios en el sector público, un 15% respondió estar conforme con su remuneración frente a un 10% que no lo está. En tanto que, en el sector privado el 50% percibe que su sueldo no es justo, y un 25% considera que sí lo es.

Teniendo en cuenta estos datos, los mayores porcentajes de quienes perciben que su salario no es justo, se posicionan entre las enfermeras del sector público y las otras profesiones del sector privado. Mientras que, las médicas, en ambos sectores, comparten porcentajes muy parecidos en cuanto a la percepción de un salario injusto.

Gráfico 18.

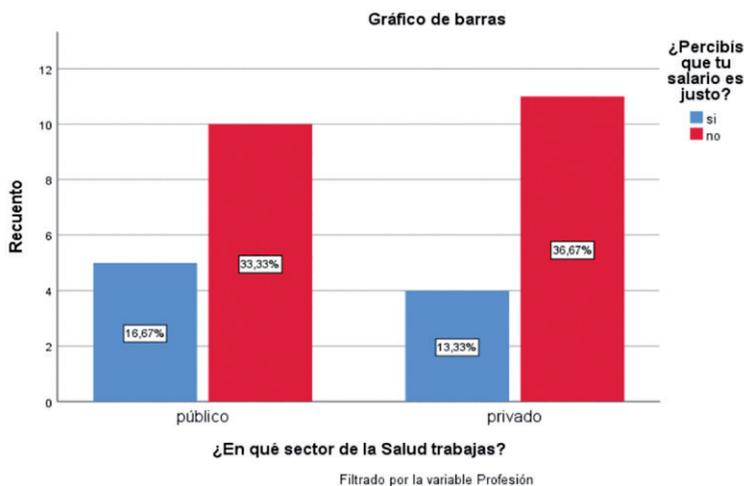
Percepción salario justo/enfermeras



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 19.

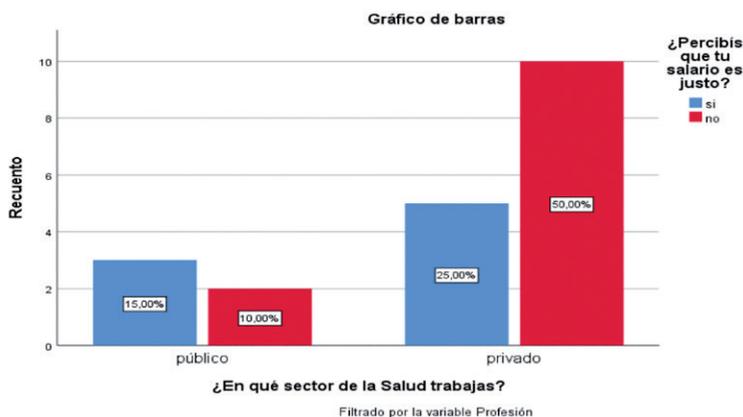
Percepción salario justo/médicas



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 20.

Percepción salario justo/otras profesiones



Fuente: Elaboración Propia

6.2.5. Opiniones sobre la percepción de los salarios

Para quienes respondieron que No percibían su salario justo, se les brindó la posibilidad de que respondan brevemente sobre las razones por las cuales opinaron así.

A continuación, se seleccionaron 14 de los testimonios más destacados respecto a la pregunta: En el caso que NO lo percibas justo, podrías describir brevemente: ¿por qué crees que tu salario no es justo?

- Los médicos cobramos según el cargo sea de 12-24-36-42 horas. En mi caso noté que cuando me nombraron priorizaron los cargos de mayor carga horaria (mayor sueldo) a mis compañeros varones interpretando que son sostén de familia. En mi caso cuando tuve pareja tampoco fue sostén económico de la familia. Eso es lo único que considero sexista como profesional. (sector privado)
- Muchas horas no hay feriado, fin de semana, fiestas ni cumpleaños. Estamos expuestas a muchas enfermedades y también psicológicamente afecta. (sector público)
- Poco reconocimiento laboral (sector público)
- Mucha exigencia y mal pago (sector privado)
- ¡Demasiado desgaste físico y mental para q solo alcance para vivir y no poder proyectarse para poder tener casa propia, entre otros! (sector público)
- Por la responsabilidad penal del médico frente al paciente. Eso no está bien remunerado. (sector público)
- Por la cantidad de horas trabajadas y las responsabilidades que me son otorgadas (sector público)
- Porque el sistema privado, no paga lo que corresponde, desgastando a los profesionales y obligándolos a tener más de un trabajo. (sector privado)
- Por mayor carga horaria de trabajo y sobrecarga de trabajo debido a que no pagan a médicos (sector público)
- En el sector privado se limitan a pagar menos de lo que corresponde. (sector privado)
- Hace 9 años estoy en formación, trabajo muchas horas diarias con al menos 8 guardias mensuales de 24 horas y percibo un salario inferior al de una persona que trabaja en otro rubro. Hablamos de aprox \$300 la hora. (sector privado)
- Por la situación económica del país Gastos Impuestos Costos Etc (sector público)
- Nunca se valora la remuneración de la labor médica (sector privado)
- Cobro 200 pesos la hora (sector privado)

Estos testimonios han sido muy valiosos dado que, las encuestadas tomaron atención al hecho de responder más allá de una simple encuesta, al tiempo que, se observa como el sector privado, es el más insatisfecho en cuanto al salario que reciben. Esto viene a constatar y a reafirmar los resultados expuestos más arriba en cuanto a la combinación salario/sector. Más aún, los testimonios muestran que esta insatisfacción, va más allá del mero hecho de sentir que su salario no es justo, también se combinan

otros factores como, problemas psicofísicos, exigencia y sobrecarga laboral, la responsabilidad social (penalizaciones), entre otros.

Al respecto, la existencia de un desbalance entre esfuerzo-recompensa, aumenta la susceptibilidad de presentar estrés laboral y enfermedades⁵⁵. Al tiempo que, se reafirma esta problemática señalando que, existen implicaciones psicosociales, manifestadas en la salud psicológica y física. Problemas a nivel psicológico, específicamente lo relacionado con cambios en el estado de ánimo. Le siguen los problemas a nivel de salud física, especialmente lo relacionado con cansancio físico, dolores de cabeza y problemas gastrointestinales⁵⁶.

6.2.6. Percepción proyección de futuro – según sector

Ahora bien, teniendo en cuenta el sector en el que trabajan, cuando se les preguntó si sienten que la organización les brinda seguridad y bienestar para proyectar el futuro de su vida laboral y personal, en el Gráfico 21 vemos que, reuniendo a ambos sectores, la mayoría de las mujeres profesionales (63,34%), respondió que “solo a veces pueden proyectar su futuro”. Mientras que, es en el sector privado el menos satisfecho en cuanto a la percepción de seguridad y bienestar para la proyección de su futuro, dado que, un 46,6% siente que solo a veces o nunca, puede proyectarlo, frente a un 35% que respondió lo mismo en el sector público. Con todo, se advierte que, solo un 6,67% del sector privado y 11,67% del sector público, siente que puede proyectar su futuro tranquilamente.

Gráfico 21.

Percepción proyección de futuro – según sector



Fuente: Elaboración Propia

55. Siegrist, 2009 en Palma *et al* 2022, *Ibidem*

56. Álvarez y Gómez 2011, *Ibidem*

Estos resultados que dan cierre a este apartado, permiten inferir que, factores como la falta de reciprocidad entre los esfuerzos invertidos y las recompensas recibidas - perspectivas de un proyecto, seguridad en el empleo, entre otros, provoca fuertes emociones negativas⁵⁷ y ello puede conducir a conflictos interpersonales que, si no se resuelven adecuadamente, resulten en violencia tanto entre trabajadores como de parte de los usuarios, esto último por el deterioro de la calidad de la atención que puede producirse⁵⁸.

6.3. Violencia laboral

6.3.1. Experiencias de hostigamiento

En el Gráfico 22 se puede observar que, de la totalidad de la población encuestada, el 66,67% respondió que transitó o ha transitado alguna situación de hostigamiento en el ámbito laboral y experimentado sentimientos como el desánimo, desprecio, miedo o intranquilidad constante. Mientras que el 33,33% restante, comparte que no experimentó ninguna situación de esta naturaleza.

Ahora bien, cuando se les consultó sobre quién ejerció hostigamiento (Gráfico 23), el 58,54% de las encuestadas respondió que lo hizo alguien de un nivel laboral superior, un 14,63% un alguien de su mismo nivel laboral, el 12,20 % alguien de género opuesto, un 9,76% lo hizo alguien del mismo género y un 4,88% alguien de un nivel laboral inferior.

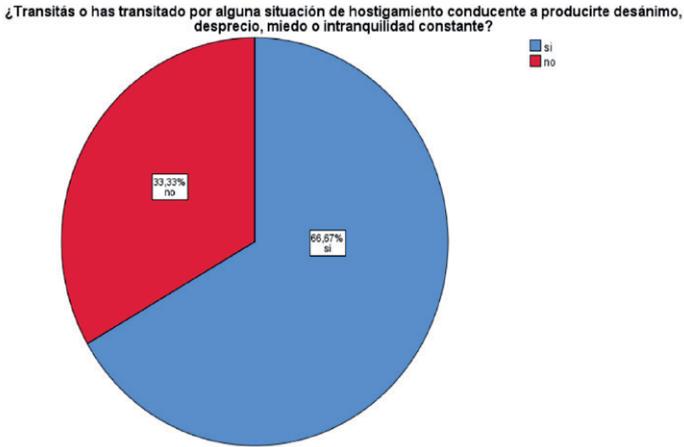
Teniendo en cuenta estos resultados tan contundentes y notables, en donde la mayor parte de las encuestadas no dudaron en responder que recibieron hostigamiento por parte del personal de nivel superior, resulta importante destacar que, la calidad del liderazgo desempeña un papel central en el establecimiento de condiciones de trabajo que pueden conducir o prevenir experiencias de violencia laboral. Particularmente, la exposición a liderazgo tiránico, en que el líder manipula y humilla a los subordinados para que hagan el trabajo con el fin de resguardar los intereses de la organización, sin importar el bienestar de los/as trabajadores/as⁵⁹.

57. Siegrist, 2009 en Palma *et al* 2022, *Ibidem*

58. Palma *et al* 2022, *Ibidem*

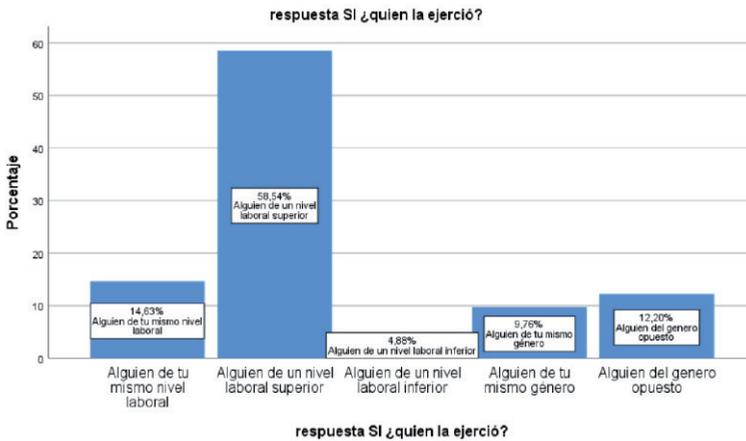
59. Francioli, 2018, en Palma *et al* 2022, *Ídem*

Gráfico 22.
Experiencias de situaciones de hostigamiento



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 23.
Quien ejerció el hostigamiento



Fuente: Elaboración Propia

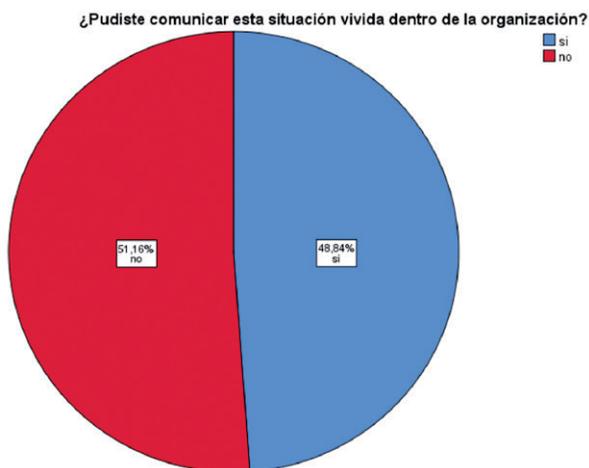
6.3.2. *Comunicación a la organización sobre la situación vivida*

En el Gráfico 24, se observa que el 51,16%, es decir, más de la mitad de las mujeres encuestadas, no pudieron comunicar a la organización sobre la situación vivida, y el

48.84 % sí lo pudo hacer. Mientras que, cuando se les preguntó qué posición tomó la organización al momento de ser informada sobre hostigamiento laboral (Gráfico 25), el 52,17 % respondió que no intervino y la situación persistió o aún persiste; reforzando así este escenario. En tanto que, el 47,83% restante, manifestó que la organización intervino en busca de una solución.

Gráfico 24.

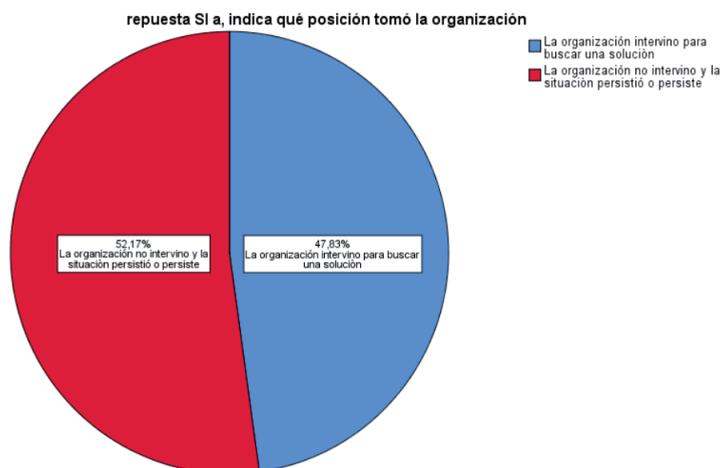
Pudo comunicar a la organización



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 25.

Posición de la organización



Fuente: Elaboración Propia

Estos resultados advierten sobre la importancia y el rol central que tienen las instituciones en cuanto al diseño e implementación de acciones sobre comunicación de riesgo frente a las causas y efectos de la violencia laboral de género en la organización. Estas acciones tendientes a reducir o a terminar con el miedo de víctimas y testigos que desalientan la denuncia, al mismo tiempo, evitan transformar al ámbito del trabajo en un espacio de reproducción del sistema de relaciones sociales en un sentido amplio, y en particular, del sistema de relaciones de género, que desvaloriza y discrimina a las mujeres⁶⁰.

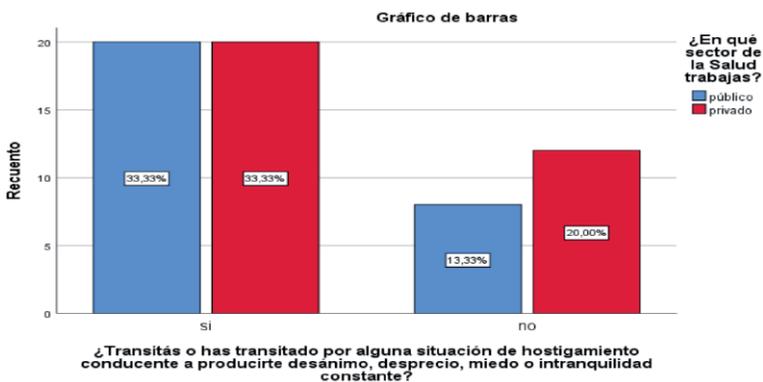
6.3.3. Relación situación de hostigamiento-según sector y profesión

Mientras que, anteriormente en el Gráfico 22 se demostró que un gran porcentaje (66,67%) de las mujeres profesionales del sector salud (público y privado), han vivido situaciones de hostigamiento, en este apartado, el foco de atención está puesto en el sector y la profesión a la que pertenecen, según la misma variable “hostigamiento”.

Ahora bien, si se tiene en cuenta solo el sector al que pertenecen, en el siguiente Gráfico 26, se observa que, si bien los porcentajes de ambos sectores son similares (33,33% en cada uno) que respondieron que sí experimentaron hostigamiento, es el sector público en donde más se producen estas situaciones, 33,33% frente a un 13,33% que respondió que no las transitó. En tanto que, en el sector privado, el 33,33% manifestó haber vivido este tipo de situaciones y un 20% respondió que no las experimentó.

Gráfico 26.

Situación de hostigamiento según sector



Fuente: Elaboración Propia

60. Espina Sandoval *et al* 2021, *Ibidem*.

Siguiendo esta línea de análisis, de la totalidad de las enfermeras (Gráfico 27) un 60% perteneciente al sector público, manifestó haber transitado por una situación de hostigamiento, frente a un 20% que respondió que no la vivenció. En el sector privado, las respuestas están repartidas en un 10% para quienes han vivenciado hostigamiento, al igual que quienes no la han vivenciado.

En tanto que, en el Gráfico 27, se observa que, el 33,33% de la totalidad de las médicas del sector público, afirman haber experimentado situaciones de hostigamiento, frente a un 16,67% que no las han vivenciado. Ahora bien, en el sector privado un 36,67% de las encuestadas indica haber sufrido situaciones de hostigamiento, mientras que un 13,33% respondió que no las han experimentado.

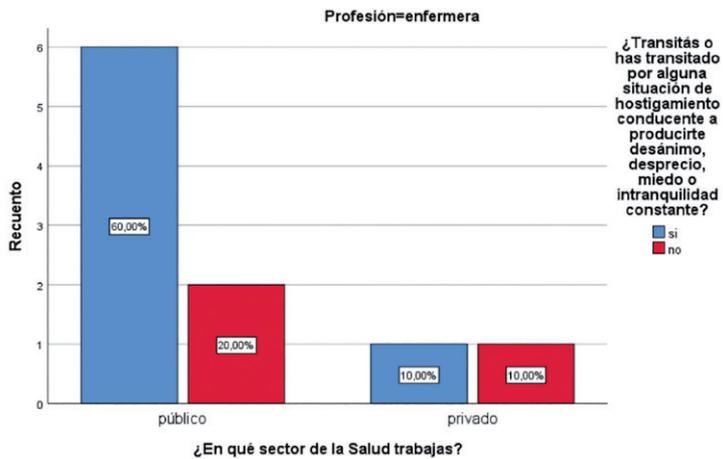
En cuanto a otras profesiones (Gráfico 28), un 20% de las encuestadas que trabajan en el sector público, han vivenciado situaciones de hostigamiento, mientras que 5% no lo han experimentado. Por el contrario, el 40% de las profesionales que prestan servicios al sector privado han sufrido estas experiencias, frente a un 35% que no las vivenció.

Estos Resultados demuestran que, son las enfermeras que trabajan en el sector público y las mujeres de otras profesiones del sector privado, son las que mayormente han transitado o transitan por situaciones de hostigamiento laboral, mientras que, las médicas experimentaron esta situación en porcentajes muy similares en ambos sectores.

En particular, en lo que respecta a las enfermeras, es posible hipotetizar que una porción significativa de la violencia laboral que se suscita en el trabajo del personal de enfermería - específicamente del sector público - se debe a que la brecha entre trabajo prescripto y trabajo real se acrecienta a un punto tal, que el sujeto se ve llevado - a fin de poder realizar su trabajo - a transgredir las normas y procedimientos prescriptos por la organización o por las jefaturas; o bien, al tratar de hacer cumplir el trabajo en función de las normativas y procedimientos, se ve llevado a situaciones de VL que no son contenidas ni consideradas por los responsables de la gestión institucional⁶¹.

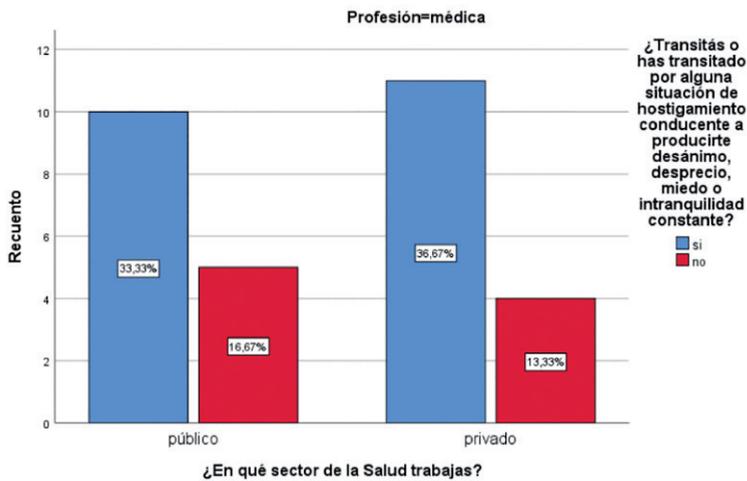
61. Wlosko y Ros 2008, *Ibidem*

Gráfico 27.
Situación de hostigamiento/enfermeras/sector



Fuente: Elaboración Propia

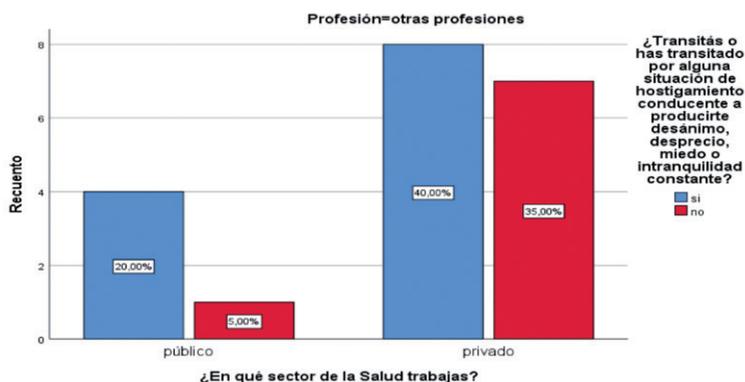
Gráfico 28.
Situación de hostigamiento/médicas/sector



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 29.

Situación de hostigamiento/otras profesiones/sector



Fuente: Elaboración Propia

7. CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo por objetivo central, evaluar determinados factores que influyen en el rol que asumen las mujeres profesionales del sector salud (público y privado) en la ciudad de Santa Fe (2021-2022).

En atención a este objetivo, los datos relevados en esta investigación, nos permiten confirmar que, a pesar de los avances en materia de inclusión de la mujer en el mercado laboral mundial, al día de hoy, es una asignatura pendiente.

En particular, resulta evidente que el objeto de trabajo de las instituciones de salud es “el cuerpo humano enfermo y la relación que se guarda con él”, con todas las implicaciones que trae consigo una relación humana en condiciones de enfermedad, sufrimiento y, en ocasiones, en peligro de muerte. Por estas razones, el trabajo de los y las profesionales de la salud, es sumamente estresante, complicado y complicante, donde la mujer, cobra un rol central, por tanto, su labor tiene implicancias en su vida personal, familiar y por supuesto, profesional. Es más, durante la Pandemia del COVID-19, que tuvo su mayor efecto durante los años 2020 y 2021, quedó demostrado que, sin lugar a dudas el trabajo de la mujer en el sector salud, ha sido y es central.

Frente a ello, los resultados de este estudio que llevamos adelante en Santa Fe, fueron reveladores en las tres dimensiones abordadas. Con respecto a la conciliación de la vida familiar y laboral, podemos afirmar que la opción de no tener hijos por parte de las mujeres profesionales encuestadas, fue la más elegida, al tiempo que, la mayoría de ellas, solo tiene un hijo. Estos datos hacen evidente el desajuste producido entre los dos espacios: laboral y familiar, lo que confirma, entre otras consecuencias,

la tendencia al descenso de la natalidad⁶². Más aún, las edades de quienes tienen hijos oscilan entre los 29 y 58 años, mientras que, las mujeres más jóvenes, no han optado aún por tenerlos, o bien, retrasan esta decisión.

Al mismo tiempo, las encuestadas respondieron que, para llevar adelante las tareas de la vida cotidiana, la mayor colaboración proviene de sus parejas, seguida de personas a quienes pagan para que hagan las labores, y en menor medida reciben ayuda de algún familiar. Estos “factores protectores”⁶³ ayudan a las mujeres a disminuir la presencia del conflicto trabajo-familia, por tanto, resultan sumamente necesarios para las mujeres de este sector.

Por otro lado, un factor que tiene fuertes implicancias, es el de la maternidad. La mayor parte de las mujeres encuestadas respondieron que es una limitación para ser contratadas y para crecer profesionalmente. En sus respuestas fueron contundentes: es la cultura institucional la que influye en que la maternidad sea un obstáculo para el desarrollo profesional.

En cuanto a las condiciones laborales y su vinculación con la posibilidad de realizar actividades extra-laborales, quedó demostrado que, la labor intensa, tensionante y estresante, que cumplen estas mujeres, condiciona sus vidas cotidianas. Un resultado llamativo fue que las médicas y enfermeras, dedican su tiempo libre específicamente a su vida personal, ya que demostraron preferencias por realizar actividades deportivas y recreativas, en tanto que, su participación en algún tipo de formación o capacitación fuera de su actividad laboral, fue nula, a diferencia de las otras profesiones que sí manifestaron realizarlas. Esta situación nos advierte que, las instituciones de salud han dejado de ser espacios de desarrollo personal y profesional⁶⁴.

En lo que respecta al factor salario, la mayoría de las mujeres encuestadas perciben que el mismo, no es justo con relación a su trabajo. Ahora bien, el sector privado es el más insatisfecho comparado con el sector público. Mientras que, de las profesiones, la opinión de un salario injusto crece entre las enfermeras del sector público y en las otras profesiones del sector privado. Como dato llamativo, los testimonios dan cuenta que esta insatisfacción, va más allá del mero hecho de sentir que su salario no es justo, también se combinan otros factores tales como, problemas psíquicos, exigencia y sobrecarga laboral, la responsabilidad social (penalidades), entre otros. En suma, factores como la falta de reciprocidad entre los esfuerzos invertidos y las recompensas recibidas - perspectivas de un proyecto, seguridad en el empleo, entre otros-, provoca fuertes emociones negativas en las mujeres encuestadas.

Por último, los resultados sobre violencia laboral, fueron contundentes, notables y preocupantes, ya que la mayor parte de las encuestadas no dudaron en responder que recibieron hostigamiento o que conocen a alguien que lo recibió, en particular,

62. Sabater 2014, *Ibidem*

63. Álvarez y Gómez 2011, *Ibidem*

64. Rico y Marco 2006, *Ibidem*

esta situación fue o es ejercida por parte del personal de nivel superior, y se manifiesta más en el sector público que en el ámbito privado. Ahora bien, si se toman en cuenta las profesiones, una porción significativa de la violencia laboral se suscita en el trabajo del personal de enfermería - específicamente del sector público, en donde la brecha entre trabajo prescripto y trabajo real se acrecienta al punto tal, de transgredir normas y procedimientos prescritos por la organización o por las jefaturas⁶⁵.

Un dato que se agrega a los resultados sobre violencia laboral, son los altos niveles de escasa comunicación de riesgo sobre esta problemática. Esta situación interpela a las instituciones santafesinas de la salud, a implementar acciones tendientes a reducir o a terminar con el miedo de víctimas y testigos que desalientan la denuncia. En este sentido, las organizaciones de mujeres que se encuentran prestando servicios de salud son las más indicadas para difundir que, en estas condiciones de vulnerabilidad en el empleo, no es posible empoderar a las mujeres⁶⁶.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir en que, debido a la importancia de la labor que desarrollan las mujeres profesionales del sector salud santafesino, resulta imperiosa la acción del Estado (provincial/municipal) como Institución integradora, sumada a la acción conjunta de las Instituciones de Salud, tanto públicas como privadas, y de otros actores clave como los Sindicatos. Por tanto, teniendo en cuenta los hallazgos de esta investigación, y en atención a las tres dimensiones estudiadas, se proponen las siguientes acciones:

1. La conciliación de la vida familiar y laboral de las mujeres, requiere de esfuerzos organizacionales que dinamicen la institucionalización de “factores protectores” (incremento en los servicios de guarderías propias de cada organización, alargamiento de turnos en servicios escolares, colaboración de cuidadore/as al interior de las organizaciones, etc), entre otras acciones, como formas de afrontar la doble jornada (doméstica y laboral), orientadas a mejorar la calidad de su vida personal y profesional.
2. Las condiciones laborales con relación al salario de las profesionales, es una problemática clave y postergada en el sector salud santafesino. Estas mujeres perciben, aún al día de hoy, y a pesar de los avances en materia de equidad salarial, la existencia de profundas desigualdades en comparación con sus colegas varones. Sin dudas, esta problemática está presente en mayor medida en el sector privado, que, a juicio de las trabajadoras, es el más castigado. Nuevamente aquí, se requiere del esfuerzo en conjunto del Estado, Instituciones de la Salud y los Sindicatos, a fin de gestionar acciones permanentes, que, específicamente, signifiquen una puesta en valor del reconocimiento y el prestigio profesional de estas mujeres.

65. Wlosko y Ros 2008, *Ibidem*

66. Rico y Marco 2006, *Ibidem*

3. Los preocupantes niveles de violencia laboral son un llamado de atención urgente a todas las Instituciones de la Salud santafesinas en su conjunto. El desafío reside en enfrentar de forma activa, continua y consistente esta problemática como flagelo institucional. Mucho se dice, pero poco se hace: los resultados hablaron. Principalmente, el sector público de la salud resultó ser el más afectado en cuanto a violencia laboral, esto interpela al Estado y requiere en lo inmediato, de la implementación de un proceso integral de comunicación y capacitación que reduzca o termine con los altos niveles de maltrato, prejuicios y estereotipos contra las mujeres del sector, así como la proyección de estas acciones hacia el sector privado, en donde también se presenta esta problemática. Si bien la aplicación de acciones en el marco de la Ley (nacional) Micaela, está vigente, se necesita una proyección de orden provincial que abarque a ambos sectores (público y privado), que sea eficaz y, sobre todo, efectiva y continua, ya que la violencia en todas sus formas es un flagelo continuo que pareciera no tener fin.

En otras palabras, el acompañamiento institucional, incluso de los medios de comunicación a través de acciones de información y el lanzamiento de campañas masivas, pueden contribuir a deconstruir estereotipos de género con respecto a las profesiones de las mujeres del sector. Su salud, seguridad y estabilidad económica tienen que ser protegidas como parte de los esfuerzos imprescindibles, para asegurar el rol de la mujer en el Sector de la Salud, como mediadora, en definitiva, del bienestar de toda la población.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, A. y Gómez, I.C. (2011). “Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo”. *Pensamiento Psicológico*, Volumen 9, 16, 89-106. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>
- Arendt, H. (2002), *A condigno humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitaria.
- Ashforth, B. (1994), “Petty tyranny in organizations”, *Human Relations*, 47(7), 755-778. <https://doi.org/10.1177/001872679404700701>
- Campos-Serna, J.; Ronda-Pérez, E. y otros (2012). “Desigualdades de género en salud laboral en España”. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112012000400009
- Cavanaugh, C., Campbell, J. & Messing, J. T. (2014), “A longitudinal study of the impact of cumulative violence victimization on comorbid posttraumatic stress and depression among female nurses and nursing personnel”, *Workplace Health & Safety*, 62(6), 224-232. <https://doi.org/10.1177/216507991406200602>

- Díaz Berr, X., Mauro Cardarelli, A., Ansoleaga Moreno, E. & Toro Cifuentes, J. P. (2017), “Violencia de género en el trabajo en Chile. Un campo de estudio ignorado”, *Ciencia & Trabajo*, 19(58), 42-48. <https://doi.org/10.4067/S0718-24492017000100042>
- Di Martino, V. (2002), “Workplace violence in the health sector. Country case studies: Brazil, Bulgaria, Lebanon, Portugal, South Africa, Thailand and an additional Australian study”, *Synthesis report. International Labor Organization*, https://www.who.int/violence_injury_prevention/injury/en/WVsynthesisreport.pdf
- Di Martino, V., Hoel, H. & Cooper, C. L. (2003). Preventing violence and harassment in the workplace. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2002/109/en/1/ef02109en.pdf
- East, S.; Laurence, T. & López Mourelo, E. (2020). COVID-19 y la situación de las trabajadoras de la salud en Argentina. OIT. UNFPA. ONU MUJERES.
- Einarsen, S., Aasland, M. S. & Skogstad, A. (2007), “Destructive leadership behaviour: A definition and conceptual model”, *The Leadership Quarterly*, 18(3), 207-216. <https://doi.org/10.1016/j.leaqua.2007.03.002>
- Einarsen, S., Skogstad, A. & Aasland, M. S. (2010), “The nature, prevalence, and outcomes of destructive leadership: A behavioral and conglomerate approach”, B. Schyns & T. Hansbrough (Eds.), *When leadership goes wrong: Destructive leadership, mistakes, and ethical failures* (pp. 145-174). Information Age.
- Escartín, J., Sora, B., Rodríguez-Muñoz, A. & Rodríguez-Carballeira, A. (2012). “Adaptación y validación de la versión española de la Escala de Conductas Negativas en el Trabajo Realizadas por Acosadores: NAQ-Perpetrators”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 28(3), 157-170. <https://doi.org/10.5093/tr2012a13>
- García-Roa, E. y Tapias-Torrado, L. (2012), “Discriminación y exclusión de las mujeres trabajadoras del sector salud en Colombia —Empleo, un tema pendiente para avanzar en la equidad de género en salud”, *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, Bogotá (Colombia).
- Geurts, S., Taris, T., Kompier, M. A & otros (2005), “Work-home interaction from a work psychological perspective: Development and validation of a new questionnaire, the SWING”, *Work & Stress*, 19(4), 319-339. <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02678370500410208#preview>
- Hoel, H., Glaso, L., Hetland, J, Cooper, C. L. & Einarsen, S. (2010), “Leadership styles as predictors of self-reported and observed workplace bullying”, *British Journal of Management*, 21(2), 453-468. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8551.2009.00664.x>
- Huerta, V. (1997), “Género y trabajo: la enfermería Universidad de Guadalajara”, *Revista de Estudios de Género*. Vol.1 Núm. 6. Disponible en: <https://doi.org/10.32870/lv.v1i6.312>

- Irigoyen, M. (2001), *El acoso moral en el trabajo*, Bs As: Paidó
- Lessa, S. (2002), *Mundo dos homens. Trabalho e ser social*, Sao Paulo: Boitempo.
- López-Cabarcos, M. Á., Vázquez-Rodríguez, P. & Gieure, C. (2017), “Gender and age differences in the psychosocial risk factors of workplace bullying”, *Psychology & Marketing*, 34(11), 1023-1030. <https://doi.org/10.1002/mar.21041>
- Luque, P., Gómez, T. y Cruces, S. (2000), “El trabajo: fenómeno psicosocial”, en C. Guillen Gestoso (Ed.), *Psicología del Trabajo para relaciones laborales*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Krieger, N. (2001), “Theories for social epidemiology in the 21st century: An ecosocial perspective”, *International Journal of Epidemiology*, 30(4), 668-677. <https://doi.org/10.1093/ije/30.4.668>
- Marx, K. (1980), “Cap. I: A Mercadería Rio de Janeiro”, en *O capital. Crítica da economia política*. Sao Paulo: Civilizacao Brasileira. [Original escrito en 1867]
- ONU Mujeres; IDLO; PNUD; UNODC; Pathfinders for Peaceful. (2020). Justice for women amidst COVID-19. Buenos Aires: ONU Mujeres.
- Palma, A.; Gerber, M. y Ansoleaga, E. (2022), Riesgos Psicosociales Laborales, Características Organizacionales y Salud Mental: El Rol Mediador de la Violencia Laboral”, *Psykhé* vol.31 no.1. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/psykhe/v31n1/0718-2228-psykhe-31-01-00104.pdf>
- Pérez Jáuregui, I. (2011), “Maltrato laboral: su evaluación”, *Revista académica Calidad de Vida UFLO*. Disponible en: https://cienciared.com.ar/ra/usr/41/1195/calidaddevidauflo_n6pp181_195.pdf
- Rico, M. N.; Marco, F. (2006). Mujer y empleo. La reforma de la salud y la salud de la reforma en la Argentina. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1949-mujer-empleo-la-reforma-la-salud-la-salud-la-reforma-argentina>
- Sabater, M. C. (2014). La interacción trabajo y familia. la mujer y la dificultad de la conciliación laboral. Universidad de La Rioja. España. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5029809>
- Salin, D. (2003), “Ways of explaining workplace bullying: A review of enabling, motivating and precipitating structures and processes in the work environment”, *Human Relations*, 56(10), 1213-1232. <https://doi.org/10.1177/00187267035610003>
- Sánchez, S. & Montoya, G. (2003), “Reflexiones en torno a las condiciones laborales de médicas y médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social”, *El Cotidiano*, vol. 19, núm. 122. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32512212>
- Sennett, R. (2000), *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona. España. Anagrama.
- Siegrist, J., Wege, N., Pühlhofer, F. & Waherendorf, M. (2009), “A short generic measure of work stress in the era of globalization: Effort reward imbalance”,

International Archives of Occupational and Environmental Health, 82(8), Article 1005. <https://doi.org/10.1007/s00420-008-0384-3>

Yada, H., Abe, H., Omori, H., Matsuo, H., Masaki, O., Ishida, Y. & Katoh, T. (2014), "Differences in job stress experienced by female and male Japanese psychiatric nurses". *International Journal of Mental Health Nursing*, 23(5), 468-476. <https://doi.org/10.1111/inm.12080>

World Health Organization (2000), The world health report 2000. Health systems: Improving performance. http://www.who.int/whr/2000/en/whr00_en.pdf

Wlosko, M. & Ros, C. (2008). Violencia laboral y organización del trabajo en personal de enfermería. XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. Bs As. <https://www.aacademica.org/000-032/256>

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ANÁLISIS DOCTRINA JUDICIAL Y *CONSTITUCIONAL



MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS PROPINAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES¹

SUBSTANTIAL MODIFICATION OF TIPS UNDER ARTICLE 41 OF THE WORKERS' STATUTE

Alejandro Zalvide Bassadone
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0001-5261-9057
alejandro.zalvide@dam.uhu.es

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DE HECHO. 3. ANÁLISIS JURÍDICO. 3.1. Naturaleza jurídica de la propina. 3.1.1. *El carácter de liberalidad*. 3.1.2. *La propina en la hostelería*. 3.1.3. *Naturaleza extrasalarial*. 3.2. El derecho a percibir propina como condición de trabajo. 3.3. El carácter de modificación sustancial. 4. VOTO PARTICULAR. 5. COMENTARIO FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo 635/2021, de 17 de junio (ECLI: ES: TS: 2021: 2679), objeto de análisis, resuelve el caso de una empresa que gestiona distintas cafeterías en el ámbito hospitalario y que tras funcionar durante varios años permitiendo que sus trabajadores obtuviesen propinas de sus clientes, deniega unilateralmente tal posibilidad. Justifica la empresa esta decisión tras someterse a una auditoría interna, que pone de manifiesto la difícil trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, con

1. El presente trabajo se inserta en el ámbito del Proyecto I+D+i del MCIU, referencia: RTI2018-096674-B-C21, titulado: “el salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital”.

dinero fuera de caja, entendiendo como parte de este problema la existencia de botes destinados a propina.

Los aspectos fundamentales del asunto se basan en el análisis de una serie de características que rodean a la propina en el marco laboral, muy especialmente en relación a su naturaleza jurídica, a su configuración como condición de trabajo y a su consideración en el ámbito de las modificaciones sustanciales. Se llega a una doble conclusión, que pone de manifiesto el especial interés de la sentencia, por un lado, en cuanto al reconocimiento que se le otorga al empresario como parte del poder de organización y dirección que le es inherente, para decidir si los trabajadores pueden o no percibir propinas de los clientes, una cuestión que pone de manifiesto este carácter como una condición de trabajo más. Si bien, esta circunstancia ha de ponerse en relación con la otra de las conclusiones, ya que esta posibilidad se reconoce bajo dicha potestad tan solo *ab initio* de la actividad, toda vez que una vez admitida, aunque sea de forma tácita, no puede ser impedida de forma unilateral esa oportunidad de obtener propina, sino que ha de tramitarse bajo el procedimiento fijado para las modificaciones sustanciales previsto en el artículo 41 ET.

Asimismo, hay que destacar la existencia de un voto particular, que sin duda enriquece el debate jurídico de las cuestiones tratadas en la sentencia, focalizando la discrepancia en la configuración que se hace al respecto sobre la decisión empresarial adoptada y su singular consideración como modificación sustancial.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

Se declaran como hechos probados a modo de resumen y en carácter de clave, los siguientes: la empresa gestiona en virtud de la contrata correspondiente distintas cafeterías en el ámbito hospitalario y como consecuencia de una auditoria interna se detecta un problema de trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, con dinero fuera de caja, entendiendo como parte de ese problema la existencia de botes destinados a propina. La dirección de la empresa remite al Director Regional, junto con otros trabajadores y trabajadoras un correo electrónico sobre la gestión de efectivo como mejora del procedimiento, entre las que destaca como una de las prácticas propuestas al efecto, el no permitir el uso de “botes” en los centros, siendo a partir de entonces cuando en los tickets de caja figura la expresión “no se admiten propinas”. El importe anual que recibe cada trabajador o trabajadora por las propinas es de unos 90 o 100 euros aproximadamente, dinero que se reparte solamente entre los trabajadores fijos, pero no entre los temporales.

Se interpone demanda de conflicto colectivo por parte de los sindicatos CC.OO. y UGT contra la titular mercantil Serunión S.A., solicitando que se declare la nulidad de la decisión empresarial de suprimir las propinas en los centros de trabajo y

reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar percibiéndolas en los mismos términos y formas. Con fecha 29 de julio de 2019 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dicta sentencia desestimando la demanda, que es posteriormente recurrida ante el Tribunal Supremo, estableciendo como conclusión que:

“la propina no tiene carácter salarial ni se integra en ninguna de las demás materias contempladas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no requiere por parte del empresario cumplir los requisitos contemplados para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, singularmente la negociación previa con los representantes de los trabajadores. Tampoco puede ser considerada una condición de trabajo más beneficiosa ni una costumbre laboral pues no depende del empresario sino de la libre voluntad del cliente”.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

La cuestión principal se centra en revelar si una empresa de hostelería puede disponer, de manera discrecional, sobre la entrega de propinas en sus centros de trabajo. Este objetivo se basa fundamentalmente en el análisis de tres cuestiones esenciales: la naturaleza jurídica de la propina, el derecho a percibir propina como condición de trabajo y el carácter de modificación sustancial.

3.1. Naturaleza jurídica de la propina

El punto de partida, a la vez que determinante, para poder interpretar la naturaleza salarial o no de la propina, es analizar la consideración que sobre la misma hace la sentencia del Supremo, en la que entiende como tal, “la donación que, voluntariamente, la clientela puede realizar en favor de quienes le han atendido”. A este respecto, parece conveniente ampliar en algo dicha consideración, recurriendo para ello al Convenio de la OIT sobre condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares² (sobre el cual se volverá más adelante), que en su artículo 6.1, establece: “El término propina significa el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos”.

3.1.1. *El carácter de liberalidad*

En primer lugar y siguiendo el orden que establece la sentencia a este respecto, interesa resaltar, el carácter de voluntariedad o “liberalidad” según el acervo jurisprudencial

2. C172-Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172).

español y que pone de manifiesto el hecho de proceder de la discrecionalidad de un tercero, un aspecto en cualquier caso relevante y coincidente en las definiciones manejadas. Ahondando aún más en esta apreciación y en el comportamiento social más extendido, el trasfondo de la dadiva proviene del reconocimiento por el buen trato o servicio recibido, quedando en cualquier caso a decisión del cliente tanto la entrega en sí como el montante de la misma.

Esta apreciación, aunque mayoritaria, no siempre ha sido compartida en los distintos ámbitos de actividad en los que suele aparecer, como ocurre, por ejemplo, en el de los cruceros turísticos, que se materializa a modo de imposición y no fruto de la voluntariedad del pasajero. En otros casos, va a depender del lugar o país en el que nos encontremos, donde en algunos casos su abono se establece con carácter obligatorio como recargo por servicio, y sin embargo en otros ocurre justamente lo contrario y se impone su prohibición³.

Además de esa voluntariedad, otra de las cuestiones coincidentes que va a poner de manifiesto su exclusión salarial, es el hecho de provenir de una tercera persona ajena a la relación laboral, de tal suerte que ya la jurisprudencia viene considerando como determinante este hecho y así viene apreciándose de forma recurrente en numerosas sentencias. Algunas citadas a modo ilustrativo en la sentencia de referencia, como la STS 7 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1442), la STS 14 septiembre 1987 (ECLI:ES:TS:1987:14360), o la STS 23 mayo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2654).

Este factor en cuanto a la intervención de una tercera persona, ya era una cuestión que se revelaba en los primeros estudios jurídicos de la doctrina como la clave del debate, al entenderse como hecho determinante el ser ajena a la relación laboral⁴. Cuestión ampliamente avalada en análisis doctrinales posteriores en los que de forma reiterativa se alude al hecho de ser abonadas por personas distintas del empresario⁵. Se evidencia una y otra vez ese carácter extrasalarial por la existencia de una intervención ajena a la relación de trabajo ya sea por propia liberalidad del cliente o como consecuencia de un uso social⁶. Incluso se ahonda en esta última cuestión entendiendo que en realidad estas liberalidades de uso, no se realizan propiamente por ese ánimo liberal, sino más bien por el hecho de tratarse de una práctica social muy extendida en cierto tipo de actividades, y consecuentemente no deben considerarse donaciones en el sentido técnico-jurídico⁷.

3. OIT, informe final. Reunión de expertos para adoptar pautas sobre trabajo decente y turismo socialmente responsable (Ginebra 20-24 de febrero 2017). 2017, p. 64 apartado c), 740, se señala cómo “en algunos países como Argentina, la percepción de propina estaba prohibida por convenio colectivo”.

4. Voirin 1931.

5. Montoya Melgar 2016.

6. Fernández Avilés 2000.

7. Albaladejo García, Díaz Alabart 2006.

3.1.2. *La propina en la hostelería*

Dejando al margen las particularidades ofrecidas sobre el tratamiento de la propina en los casinos, la cuestión hay que centrarla en el sector de actividad objeto de la sentencia, es decir, en la hostelería. Siendo precisamente en este ámbito donde la propina tiene un mayor arraigo como uso social, cuyo sentido actual más extendido la considera como una dádiva otorgada en reconocimiento por el buen servicio recibido. Aunque no siempre ha sido entendida de la misma guisa, ya que en sus orígenes la clientela que acudía a estos establecimientos, a sabiendas de los ingresos tan bajos que percibían los trabajadores que a estos menesteres se dedicaban, tenían por costumbre dejar una cantidad directamente al personal para tratar de compensar dicha carencia. Una práctica que contaba con el beneplácito de los empresarios que veían en este sistema una medida para ahorrar posibles subidas salariales, entendiendo en su argumentación que los ingresos extras obtenidos por los trabajadores y trabajadoras se originaban con ocasión o como consecuencia, precisamente, de disfrutar de esos trabajos.

Tal vez este último argumento sobre la propina y el hecho de su expansión social en el sector de la hostelería, sirvieron como detonantes para encontrar un reconocimiento en la normativa laboral internacional especialmente dirigida a este ámbito de actividad, donde la OIT en su Convenio C-172 (ya citado), se preocupó no solo de su terminología, sino de otra circunstancia determinante y así en su art. 6.2, establece que: “independientemente de las propinas, los trabajadores interesados deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad”. Y es precisamente en este sentido en el que debe entenderse el uso de la propina y consecuentemente no como argumento para poder liberar al empleador, ni siquiera en parte, de su obligación principal de pago en la relación laboral, ni tampoco para intentar justificar desde el lado empresarial el abono de unos salarios bajos. Ya que de lo que se trata es de reconocer la medida como un uso social favorecedor hacia este colectivo de trabajadores, a la par que garantizar la remuneración básica y regular debida a toda persona trabajadora.

En el análisis sobre la naturaleza de la propina y en particular en el caso de la hostelería, se centra la sentencia en una referencia jurisprudencial sobre una cuestión relativa al concepto de “servicio”, siendo esta una previsión que ya contemplaba la antigua Ordenanza Laboral de Hostelería en su artículo 52 y de la que han derivado posteriores convenios colectivos del sector. En esencia, viene a significar un reconocimiento retributivo a estos sujetos trabajadores, para que perciban en concepto de servicio un porcentaje que se carga sobre el importe neto de las facturas satisfechas por los clientes.

El planteamiento realizado gira en torno a la obligación que le corresponde a la empresa, si al final cobra a los clientes por el concepto de servicio, de tener que

abonar a sus empleados la totalidad de dicha partida y no una cantidad inferior después de practicar determinadas deducciones. No obstante, y con independencia de que el razonamiento esgrimido en la sentencia está bien argumentado, en realidad, no se corresponde con el objeto del debate, ya que tiende a confundir dos conceptos como el de servicio y propina que, aunque estén ciertamente relacionados no son lo mismo. De tal forma, que el concepto de servicio en bares y restaurantes se refiere al proceso de atenciones que han de suministrar los trabajadores y trabajadoras de este sector para atender correctamente a sus comensales y sobre los que en el asunto planteado se ha venido cobrando de forma diferenciada a la hora de emitir facturas y del que consecuentemente las propinas no forman parte.

A este respecto, vuelve a tener interés traer a colación el C-172 de la OIT, que en su conceptualización del término propina, dice que es el dinero que el cliente da “voluntariamente” al trabajador, y añade matizando inmediatamente a continuación: “además del que debe pagar por los servicios recibidos”. Por lo que cualquier cargo o recargo por servicio se debería entender como una partida distinta del precio final a cobrar al cliente y que pone de manifiesto una vez más que no debe confundirse con el término propina.

Es más, la propia sentencia reconoce en su exposición como doctrina unificada, el argumento por el cual se reconoce que si la empresa carga en la factura al cliente un porcentaje (en este supuesto del 15%) destinado al servicio, “puede aminorar y hasta suprimir la generosidad del cliente a la hora de dejar alguna propina”. Por consiguiente, no solo se está diferenciando los dos términos acuñados de servicio y propina, sino que se sobrentiende que el hecho de cargar en la factura uno de ellos, el de servicio, va a repercutir negativamente en el otro, la propina, llegando incluso a considerar no solo una minoración en su dispendio, sino una posible disuasión de la intención. Además del hipotético sobrecoste que supondría integrar los dos factores y de la más que probable confusión de la clientela sobre si al final todo forma parte de lo mismo, es decir, si realmente todo ha de entenderse como propina. Por lo que se presenta una situación en la que pese a la manifiesta interrelación propina-servicio, plantea un cariz bien distinto al que se interpreta en la sentencia de recargo por servicio para el caso de la hostelería, entendiéndose que de forma innecesaria.

En definitiva, las propinas son entregadas voluntariamente por un tercero que recibe unos servicios prestados por los trabajadores y trabajadoras en determinadas actividades, siendo una de las más frecuentes la de hostelería y todo ello aun a costa de ser recibidas como consecuencia del trabajo⁸. Todo lo cual nos traslada a valorar si su repercusión en este marco de actuaciones puede interpretarse como costumbre profesional, como se destaca en los antecedentes de hecho, aunque para negarlo por esa falta de obligatoriedad que debe ser inherente a este tipo de fuente del Derecho del

8. Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, García Murcia 2017.

Trabajo, o si dicho uso puede entenderse como la antesala necesaria para su consideración como condición de trabajo, entendida como el derecho a percibir propinas y consecuentemente por ser esa la dirección. Una cuestión sobre la que el Ministerio Fiscal en el informe favorable a la estimación del recurso, entiende que las propinas en el ramo de la hostelería y restauración, y más concretamente, el hecho de su prohibición es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

3.1.3. *Naturaleza extrasalarial*

De lo que no parece desprenderse ninguna duda, es de la conclusión unánime del carácter extrasalarial de la propina, salvando como bien recuerda la sentencia, y cuyo análisis ya ha sido suficientemente desmembrado, el caso singular de las casas de juego y su “dualidad ontológica” y sobre la que, en cualquier caso, se advierte sobre “la imposibilidad de considerar como salario la propina que excede del importe garantizado por convenio”. Asimismo, recuerda con indudable acierto la sentencia una referencia de la STS 7 noviembre 1985 (ECLI: ES: TS: 1985:1442), en la que considera la falta de concurrencia de las características propias del salario, en aquellas percepciones que son irregulares, variables, imprevisibles, incuantificables e inexigibles, que no retribuyen una actividad laboral específica y que dependen de la liberalidad de un bienhechor ajeno a la relación laboral.

Por tanto, se manifiesta una y otra vez, la falta de una de las notas esenciales de la consideración de salario, ya que este debe correr a cargo del empleador o empresario, en lo que debe ser una clara manifestación del carácter sinalagmático que debe presidir toda relación laboral.

3.2. El derecho a percibir propina como condición de trabajo

El segundo de los aspectos fundamentales en los que se centra la sentencia a la hora de abordar la resolución del recurso, viene referido al encuadramiento de la propina en el contexto de la relación de trabajo y muy singularmente como condición de trabajo, entendiendo esta cuestión como argumento previo necesario para poder encarrar la última de las consideraciones, relativa a una posible modificación sustancial al amparo del artículo 41 ET.

Para ello, se ha de partir de una de las premisas sobre la que se manifiesta la sentencia a modo de recapitulación, en su referencia a no considerar como de naturaleza salarial la propina, siendo esta una circunstancia plenamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como ya se señalaba en las conclusiones previamente analizadas. Aunque sí se hace preciso conectar el ámbito de la propina con las condiciones de trabajo y más concretamente con la relación de materias que contempla el artículo 41 ET, ya que la propina es una circunstancia que no aparece incluida

en dicho listado. No obstante, el propio precepto se encarga de aclarar que “entre otras” prevé una relación de condiciones de trabajo susceptibles de ser modificadas, lo que pone de manifiesto el carácter abierto de dicha lista que los relata de modo significativo, pero en cualquier caso *ad exemplum*. En definitiva, cabe recordar aquello de “no están todas las que son ni son todas las que están”.

Luego la posibilidad de incorporar a este método de actuación otras condiciones diferentes, deja abierta su consideración para el caso que nos ocupa, en relación al derecho a percibir propinas que venían disfrutando pacíficamente los trabajadores y trabajadoras. Aunque antes hay que tratar de situar si realmente una circunstancia como la de la propina puede o debe enmarcarse realmente en el panorama de las condiciones de trabajo. En este sentido, el Tribunal Supremo alerta, de forma acertada, sobre el desenfoque inicial en el que incurre la sentencia de instancia, que plantea el conflicto colectivo trasladando el debate sobre la base de la naturaleza extrasalarial de la propina, ya sea desde la óptica de los que la perciben o ya desde quienes libremente la abonan.

De hecho, el argumentario utilizado por el alto tribunal para constatar dicha cuestión y pese al alejamiento inicial del ámbito de la propina, sí parece bastante acertado. Para ello parte de la realidad del caso en el que se manifiesta la posibilidad permitida hasta entonces por la empresa y sus predecesoras, de obtener unos ingresos adicionales a los salariales, que, aunque provengan de terceros y se manifiesten de forma incierta, vienen constituyendo una circunstancia o condición ventajosa que se ha ido incorporando al acervo patrimonial del empleado. Y es que la ocasión de poder obtener propina solo puede revelarse como consecuencia del trabajo, y ello con independencia de la motivación que la suscite y del montante de su cuantía, ya que lo significativo, al menos en este momento, es constatar que, como fruto de la actividad laboral desarrollada por el sujeto trabajador, percibe unos ingresos de carácter complementario. Por lo que un cambio de actitud empresarial, en el sentido de prohibir la posibilidad de su otorgamiento por parte de la clientela va a tener un efecto negativo en el ámbito laboral, en cuanto a provocar de forma indirecta una merma de los ingresos que hasta entonces venían obteniendo estos empleados.

Incide el alto tribunal en la vertiente laboral de la propina al destacar como en los convenios colectivos se han podido adoptar decisiones sobre su distribución. Siendo no solo una cuestión factible en el ámbito de la negociación colectiva, sino de gran utilidad práctica en sectores de actividad donde se maneja propina, muy especialmente en el de la hostelería, ya que el sistema posible de reparto del bote de propinas puede tener muchas variables como las de orden temporal en cuanto al momento de su reparto, o las relacionadas con el trabajo desarrollado por el personal para así poder calcular las cantidades imputables a cada trabajador. Sea esa posible forma de

9. Areta Martínez 2021.

regular vía convencional, o en su caso de forma pactada o bien por consentimiento tácito, el caso es que constituye una condición relacionada con la actividad laboral.

En el mismo sentido, ilustra la sentencia como la propia jurisprudencia del Supremo reconoce en distintas causas como el derecho a percibir propinas, aun siendo algo bien diverso a su consideración salarial, puede ser parte integrante del contrato de trabajo. Para ello pone como ejemplo la STS 581/2020 de 2 julio, que vislumbra el caso de un despido disciplinario por apropiación del sujeto trabajador del dinero de caja y del bote de las propinas, lo que en definitiva se reveló como una grave transgresión de los deberes contractuales.

Consecuentemente, la decisión del empresario de permitir o no el disfrute de propina puede entenderse como una manifestación más del poder de organización y dirección del empresario, algo que parece un planteamiento acertado por cuanto estos emprendedores deben poseer la facultad de organizar libremente sus medios materiales y personales en el marco de su estrategia empresarial. Incluso su prohibición puede parecer una política acertada en algunas actividades productivas, sin embargo, en el ramo de la hostelería cuesta más entender la negativa por parte del empresario ante tal praxis, ya que los trabajadores de este ramo cuentan tradicionalmente con este plus en su partida de ingresos.

El Ministerio Fiscal sostiene esa misma línea argumental prolongando su sentido, al entender que cualquier trabajador de este ramo de actividad considera las propinas como un cierto complemento y que en caso de excluirse contractualmente intentaría negociar una compensación. Siendo la propina una costumbre habitual en el ámbito de la hostelería, tiene lógica el razonamiento en cuanto al carácter asociativo de los trabajadores y trabajadoras de este sector, con respecto al hecho de prestar un servicio a sabiendas que además de la retribución pertinente proveniente del empresario van a encontrar otra recompensa moral y sobre todo económica en la propina. Por consiguiente, el veto que pudiera implantarse por parte del empresario ante este uso social, sin lugar a duda provocaría una reacción entre los empleados, que, con más razón se daría si previamente ha sido admitida pacíficamente por la empresa, como así queda patente en el caso objeto del litigio.

El carácter laboral de la decisión empresarial y su contenido también son propicios para argüir a favor de la percepción de la propina como condición laboral, tal y como también se apunta en esta parte de la sentencia, aunque sin mucho detalle. Lo que puede detectarse de la misma instrucción en la que formaliza la empresa su prohibición, ya que tras una auditoria y con la intención de mejorar el control de efectivo, se incluyen una serie de medidas a adoptar por los trabajadores y trabajadoras, entre las que incorpora algunas prácticas que sí se pueden realizar y otras que no, entre las que se incluye la consabida de no permitir el uso de “botes” en los centros. Luego, esta toma de decisión por parte del empresario, aunque sea con ánimo prohibitivo incorpora un tema sobre recaudación de propinas, junto a otra serie de tareas

propias y habituales que desarrollan los empleados como consecuencia de la actividad laboral realizada en el centro de trabajo.

El tratamiento de la propina en el panorama de las relaciones de trabajo puede plantear dudas sobre si algo que parece situarse en una esfera exterior a la relación laboral, donde los puntos de referencia son por un lado la relación empresa-cliente y por otro la relación trabajador-cliente, pueda insertarse en la estructura que han de conformar las condiciones de trabajo¹⁰. Desde esta perspectiva sí parece como algo ajeno al vínculo contractual existente entre las partes, pero la correlación entre propina y trabajo también parece indudable y consecuentemente la influencia que puede ejercer esta en el panorama laboral tampoco puede obviarse.

Por tanto, la posibilidad de percibir propina, como condición de trabajo queda suficientemente contrastada en la sentencia en base a todas esas reflexiones planteadas. Conviene asimismo recordar, como la OIT en el C-172, situaba en uno de sus preceptos a la propina enmarcándola así en el panorama laboral, dentro de una normativa además que ya por propia denominación aparece titulada precisamente como: “Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes)”.

3.3. El carácter de modificación sustancial

El planteamiento inicial del que parte este considerando se refiere al ámbito cuantitativo de la propina, que aparece entre los hechos probados (en torno a cien euros anuales), y donde se pone de manifiesto la exigua trascendencia económica de la decisión empresarial y que por tanto podría conllevar a la desestimación de la demanda. Sin embargo, no entiende el tribunal que sea este el parámetro adecuado para valorar la trascendencia del asunto, al entender que se dan otra serie de circunstancias que se han de tener en consideración.

La primera de ellas se refiere al hecho de que no se está ante una prestación de las que corresponde abonar a la empresa y en consecuencia no se puede plantear como una rebaja retributiva acordada por la misma. Un planteamiento sobre la naturaleza jurídica de la propina en cuanto a su carácter extrasalarial que ha sido sobradamente analizada y sobre la que existe unanimidad tanto jurisprudencial como doctrinalmente y a la que se adhiere esta sentencia e incluso el voto particular.

La siguiente reflexión se dirige hacia la opción que tienen los trabajadores de extinguir el contrato al amparo del art. 41.3. ET, lo que entiende el alto tribunal que nos es el objeto del debate y sí lo es, la validez o no de suprimir una condición de trabajo. Efectivamente la opción de la extinción indemnizada a la vista de dicho precepto les corresponde a aquellos trabajadores que se consideren perjudicados por la modificación sustancial operada. Una circunstancia que a la vista de los

10. García Murcia 2021.

acontecimientos relatados en el caso no parece encontrar respuesta en dicho artículo, al no poder enmarcarse entre las posibles modificaciones del mismo que así lo amparan. Si reconoce el artículo el perjuicio que pudiera originarse sobre el sistema de remuneración y cuantía salarial previsto en la letra d) del apartado 1, pero sobre la que por razones antes expuestas no ha lugar y sobre la que en cualquier caso se requiere la existencia de un perjuicio de orden significativo que no cabe apreciar en este supuesto. Quedando en cualquier caso el debate orientado en otra dirección bien distinta, en relación a la viabilidad de eliminar una condición laboral según la forma en la que se ha llevado a cabo, es decir, bajo el criterio asumido según el poder de dirección y del *ius variandi*, o si en vez de entender estas modificaciones como accidentales, se debería haber seguido el procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET.

Otro de los considerandos del texto de la sentencia que aboga por el mantenimiento de las condiciones de trabajo, salvo que se alteren por las vías legalmente previstas, juega el hecho de estar ante un supuesto en el que ha habido varias subrogaciones empresariales precedentes, que han venido permitiendo esa posibilidad de obtener propinas. Efectivamente, la existencia de sucesivas contrataciones que son muy antiguas y que vienen permitiendo pacíficamente la posibilidad de percibir propinas, hace que se considere como condición de trabajo a la vista de esa tolerancia empresarial mantenida durante un largo periodo de tiempo y que ahora se pretende eliminar de forma unilateral.

Sin duda, uno de los aspectos sobre el que es preciso hacer algunas aclaraciones es el relativo al importe de la propina, ya que el promedio que se viene percibiendo por cada trabajador ronda los cien euros anuales, lo que pudiera parecer una cantidad de poca entidad y con escasa trascendencia como para influir en la toma de decisión empresarial. Es verdad, que, como bien señala la sentencia, tanto el importe como la propia existencia de la propina van a tener un carácter incierto.

En este sentido, hay que tratar de realizar algunas matizaciones al respecto, empezando para ello por el origen del que parte la propina, ya que es una decisión que le va a corresponder al cliente. Para ello evidentemente, se lo han de permitir, pero a partir de ahí es el usuario quien en su fuero personal decide sobre si dejar propina y en su caso cual va a ser el importe, lo que conjuga dos variables muy difíciles de saber a priori. Una, en cuanto al hecho de dejar propina o no, considerando para ello que de forma aislada un número equis de clientes pueden no dejar nada, pero en general en este ámbito de actividad, como asimismo se constata en el propio supuesto, no hay ninguna duda sobre la existencia final de un bote de propinas. Sin embargo, el asunto sobre el importe sí que va a tener un carácter más incierto, al depender de factores no solo relativos al buen servicio recibido, sino también a otros de carácter exógeno a esa relación, ya que pueden influir aspectos tan variados como el importe total de la factura, la capacidad económica del sujeto, la costumbre del lugar, incluso

la nacionalidad del cliente y un largo etcétera de posibles influencias. Así, la cuantía existente como promedio anual en el momento de adoptar la decisión se puede ver alterada de cara al futuro al alza o a la baja, con lo que el hecho de vetar un ingreso en estas condiciones no debe venir marcado por el importe actual o una media aritmética, ya que el futuro devengo de este concepto igualmente podría crecer exponencialmente y como bien concluye la sentencia a este respecto, no cabe cifrar su valor económico por lo que haya sucedido en el pasado.

El siguiente considerando se refiere a la finalidad de la propina, entendiendo el tribunal que no es solo una cuestión económica, sino también de índole moral, al comportar un reconocimiento o satisfacción de la clientela. Y es que efectivamente, hoy en día se entiende ya superada esa fase inicial desde un punto de vista histórico, en la que la propina venía a cubrir una carencia económica a nivel retributivo de los trabajadores y trabajadoras de hostelería, para actualizar un recurso que, si bien tiene una componenda económica para la persona trabajadora, no lo es menos que sirve también a modo de recompensa personal por un trabajo bien hecho. De hecho, es de pura lógica entender que una situación contraria a la anterior, es decir un servicio mal prestado difícilmente va a encontrar alguna recompensa en concepto de propina. Por lo que, en definitiva, el grado de satisfacción del cliente por el servicio prestado va a permitir gratificar al sujeto trabajador en ese doble sentido, tanto económico como personal o moral.

Más difícil de entender es la siguiente conexión que establecen los magistrados en cuanto a vincular los desórdenes contables detectados por la auditoría y la prohibición de percibir propinas con el perjuicio al honor de quienes trabajan. En el relato de hechos probados se reconoce como el principal problema detectado por la auditoría interna, la gestión de efectivo en base al descontrol en su trazabilidad y que como consecuencia la empresa elabora un plan de acción que pretende corregir esta circunstancia en base a una serie de recomendaciones. Un relato de hechos que ponen de manifiesto en un primer momento un desajuste empresarial en la gestión del “cash” y una posterior toma de decisión para su mejora, con una batería de medidas de distinta índole, entre las cuales se encuentra la que prohíbe la propina en sus centros de trabajo. Luego, con independencia del acierto o no de las medidas adoptadas o de la forma unilateral en la que se adopta, no parece existir ningún señalamiento personal ni grupal que pudiera indicar algún tipo de mancillamiento o perjuicio en el honor de quienes trabajan en estas tareas.

Todo lo cual lleva al alto tribunal a considerar, que la empresa dentro del poder de organización y dirección que le otorga el artículo 1.1 y el 20.1 del ET, puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela. No sin aclarar que, cuando esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexiste se ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 ET, por el hecho de estar ante una condición de trabajo cuya eliminación se entiende relevante

desde diversas perspectivas. Por lo que sitúa la existencia de la propina en el ámbito comercial de la empresa y por consiguiente como una medida más a tomar por el empresario dentro de su poder decisorio, pero tan solo como un reconocimiento inicial, ya que, si esa práctica está previamente instaurada o simplemente tolerada, se perdería esa potestad unilateral y un posible cambio de criterio debería seguir el procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales.

A la vista de todo lo anterior da la razón la sentencia al recurso planteado contra la sentencia de instancia entendiendo que la condición laboral sobre la propina existe, pero entendida como tolerancia empresarial a que la clientela pueda abonar las mismas. Por lo que un cambio de parecer por parte de la empresa eliminando esa ocasión de ganancia viene a constituir un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en relación a otros aspectos relativos al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas. Por lo que la decisión empresarial se declara nula al no haberse sometido a las exigencias del artículo 41 ET, y se reconoce la pretensión de los trabajadores a seguir percibiendo las propinas. Destacando no obstante en el fallo con un criterio más que acertado, que la pretensión del recurso no puede ser asumida en los mismos términos y formas, toda vez que ha quedado patente la existencia de un trato diverso en función de la duración contractual y que se considera contrario tanto a la normativa de la UE como a nuestro ordenamiento jurídico, destacando al efecto lo preceptuado en el artículo 15.6 ET. Consecuentemente no cabe excluir en dicho reconocimiento a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada.

4. VOTO PARTICULAR

El voto particular comparte con la sentencia todo lo relativo a la naturaleza jurídica de la propina y su planteamiento, así como el hecho de que el asunto no ha de referirse directamente a las propinas, sino al derecho a su percibo en relación a la decisión adoptada por la empresa de no admitir propinas de los clientes. La base sobre la que se asienta también coincide en cuanto a la circunstancia asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que para determinar el carácter sustancial o no de la modificación no puede acudirse al listado del artículo 41 ET, al ser meramente ejemplificativo, por lo que no incorpora todas las posibles modificaciones y ni tan siquiera debe otorgarse el carácter de sustancial a toda modificación de las que sí aparecen.

La discrepancia pues se centra en la configuración que desarrolla la sentencia respecto a la toma de decisión empresarial, en cuanto a su interpretación como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la consiguiente necesidad de seguir el procedimiento previsto en el artículo 41 ET. Para ello, en su construcción argumental se basa el magistrado en la dificultad existente a la hora de delimitar que se

debe entender por “modificación sustancial” al ser un concepto jurídico indeterminado sobre el que no existe una noción definitiva y que precisa de la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, tal y como deja constancia con un buen número de sentencias en este sentido.

Por lo que la cuestión se centra en el propio carácter de la modificación y la repercusión de la misma en el ámbito de la relación laboral preexistente. Tiene en cuenta para ello el magistrado, que en este caso la política de propinas y su limitación pertenece a la relación comercial del empresario y su clientela, aunque indirectamente pueda afectar a los trabajadores, y que difícilmente pueda interpretarse como condición de trabajo y mucho menos que su modificación pueda entenderse como sustancial. Considerando al respecto que no se produce ninguna transformación fundamental de la relación laboral y no solo por la escasa trascendencia económica que se desprende de los hechos probados, sino por no afectar ni a las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto.

En términos generales concluye que el empresario podía adoptar esa decisión sin necesidad de someterse al procedimiento del artículo 41 ET, básicamente por ser una cuestión relativa a su relación con terceros y por esa escasa cuantía y trascendencia, por lo que según criterios jurisprudenciales reiterados no puede considerarse como modificación sustancial. Añade una valoración singular al respecto al considerar que, aun entendiendo la cuestión situada en el ámbito de la política comercial de la empresa, si pudiera originar un perjuicio a los trabajadores debería ser compensado bien vía negociación colectiva o acuerdo, o en última instancia por la vía jurisdiccional.

En relación a los planteamientos aludidos y dejando al margen las coincidencias con la sentencia del tribunal, cabe decir que efectivamente la consideración de modificación sustancial es un concepto jurídico indeterminado y por consiguiente una circunstancia harto compleja y no debe ceñirse al listado del artículo 41 ET pues es una lista abierta con otras cabidas y sobre la que tampoco es suficiente el hecho de aparecer en el precepto ya que cualquier variación en alguna de ellas no garantiza la consideración de sustancial, tal como se ha venido manteniendo en el análisis de la sentencia. Por lo que en este sentido se hace necesario recurrir a la casuística y en todo caso analizar los detalles que rodean singularmente a cada caso. Es desde esta perspectiva desde la que el voto particular se posiciona en su base argumental sobre el carácter de la modificación y en la posible repercusión en la relación laboral precedente. El debate se traslada por tanto al ámbito de la propina, no compartiendo a este respecto el parecer de este voto, por entender, que lo manifestado en el mismo, en cuanto al hecho de que la política de propinas pertenece al círculo exclusivo del empresario con el cliente, no parece ser tan así, ya que la repercusión de la misma afecta directamente al entorno de los sujetos trabajadores, ya sea en positivo o en negativo, máxime en este sector de actividad, donde se viene interpretando esta práctica como un uso social de lo más habitual.

Sí parece coherente que la decisión inicial sobre la admisión de propina o no pertenezca libremente a la potestad del empresario, lo que no significa que no afecte a los sujetos trabajadores, ya que les privaría la posibilidad de obtener unos ingresos extras con los que ya cuentan de antemano en este sector, por lo que ya desde ese primer momento habría que trasladar la cuestión a otro escenario, el de la compensación. Sin embargo, tal posibilidad solo se contempla por el magistrado para cuando la decisión del empresario sea adoptada en un momento posterior al inicio de la actividad, ya que en este caso y por razones obvias si va a originar un cierto perjuicio a los empleados y empleadas por pequeño que sea. Por lo que, aunque solo se reconozca esta opción para una empresa ya en activo, si parece reconducir de nuevo la cuestión, y en contra de su parecer, a la repercusión que al fin y al cabo genera la propina en el entorno laboral, aunque todo parta de una relación inicialmente ajena como la de empresario-cliente.

Otro de los aspectos sobre el que se asienta el magistrado para desestimar el carácter sustancial de la modificación, se refiere a la escasa cuantía que tiene de repercusión por cada sujeto trabajador, una circunstancia sobre la que se discrepa y que ya ha sido suficientemente tratada al respecto en el análisis de la sentencia.

Lo que sí conviene al menos señalar como muy acertado es la crítica realizada en este voto e igualmente sustentada en el texto de la sentencia, sobre el hecho de que la propina beneficie tan solo al personal fijo y no al temporal, incidiendo en la vulneración que ello supone por trato discriminatorio tanto de nuestro ordenamiento jurídico como de los principios generales y la jurisprudencia de la UE.

5. COMENTARIO FINAL

La sentencia parte de una realidad triangular que no es fácil de conjugar en el panorama laboral, en la que intervienen empresario, cliente y sujeto trabajador, y donde la propina se convierte en su nexo de unión o como sucede en este caso de desunión. En su construcción trata de acercar una circunstancia aparentemente externa a la relación de trabajo como la propina a un círculo donde interviene muy distintos elementos con notables influencias laborales.

Se desmonta la sentencia recurrida que centraba la cuestión sobre la naturaleza extrasalarial de la propina y consecuentemente debía quedar al margen de la relación laboral, por lo que desde esa perspectiva no se le podía reclamar nada al empresario. Una circunstancia que interpreta el alto tribunal como desenfocada de la cuestión principal, aunque bien planteada en cuanto a su naturaleza jurídica. Obtiene el Tribunal Supremo un acercamiento nada fácil de conseguir desde ese carácter extrasalarial hacia la posibilidad de percibir propina como condición de trabajo.

Lo que sí parece reconocerse es una solución en cierta medida ecléctica para ambas partes, ya que trata de preservar ese poder de organización y dirección que le corresponde al empresario en virtud del artículo 1.1 y del 20.1 ET., en el sentido de poder prohibir la entrega de propinas, aunque tan solo al inicio de la actividad, ya que a partir de entonces pasa a formas parte del reconocimiento atribuible a los sujetos trabajadores, limitando así la posibilidad de su modificación unilateral por parte del empresario. En definitiva, si no se ejerce en un primer momento se pierde ese poder absoluto y se vería notablemente condicionada su forma de proceder.

Aunque la mayor dificultad o mérito de la sentencia, se refiere a esa decisión sobrevinida de impedir las propinas al considerarla como modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cuestión además sobre la que se centra el objeto fundamental de la discrepancia en el voto particular, pero que resuelve conjugando toda una batería de elementos que van dotando al asunto de un reconocimiento difícil de entender a priori, pero sobre la que se comparte la mayoría de argumentos para alcanzar dicha valoración. Una circunstancia que no ha de limitarse a la cuantía obtenida por cada trabajador o trabajadora, al entender esta cuestión como incierta y variable de cara a un momento posterior, y por tanto no suficientemente representativa para poder catalogar la cuestión. Y donde sí ha de ponerse en valor el derecho a su obtención, es en el hecho de ser una circunstancia admitida de forma pacífica tanto por la empresa actual como por sus predecesoras, lo que sin duda genera una expectativa en su percepción. Todo lo cual ofrece una mayor consistencia para su integración en el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, ya que no se puede eliminar sin garantías esa ocasión de ganancia con la que ya cuentan estos sujetos trabajadores.

En definitiva, hay que destacar el gran esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo para situar el alcance de la propina en el ámbito laboral, una tarea nada fácil ya que su origen proviene de la liberalidad de un tercero ajeno a la relación de trabajo. Cabe resaltar la ilustración realizada sobre la naturaleza jurídica de la propina tanto en su ámbito general como en el más específico del sector de la hostelería o el siempre tan particular de los casinos de juego. Se realiza también con acierto el paso posterior, centrando la realidad del caso en el derecho a percibir propinas y convirtiendo esta cuestión en el eje fundamental del debate, así como su proyección hasta posicionarlo como condición de trabajo. Desde este ámbito parte la última y trascendental consideración, en cuanto a que una decisión sobrevinida para impedir las propinas hay que desarrollarla como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por consiguiente elevando el nivel de importancia que tiene la propina en este ámbito de actividad.

Como valoración final hay que resaltar el especial significado que tiene la propina en el sector de la hostelería. En este sentido, hay que reseñar el primer pronunciamiento que realiza la OIT sobre la propina en su Convenio 172, precisamente regulando condiciones de trabajo en hostelería, y destacando el hecho de aportar su

concepto más extendido, en el que se integra la liberalidad del cliente a la hora de otorgarla, además de conectarlo con la obligación salarial que siempre y aparte han de percibir regularmente estas personas trabajadoras. Asimismo, hay que recordar como esa ocasión de ganancia en este sector de actividad en su primera orientación histórica, consideraba la propina como un suplemento que se daba por parte de los clientes a estos trabajadores y trabajadoras, a sabiendas de los bajos salarios que se pagaban en la hostelería. Aunque hoy en día se entiende teóricamente superada esa primera fase, entre otras cosas por la existencia de salarios mínimos que marcan un suelo de retribución, sin embargo, sigue siendo un sector de actividad no muy bien remunerado. Cabe señalar a este respecto como en los últimos tiempos se ha detectado una falta de personal en la hostelería y donde voces autorizadas del Ministerio de Trabajo en recientes declaraciones, apuntaban a una subida salarial por parte de la patronal como medida de solución para cubrir esas vacantes. Más allá, de valorar estas declaraciones o las críticas recibidas desde las organizaciones empresariales, sí cabe constatar como en la actualidad, aunque no en condiciones tan precarias como en otros tiempos, pero siguen dándose retribuciones muy bajas en este sector. Por lo que, pese a que a día de hoy la finalidad del cliente con el tema de la propina este motivada por otros criterios distintos, más en la línea de recompensa por el buen servicio recibido; este personal sigue contando con esos ingresos extras. Siendo por tanto el tema de las propinas una práctica habitual de enorme repercusión en este sector y por consiguiente su privación unilateral no debería darse ni aun al principio de la actividad sin una justa compensación y mucho menos si ese reconocimiento ya existe en la marcha de la empresa, aunque sea por simple tolerancia, entendiéndose entonces que un cambio de criterio supondría la obligatoriedad de tener que recurrir al procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales.

6. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia (2006), *La donación*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid.

Areta Martínez, María (2021), “La lista abierta (numerus apertus) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET): no están todas las que son ni son todas las que están”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, pp. 1-11, en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001266

Fernández Avilés, José Antonio (2000), *Configuración jurídica del salario*, Tesis Doctoral. Universidad de Granada, en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/35678>

- García Murcia, Joaquín (2021), “Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, pp. 1-10, en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001402
- Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín; García Murcia, Joaquín (2017), *Derecho del Trabajo*, Tecnos.
- Montoya Melgar, Alfredo (2016), *Derecho del trabajo*, Comercial Grupo Anaya.
- Voirin, Pierre (1931), *Estudio jurídico de la propina*, Graficas Gost.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



COLABORACIÓN NOVEL



LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL
EN LOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DE LOS
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: CASUÍSTICA Y
ALGUNOS ASPECTOS DOCTRINALES DESTACADOS

CONTRACTUAL GOOD FAITH TRANSGRESSION IN THE RECENT
PRONOUNCEMENTS OF THE SPANISH HIGH COURTS OF JUSTICE:
CASUISTRY AND SOME DISTINGUISHED DOCTRINAL ASPECTS

Jaime Román Lemos

Alumno del Doble Máster Universitario en Abogacía
y Asesoría Jurídico-Mercantil, Fiscal y Laboral.

Universidad de Sevilla

Orcid: 0000-0001-6537-647

jaime.roman.lemos@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 54 ET, tras señalar que el trabajador podrá ser despedido en caso de incumplimiento grave y culpable (art. 54.1), contiene un listado no exhaustivo de posibles causas de despido. Todas provocan litigiosidad, y todas evidentemente necesitan de una labor judicial que vaya perfilando sus contornos. Pero si eso es así con relación a cualquiera de ellas, con más razón parece que esto pueda predicarse de una (la de transgresión de la buena fe contractual), que, por “compleja y de amplios contornos”¹, juega casi a modo de cajón de sastre. Nuestro objetivo inicial fue aproximarnos a los perfiles teóricos de esta especial figura, acercándonos a la doctrina judicial más reciente sobre la cuestión (una treintena de sentencias de los Tribunales Superiores

1. STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 15 junio 2021 (JUR\2021\303172), FD 5º.

de los últimos dos años nos pareció una muestra significativa). Sin embargo, en un primer repaso de esa treintena de resoluciones pudimos comprobar que la mayoría optaba, en el aspecto teórico, por reiterar la jurisprudencia acacida bajo el sistema procesal anterior, repitiendo lo que en su día había dicho el Tribunal Supremo (cuando este funcionaba como última instancia a través del recurso ordinario de casación, y no como ahora solo mediante el de unificación de doctrina). Además, en ocasiones se reiteraban los pronunciamientos del TS a modo de aluvión, encontrándonos con extensos fundamentos de las sentencias de los TSJ que simplemente copian párrafo tras párrafo de aquellas sentencias. Esto, naturalmente, dificultaba la tarea de delimitar una doctrina propia de los tribunales autonómicos. Fue entonces cuando nos planteamos una óptica distinta de nuestro estudio: el acercamiento casuístico a la transgresión de la buena fe contractual. En este sentido, todos podemos tener una cierta idea de la base fáctica de otras causas de despido. Por ejemplo, podemos tener una idea ciertamente clara de qué es una ausencia al trabajo [cuestión distinta es si la ausencia puede quedar amparada en alguna justificación que haga inaplicable el art. 54.2.a) ET]; igualmente sabemos que un retraso supone la incorporación al puesto de trabajo más allá de la hora establecida [cuestión diferente es qué se entiende por repetición o cuándo, de acuerdo con la tesis gradualista tan seguida por nuestro TS, los retrasos adquieren entidad suficiente para apoyar un despido). Y así podíamos seguir viendo otras causas. Pero ¿qué es “transgresión de la buena fe”? ¿Nuestra percepción de este concepto es igual de clara que la que tenemos del de “ofensa física”? ¿O del de “atraso en la incorporación al puesto de trabajo”? Lo cierto es que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, respecto del cual justamente la casuística es el modo más eficaz que tiene el profesional del Derecho de acercarse al mismo; en palabras de un TSJ, estamos ante un “concepto jurídico indeterminado que exige la oportuna individualización en cada caso”². Por esta razón, más interesante que reiterar conceptos científicos, y más interesante que intentar un acercamiento teórico a sentencias que en muchísimos casos no hacen sino repetir la tradicional jurisprudencia del TS, nos ha parecido acercarnos a la casuística producida, convencidos de que ello es más fructífero que las vías anteriores, porque la visión en un solo texto de esa casuística podrá, cuando menos, esclarecer en el futuro lector la idea que se tenga de “transgresión de la buena fe”. Parafraseando términos de la teoría del razonamiento lógico, podemos decir que, frente al sistema deductivo —que partiendo de una idea general llega a conclusiones específicas—, proponemos un método inductivo, que partiendo de casos concretos permita hacernos una idea general o abstracta. Es pues una perspectiva empírica la que seguiremos, exponiendo los casos tratados en treinta sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en 2020-2021. Para ello expondremos sucintamente el supuesto de hecho de

2. STSJ Galicia 14 mayo 2021 (AS\2021\1504), FD 3º.

que trata cada una de las sentencias que abarcan estos dos años. Aunque, como ya hemos dicho, en la mayoría de las ocasiones lo que hacen las sentencias, en su fundamentación jurídica, es repetir la tradicional jurisprudencia del TS, también –tras la exposición del supuesto de hecho– haremos alguna mención a algún aspecto doctrinal interesante de la resolución judicial del TSJ correspondiente. Y esto nos lleva a la última cuestión que queríamos tratar en estas líneas iniciales: qué criterio seguir a la hora de exponer las sentencias. Las opciones podían ser muchas; por citar solo algunas posibles: simplemente utilizar el orden cronológico, exponiendo una tras otra la treintena de resoluciones judiciales, con independencia del Tribunal que las dicta; hacer la previa clasificación en bloques temáticos, y en cada uno de ellos exponer las sentencias cuya casuística tenga cabida en el bloque, con independencia igualmente del Tribunal que la emita; exponer las sentencias por Tribunales y, dentro de cada uno, por bloques temáticos. Todos los criterios presentan ventajas e inconvenientes. Nuestra opción final es la tercera. Aunque obviamente desde el punto de la casuística no parecía lógico, *a priori*, que existieran diferencias entre tribunales, sí podían ofrecerla en su parte doctrinal, incluso aunque fuera reiterando la jurisprudencia clásica del TS (en realidad comprobaremos que no existe tanta diferenciación). Además, y a pesar de ello, también sería posible dar con algún aspecto novedoso o, cuando menos, que aportase algo a lo clásico ya dicho por el TS (avanzamos ya que alguna novedad existe, aunque no será de gran relevancia).

Optando, pues, por la tercera vía, a continuación encontrará el lector, diferenciado por tribunales, el fruto del análisis casuístico de una treintena de sentencias que versan sobre la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza; como es lógico, nos detendremos con un mayor detalle al principio, recortando en lo posible las exposiciones casuísticas posteriores, a fin de no hacer en exceso tediosa la lectura de este trabajo.

2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Son ocho las sentencias que recogemos de las distintas salas del TSJ Andalucía, cuya casuística es desde luego variada pero que podemos reconducir a cinco grandes bloques: apropiación o sustracción de productos o dinero de la entidad; falsificación de firmas o documentos; realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal; trato especial a determinados sujetos; negativa al cumplimiento de determinadas órdenes.

No puede decirse que el TSJ andaluz innove en lo doctrinal, ya que para dar respuesta a esa casuística atiende básicamente –como veremos– a la jurisprudencia clásica del TS, en algún caso con excesiva profusión y citando sentencias a modo de aluvión.

2.1. Apropiación o sustracción de productos o dinero de la entidad

La primera resolución que nos encontramos en este período es la STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 febrero 2020³, que trata un supuesto de entrega por el trabajador de productos de la empresa a terceros, sin recibir contraprestación alguna. Es decir, no nos hallamos ante un caso de apropiación de productos de la empresa en beneficio o para provecho del propio asalariado, sino en el de terceras personas que no son clientes de la entidad. En concreto, se trataba de una empresa de productos cárnicos en la que era habitual que los clientes dejaran los productos adquiridos y abonados en el almacén de la empresa, para retirarlos después mediante la entrega del recibo de compra. El trabajador en cuestión es descubierto, en más de una ocasión, entregando bolsas de productos almacenados a terceros no solo sin exigirles el tique –lo que ya de por sí denota que los productos no habían sido adquiridos por quienes se los llevaban–, sino que, además, en todas las ocasiones indicó al personal de caja que los productos se hallaban ya abonados, lo que obviamente era falso. El trabajador es objeto de despido, que impugna en primer lugar con base en la ilicitud de las pruebas alegadas por la empresa (toda vez que se basan en la captación de imágenes de videovigilancia, algo atentatorio a los derechos fundamentales a juicio del empleado), y, en segundo lugar –y es lo que aquí nos interesa–, entendiéndose que se infringe el art. 54.2 ET.

La sentencia, tras recordarnos la jurisprudencia clásica sobre la proporcionalidad exigida a las sanciones⁴, no puede decirse que innove en materia doctrinal, en tanto lo que hace es recoger la jurisprudencia tradicional, sentando los principales elementos que para el TS⁵ delimitan la figura de la buena fe y su transgresión; a saber:

3. JUR\2020\175904.

4. “Respecto de la proporcionalidad respecto de la sanción impuesta por la empresa con la sanción más grave que es el despido, el Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1995 ya se dice con claridad, reiterando pronunciamientos anteriores de 24 de noviembre de 1989 y 15 de abril de 1994 que “reiteradas sentencias de esta Sala, [...] señalan que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04/03/91 y 28/06/88), partiendo de la consideración –como planteamiento básico– de que los “más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano” (STS de 21/03/88), de tal forma que en la valoración del hecho ha de tenerse en cuenta tanto criterios subjetivos como objetivos del caso en cuestión” (FD 4º).

5. Jurisprudencia que hace ya tiempo que sentó el TS, como se ve en las fechas de las sentencias que cita el TSJ: SSTS 18 mayo 1987 (RJ 1987\3722), 30 octubre 1989 (RJ 1989\7462), 14 febrero 1990 (RJ 1990\1086) y 26 febrero 1991 (RJ 1991\875). Como paradigma de la tradicional jurisprudencia del TS tenemos que mencionar la sentencia de 19 de julio de 2010 (RJ\2010\7126), que es profusamente citada (y literalmente transcrita) en la mayoría de los pronunciamientos de los TSJ que vamos a ver en este trabajo; conviene pues, siquiera sea en nota, traer aquí su contenido; dice así su FD

- A. La ejecución del contrato de trabajo, como señalan los arts. 5.a) y 20.2 ET, debe realizarse conforme a la buena fe, pues esta es consustancial al mismo, ya que la “naturaleza [del contrato] genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los

5º: “Por todo lo expuesto y en base a la normativa y jurisprudencia analizada, cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET, sobre la determinación de los presupuestos del «incumplimiento grave y culpable del trabajador» fundado en la «La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo», como motivo de despido disciplinario, que: A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe; C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados; D) Igualmente carece de trascendencia, y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo; E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas; F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la «gravedad» con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado”.

derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza” (FD 4º).

- B. Nos hallamos, en consecuencia, ante un modo debido de actuar (comportamiento ético): lo ilícito es actuar de forma contraria a unos valores, con independencia del resultado que ello produzca en el patrimonio de la empresa:

“La esencia de su incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, a pesar de ser un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo”.

- C. No es necesario el dolo, bastando la culpa si esta es grave e inexcusable:

“Tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta, entendido como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma”.

- D. En todo caso resulta incompatible con la confianza que exige la relación laboral

“la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, o malicia, en la medida que hacen tambalear los cimientos de esa confianza”.

En aplicación de todo lo anterior, el TSJ andaluz concluye que en el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que encuentra encaje en el art. 54.2.d) ET.

A diferencia del caso que acabamos de ver, en el supuesto de la STSJ Andalucía (Sevilla) 4 marzo 2020⁶ el trabajador sí se apropia para él mismo de productos de la empresa. Se trata de un mozo de almacén que es detectado (igualmente por cámaras de videovigilancia) portando varias cajas de productos, reconociendo los hechos y siendo objeto incluso de denuncia ante las Fuerzas de Seguridad. En materia doctrinal el Tribunal se limita aquí a reproducir lo dicho en la anterior sentencia comentada, concluyendo la procedencia del despido.

En este bloque de apropiación de dinero de la empresa podemos incluir también la STSJ Andalucía (Sevilla) 5 marzo 2020⁷, aunque aquí beneficiarios son tanto el trabajador como el cliente cuyo concurso resulta necesario. El supuesto es el de un

6. JUR\2020\210588.

7. AS\2020\2272.

operario de gasolinera que simulaba repostajes no realizados realmente, siguiendo un complejo procedimiento de abono mediante tarjeta que concluía en la salida de dinero en efectivo de la caja,

“conducta infractora del actor que contribuyó con su actuación al engaño y perjuicio económico para la empresa, [y] llega a constituir la falta muy grave prevista en el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores, de transgresión de la buena fe contractual, como incumplimiento de los deberes contractuales” (FD 5º).

En lo doctrinal esta sentencia, como tantas otras, acude a la tradicional jurisprudencia del TS, si bien cabe destacar que la resume en un solo párrafo que, por su valor de síntesis, merece ser reproducido:

“Ciertamente el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores considera como incumplimiento grave y culpable, susceptible de ser sancionado con el despido, la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, habiendo declarado el TS sobre el particular que la buena fe contractual, que el precepto legal cuida de proteger, es la que deriva de los deberes de conducta y el comportamiento que el artículo 5, a) en relación con el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores impone al trabajador; buena fe en su sentido objetivo que constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 4 marzo 1991 (RJ 1991, 1822)), incluso sin que sea necesario perjuicio económico para la empresa por cuanto que la esencia del incumplimiento contractual no lo constituye la causación de un daño, sino la vulneración de la lealtad debida, de la buena fe recíprocamente exigibles en cualquier relación contractual, y significadamente en la relación laboral (STS 9 diciembre 1987 (RJ 1987, 8867)), y esta buena fe contractual se ha transgredido en el presente caso de forma grave y culpable, por lo que el despido resulta procedente”.

La STSJ Andalucía (Granada) 4 marzo 2021⁸ trata un supuesto que vemos relativamente repetido: el de un trabajador (camarero en este asunto) que no ingresa lo percibido del cliente en la caja de la entidad, reteniéndolo para sí. El razonamiento del TSJ en la resolución es coincidente con la doctrina previa del TS, comenzando por recordarnos la necesidad de que

“en las cuestiones disciplinarias o sancionadoras, han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, pues elementales principios de justicia exigen perfecta

8. AS\2021\1319.

proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga la conducta del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas” (FD 1º).

A partir de ahí nos reitera los puntos básicos de la jurisprudencia sobre transgresión de la buena fe, con amplia cita de sentencias del TS: a) el principio de buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo; b) si bien la transgresión admite distintas graduaciones en su objetiva gravedad, cuando sea grave y culpable es causa de despido; c) no resulta determinante la inexistencia o escasa cuantía de los perjuicios que pueda sufrir la empresa; d) no es necesario que el trabajador haya querido dolosamente conculcar sus deberes, bastando la negligencia; e) el deber de buena fe, exigible a todo trabajador, cabe predicarlo con mayor rigurosidad de los puestos de mayor confianza; y f) como toda causa de despido, debe ser interpretada restrictivamente.

La aplicación de la jurisprudencia lleva al TSJ a admitir aquí la infracción cometida y la consecuente procedencia del despido. Y aunque esta sentencia no parece aportar novedad a lo ya dicho previamente por el TS u otras sentencias del mismo TSJ, sí conviene resaltar alguna expresión que no deja de tener su enjundia: “En este caso es patente que la conducta es reiterada, implica ocultamiento por el modus operandi y correlativa exposición al resto de compañeros de un riesgo de sospecha y ser investigados al hilo de las sustracciones que se iban produciendo” (FD 3º); obviamente no es esta circunstancia lo que determina la existencia o no de mala fe o abuso de confianza, pero que lo mencione la sentencia ya es un dato significativo, que viene a ser una llamada de atención, para pronunciamientos futuros, sobre la necesidad de tener en cuenta que, a veces, la actuación –en estos casos sobre todo de sustracciones de dinero– puede tener repercusiones –siquiera sea en términos de sospechas– sobre otros trabajadores.

2.2. Falsificación de firmas o documentos

Iniciamos un nuevo bloque en que lo sustancial es que el empleado falsea documentos o incluso firmas de clientes. La STSJ Andalucía (Sevilla) 8 julio 2020⁹ es significativa a este respecto. Se trataba del director de una oficina de una agencia inmobiliaria, al que una clienta encargó el alquiler de su vivienda; el trabajador consigue arrendar la vivienda, y no es ya que firme él en nombre de la mandante, sino que falsifica la firma de esta en el contrato de alquiler, siendo más que evidente “que no se puede admitir que en una agencia inmobiliaria se puedan firmar contratos falseando la firma de los clientes”, sino que “debe existir una autorización expresa del titular de

9. AS\2021\431.

la vivienda o un poder notarial, y en ese caso no se falsea la firma sino que se firma en representación de la propietaria de la vivienda con el nombre del trabajador que interviene en el contrato”.

En materia doctrinal, esta sentencia, en el largo FD 2º, reitera la jurisprudencia tradicional del TS, llegando a citar hasta veintiuna sentencias del mismo. En cualquier caso nos interesa destacar dos aspectos:

- A. El abuso de confianza no es algo distinto a la transgresión de la buena fe contractual [es decir, el art. 54.2.d) ET no contiene dos causas de despido], sino una modalidad concreta de aquella:

“El abuso de confianza se conceptúa como una «modalidad cualificada de la transgresión de dicha buena fe contractual, de un mal uso o uso desviado por parte del trabajador, de las facultades que se le confiaron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa», debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales (STS 20 octubre 1983 (RJ 1983, 5127))”.

- B. Y, precisamente, porque en su valoración debe considerarse el puesto que ocupa el asalariado, debe resaltarse que si la buena fe es exigible *ex arts. 5 y 20 ET* a cualquier trabajador, con mayor razón debe serlo a quienes, como en este caso, desempeñan cargos de confianza:

“Los deberes de fidelidad y lealtad, si deben ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escrupulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de confianza, dada su categoría profesional en la empresa a que pertenecen, máxime cuando se trata de persona que desempeña en la empresa cargos de confianza y relevante categoría, con intervención decisiva en las operaciones de la misma (Sentencia de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984, 921))”.

2.3. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

Una resolución encontramos del TSJ Andalucía (Granada) que se ocupa de esta cuestión, la de 19 noviembre 2020¹⁰. El asunto era el de la monitora de un gimnasio que se encontraba en situación de IT por un aborto prematuro. Sin embargo, la empresa tiene conocimiento de que, durante dicha situación, la trabajadora, deportista

10. AS\2921\547.

amateur, había participado en un campeonato de pádel¹¹. Se da la circunstancia de que, desarrollándose la actividad deportiva en localidad distinta, la asalariada había solicitado de la Inspección Médica autorización para desplazarse a dicha localidad, pero sin especificar el motivo; la autorización le fue concedida como medida de relax.

Pues bien, el TSJ nos recuerda –con el TS– que no toda actividad queda prohibida a un trabajador en situación de IT, sino solo aquella que es justamente incompatible con su recuperación:

“Hay que recordar la doctrina del TS sobre la realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal, manifestada, entre otras, por las SSTs de 12 (RJ 1990, 6102) y 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6455), que señala que «no toda actividad realizada en situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino solo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa»¹².

Con ese punto de partida, del pronunciamiento del TSJ destacamos tres cuestiones:

- A. Deja claro que, precisamente por lo anterior, lo que está vedado es toda actividad que suponga un esfuerzo mayor al que exige la prestación laboral, lo que supone un perjuicio no solo para la empresa, sino también para la Seguridad Social:

11. Como curiosidad, y por ser una circunstancia cada vez más posible en estos tiempos de las nuevas tecnologías, reseñemos que la entidad había tenido conocimiento de la participación de la trabajadora en el torneo a través de internet. Indicaba así la carta de despido: “Que como se ha indicado, en fecha 29/09/2019 la empresa ha tenido acceso a través de publicaciones en Redes Sociales y en la página web de la «... Sport Club & Spa» de fotografías y noticias que acreditan su participación activa en el «... Pádel Tour», celebrado en.... Dichas fotografías y noticias quedan a su disposición en su centro de trabajo, por si estima conveniente consultarlas” (AH 2º).

12. FD 4º. Por supuesto, la empresa, en la carta de despido, se encargó de remarcar que la actividad externa de la trabajadora exigía menos esfuerzo que la actividad deportiva, lo que era la base para entender la transgresión de la buena fe: “Las tareas que la actora realiza como monitora multidisciplinar consisten en dar pautas a las mujeres clientes del gimnasio en el circuito de máquinas que hay, para que las citadas mujeres hagan un entrenamiento bueno, para lo que las entrenadoras/monitoras hacen indicaciones gestuales o de palabra. Las monitoras señalan los movimientos que deben hacerse por las usuarias en cada máquina, por lo que el nivel de exigencia física de las monitoras es mínimo” (AH 2º). Naturalmente, la empresa pretendía aclarar que si se podía practicar deporte, con mayor razón realizar la actividad –de menor exigencia– de monitora; de no ser así, podía haberse utilizado por la asalariada la jurisprudencia transcrita en el texto precisamente para justificar la participación en el campeonato deportivo.

“Tales hechos constituyen una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud de tal modo que ha de resultar compatible la enfermedad con la realización de alguna actividad, habida cuenta de que sobre la empresa pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir, ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica, y cuando, como es el caso, realiza una actividad que supone un esfuerzo superior incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido” (FD 4º).

- B. Pese a ese doble perjuicio económico, se encarga igualmente de recordarnos que eso es un elemento adicional, pero no esencial, pues –como ya habíamos visto– “la esencia de incumplimiento contractual no está en la causación de un daño”, sino en la quiebra de valores como la lealtad, honorabilidad, confianza, etc.
- C. Y, como corolario de lo anterior, y frente a la tradicional postura gradualista en materia sancionadora, indica el Tribunal –y esto hay que destacarlo– que, en casos como este, no existe graduación posible, pues defraudar la confianza no admite matizaciones:

“Aplicando los anteriores razonamientos al caso presente, esta Sala, partiendo del relato de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida, tiene que declarar que dicha conducta supone el encuadramiento de la falta prevista en el artículo 54.2, d) del ET, considerando que se trata de un incumplimiento contractual por transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que no admite la aplicación de la teoría gradualista, ya que concurriendo la causa disciplinaria expresada en la carta de despido, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, es indiferente la gravedad de dicha transgresión, toda vez que la infracción del deber de buena fe se produce «per se» sin que sea posible acudir al elemento mitigador de la teoría gradualista”.

2.4. Trato especial a determinados sujetos

Este tipo de situaciones, si nos atenemos a la definición de cohecho, nos refiere inmediatamente a empleados públicos, aunque pudiéramos hacer una interpretación

no técnica del término que nos lleve a aglutinar aquí otras posibles situaciones aun del sector privado. En todo caso la sentencia que aquí traemos [STS] Andalucía (Málaga) 9 diciembre 2020¹³) sí se ocupaba de un empleado público, “el cual venía prestando servicios para el Ayuntamiento demandado como arquitecto jefe del Departamento de Urbanismo”, siendo así que “requirió a un constructor promotor para que le abonase la suma de 2000 € para agilizar los trámites administrativos de un expediente urbanístico que se estaba tramitando en el Ayuntamiento [...], realizándose efectivamente una transferencia por el referido importe a la cuenta corriente del [arquitecto]”.

La conducta descrita, sin mayores precisiones por ahora, parece claro que supone una transgresión de los deberes básicos que pesaban sobre el empleado. Así lo entiende la sentencia, cuya doctrina, en términos generales coincidente con la tradicional jurisprudencia del TS –aunque con alguna aportación propia–, puede sistematizarse de la siguiente manera:

- A. En primer lugar, comienza recordando con el TS la necesaria adecuación entre la actuación del trabajador y la sanción –la máxima prevista en nuestro ordenamiento–, de forma que se haga inviable la “convivencia” en el seno de la entidad:

“Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que, puesto que el despido es la máxima sanción contemplada en el ordenamiento jurídico laboral, por la trascendencia y gravedad de tal medida para el sujeto infractor, solamente podrá imponerse cuando exista proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, el comportamiento del trabajador y la sanción; debiendo basarse el despido en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, gravedad y culpabilidad de la infracción que implica que ésta ha alterado sustancialmente la relación entre las partes y ha deteriorado la convivencia necesaria en el seno de la empresa, hasta hacerla prácticamente imposible, por los incumplimientos del sujeto deudor del trabajo” (FD 8º).

- B. Como bien indica el TS, la lealtad deriva en general del deber de buena fe establecido en el art. 7 del Código Civil, pero si ello es así en todo tipo de relación, con más razón en aquellas, como la de prestación de servicios (aquí, de un empleado público, pero que bien podemos extender a la de cualquier trabajador por cuenta ajena), establecidas *intuitu personae*:

“El artículo 54-2 d) del Estatuto de los Trabajadores tipifica como incumplimiento contractual del trabajador que justifica el despido la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que es fundamental en el tráfico

13. AS\2021\610.

jurídico que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidir estas relaciones (artículo 7-1 del Código Civil) y con mayor razón las derivadas del contrato de trabajo, que es «intuitu personae»”.

- C. La prevalencia del lugar que se ocupa en el organigrama empresarial juega a modo de agravante, aunque, en realidad, en estos temas que afectan a empleados públicos, integra en sí el ilícito cometido, ya que “el artículo 95.2.j) del Estatuto Básico del Empleado Público [...] califica como falta muy grave la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”.
- D. Finalmente, y como ya hemos visto en un caso anterior, transgredido el deber de lealtad en supuestos como este, no cabe aplicar una teoría gradualista que matice el incumplimiento, pues “siendo indiferente a esos efectos la mayor o menor cuantía de la cantidad exigida”, la actuación en sí es un quebranto de los principios que deben regir la prestación de servicios del empleado:

“Siendo de resaltar que en estos supuestos de transgresión de la buena fe contractual por abuso de confianza resulta de difícil aplicación la teoría gradualista, pues en la pérdida de confianza de la empresa en el trabajador no cabe establecer grados, máxime cuando la conducta del actor supone un quebranto de los más elementales principios éticos que deben regir la conducta de los empleados públicos, entre los cuales se encuentra la obligación de no aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada por parte de personas físicas o entidades privadas [...], pues como tal debe considerarse el requerimiento de una determinada cantidad de dinero a un particular para la agilización de los trámites de un expediente”.

2.5. Negativa a la prolongación de la jornada en determinados supuestos

Con la STSJ Andalucía (Sevilla) 22 octubre 2020¹⁴ nos encontramos un caso que, como se deduce de la propia resolución, está “a caballo” entre dos causas diferentes de despido: la del apartado b) del art. 54.2 ET y la del apartado d). Como veremos, además, esta sentencia presenta algún detalle que, cuando menos, la distingue algo de las anteriores, en las que –como hemos visto– lo que suele hacerse es reiterar la jurisprudencia del TS.

El asunto concreto es el de una empresa que recibe un pedido urgente. El convenio colectivo de aplicación prevé la realización de horas extraordinarias obligatorias. Ante la urgencia del pedido, y para poder atenderlo, el mismo día que se recibió

14. AS\2021\788.

(dicho pedido) la empresa indicó a sus trabajadores (en torno a una veintena) que su jornada debía prolongarse una hora más (de 15 a 16 horas). Como hecho probado se consigna que la trabajadora “dijo que su jornada terminaba a las 15 horas y que no iba a trabajar un minuto más”. Pese a esta tajante expresión, que de algún modo es lo que provocó el despido (no se olvide que por transgresión de la buena fe), lo cierto es que la trabajadora tenía una cita médica, por lo que para el TSJ el despido de que fue objeto se trata

“de una sanción desproporcionada cuando la actora contaba con una causa justificativa para no prolongar su jornada más allá de su horario ordinariamente establecido, dado que tenía una cita médica una escasa hora después, fuera de su horario ordinario de trabajo, lo que igualmente justifica que no pidiese previamente permiso para acudir a dicha cita” (FD 5º).

Dicho de otra forma,

“contando la actora con una justificación objetiva para negarse a realizar la hora extra que de modo imprevisto le fue requerida por la empresa, por la necesidad ineludible de atender a un bien superior como era el de su salud, no puede apreciarse la necesaria gravedad en la desobediencia”.

Esta sentencia nos resulta interesante sobre todo por su interpretación *contrario sensu*. Efectivamente, punto de partida a nuestros efectos es que la causa esgrimida inicialmente para el despido no fue la desobediencia del art. 54.2.b) ET, sino la transgresión de la buena fe (debe entenderse que porque forma parte también de la buena fe coadyuvar a que la empresa dé respuesta a las necesidades urgentes que se le presenten)¹⁵. Pues bien, aunque el Tribunal entra en la desobediencia propiamente di-

15. De todas formas, y cuando la recurrente plantea que no se usó en su despido el precepto adecuado del Estatuto, señala el TSJ que lo relevante es la imputación de unos hechos concretos en la carta de despido, de manera que el asalariado tenga conocimiento de los mismos, y no tanto la calificación jurídica que de los hechos se haga o su específico encaje legal, que es competencia en su caso del juzgador: “Nos debe bastar con que el incumplimiento contractual imputado a la trabajadora en la comunicación escrita de despido se precise suficientemente en ésta (se negó a prolongar la jornada establecida durante una hora más, como le fue requerido por el gerente de la empresa, marchándose al finalizar dicha jornada)... Ello nos lleva a concluir la falta de vinculación por la errónea tipificación de la falta imputada en la que la empresa demandada hubiese podido incurrir en la carta de despido, pues una vez que está suficientemente detallada la conducta imputada a la despedida, no es precisa una descripción sobre la naturaleza jurídica de la falta, dado el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el principio «iura novit curia». Por ello, si bien se detecta que la empresa demandada ha tipificado la falta imputada a la trabajadora como una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, dispuesta en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, nada impide que pueda tomarse en consideración, para la calificación del despido como procedente o improcedente, lo que constituye el objeto del proceso, que los hechos imputados en la carta de despido sean

cha [y, en realidad, los párrafos transcritos antes están más dirigidos a ella que a la causa del art. 54.2.d) ET], lo cierto es que también analiza la cuestión desde el punto de vista de este último precepto, de forma que, “dada la existencia de dicha justificación [la cita médica], no podemos considerar que la actora se condujese de mala fe y con abuso de confianza, por actuar precisamente con justificación” (FD 4º). *Contra-rio sensu* habrá que entender que, de no haber existido tal justificación, sí se hubiera producido transgresión de la buena fe. Corolario de todo lo anterior podría ser el siguiente: la existencia de justificación o la atención de –en palabras de la sentencia– bienes superiores (como la salud) excluye la transgresión de la buena fe.

3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Son solo tres los pronunciamientos que traemos aquí del TSJ de Asturias: uno que presenta cierta analogía con la falsificación de datos vista en 2.2, y dos que tratan posibilidades distintas de transgresión de la buena fe contractual, como la gestión gravosa para la entidad (aunque en el supuesto concreto finalmente no se aprecie deslealtad) o la negligencia en el trato a los clientes (en el caso: usuarios de una residencia de personas mayores).

3.1. Gestión comercial con perjuicio para la empresa

En la Sentencia de 28 abril 2020¹⁶ nos encontramos con un asunto en el que al trabajador se le acusa de realizar una gestión comercial que tiene una repercusión negativa para la empresa, en cuanto esta asume el coste de determinados suministros y obras, que, en principio, correspondían al cliente. Concretamente se trataba de una empresa de ascensores que se encargaba de la modernización de las instalaciones de un edificio.

constitutivos de una falta de desobediencia del artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, pues dicha eventual errónea calificación no vincula a la Juzgadora. Ciertamente, como expresa la STS 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1883), ninguna trascendencia tiene al efecto una mera equivocación en la cita del precepto legal en que el empleador subsume los hechos imputados, pues éste no está obligado a tal cita, y lo único relevante es que el trabajador conozca inequívocamente los hechos que se le reprochan y la fecha de efectos del despido, de modo que el recurrente pueda articular, en su caso, su defensa con plenitud de garantía. Por consiguiente, la errónea calificación de los hechos imputados no vincula al tribunal que los juzga. Ello implica la estimación del motivo de recurso planteado y, en consecuencia, la toma en consideración en esta sentencia de que los hechos imputados en la carta de despido puedan ser constitutivos de la falta de desobediencia contemplada en el artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores” (FD 3º); es decir, lo importante es el motivo por el que se despide, no que ello sea encuadrado por la empresa en el apartado b) o en el d) del art. 54.2 ET.

16. AS 2020\2167.

Pues bien, según la carta de despido, el trabajador ofreció algunos de los servicios “sin coste” para la comunidad de propietarios del edificio:

“El actor presentó en abril de 2018 una oferta a la comunidad de propietarios de la calle [...] Se trata de un edificio grande en el que se iban a instalar tres ascensores. El 15 de enero de 2019 firmó un anexo a la oferta en el que ofrecía puertas automáticas de planta baja en ascensores fondo y montacargas, así como la albañilería necesaria para el cambio de dichas puertas, todo ello sin coste para la comunidad” (AH 2º).

Reconoce en este mismo párrafo la carta de despido –y lo resaltamos porque, como veremos, el TSJ lo tendrá en cuenta para su pronunciamiento– que “el administrador de dicha comunidad lo es de otras muchas en Gijón, resultando un potencial generador de nuevos clientes”. Señalemos también, aunque este sea un aspecto en el que después no se entra en la sentencia, que, entre los diversos argumentos utilizados por la empresa, se alude a que del trabajador, por sus funciones “calificables como de especial confianza”, se espera una actuación que sea ejemplo para el resto de asalariados¹⁷.

En el aspecto doctrinal, la sentencia, que acaba validando la actuación del trabajador, comienza por recordarnos que no son exactamente equivalentes “transgresión de la buena fe” y “abuso de confianza”, siendo esta última una modalidad de la primera:

“Según la jurisprudencia, la deslealtad constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes –artículos 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores–, mientras que el abuso de confianza es una modalidad cualificada de la primera, y consiste en un mal uso o un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confieron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa –sentencia de 18 de mayo de 1987” (FD 6º).

Este pronunciamiento parece, pues, poner el énfasis en los perjuicios que pueden derivar para la entidad (económicos; aunque cabría pensar que también podrían ser de otro tipo: fama, consideración entre los clientes, etc.). Sin embargo, vimos antes

17. “El puesto que Ud. ha ocupado de delegado, en el periodo comprendido entre abril de 2012 y febrero de 2019, es calificable como de especial confianza, de lo cual es buena muestra el contenido competencial asociado a su posición en la Descripción de Puestos de Trabajo vigente en esta entidad, y detallado en párrafos precedentes, en el que se le asignan tareas tan relevantes como la gestión de los recursos según un presupuesto previamente asignado, para optimizar al máximo los costes y rentabilizar la unidad de negocio que se le asigna; siendo así que se espera que, en la medida en que se erige Ud. en el máximo responsable a nivel local de dicha unidad organizativa, se convierta en un referente de conducta para los empleados que se encuentra a su cargo, dando ejemplo de cumplimiento de las instrucciones emanadas de esta mercantil”.

que, si bien el “daño patrimonial” puede ser considerado en una valoración conjunta de la situación, no constituye en sí el núcleo de la falta prevista en el art. 54.2.d) ET, que puede cometerse aun sin detrimento económico para la empresa; también nos lo recuerda aquí el TSJ de Asturias recogiendo la literalidad de un pronunciamiento previo del TS:

“Como señala la sentencia de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7462), «el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva»”.

De ahí que, finalmente, el TSJ, teniendo en cuenta las facultades de que disponía el trabajador, dadas sus funciones, y la posibilidad de que este negocio –pese a la pérdida que se dice– pudiera atraer a otros futuros clientes a la empresa, acabe concluyendo la validez de la actuación del delegado comercial:

“La actuación del actor para cerrar una operación importante para la empresa demandada, por el precio final y por la intervención de un administrador que podía facilitarle nuevos trabajos, que llevaba paralizada más de seis años, cediendo en que la empresa asumiera un costo mínimo (4.000 €), no puede calificarse como desleal o contraria a la buena fe, sino que se encuadra dentro de sus tareas comerciales que le permiten ciertas cesiones con el fin de que prospere la operación”.

Negando así la transgresión de la buena fe, este pronunciamiento nos ofrece un elemento que el juzgador deberá tener en cuenta cuando una determinada actuación ocasione perjuicios económicos: si, pese a ello, esa actuación puede resultar ventajosa en el futuro.

3.2. Conducta negligente y desconsideración en el trato a los clientes

La STSJ Asturias 16 marzo 2021¹⁸ nos ofrece un caso en que se dan varios hechos, todos susceptibles de originar un posible despido, de un auxiliar que prestaba servicios en una residencia de personas mayores. En lo que más nos interesa, al trabajador se le imputa, entre otras cosas, no haber suministrado a un residente un tratamiento que tenía prescrito; pero es que, además, cuando tras la denuncia de los familiares la Dirección le comenta la situación, él lo niega; solo al final concluirá

18. AS\2021\1231.

reconociendo que efectivamente se produjo la omisión. Ello sirve al Tribunal para señalar que algo que quizás pudiera en principio haber sido tratado como un simple olvido –aunque grave–, habrá de ser incardinado en el art. 54.2.d) ET atendiendo a las circunstancias:

“Lo que podía haber sido un olvido, como alegó en la vista la recurrente, si bien grave por la trascendencia para la enferma, calificado como mera negligencia, se agravó porque negó tal hecho cuando la llamaron por teléfono para confirmar el dato, y solo al insistir la usuaria y su esposo y comprobar las otras trabajadoras que no se había administrado la dosis semanal, es cuando la sancionada reconoce el hecho y pide que no la descubran. Ello supone una falta de diligencia en su trabajo que vulnera el principio de buena fe y confianza mutua, lo que a la postre se traduce en una general degradación del trato debido a los usuarios, y que no es sino una clara deslealtad de la trabajadora respecto de su empresa, quien confía en que sus órdenes e instrucciones van a ser cumplidas, tanto más por la especial naturaleza de los usuarios destinatarios de esas instrucciones” (FD 6º).

En cuanto a la fundamentación jurídica, la STSJ sigue lo que hemos visto antes, recogiendo sin entrecomillar los pronunciamientos previos del TS en cuanto a la buena fe como límite del ejercicio de los derechos de los trabajadores; de forma que,

“como declara la jurisprudencia, el principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual” (FD 5º).

Con todo, y pese a esa reiteración de la doctrina del TS, sí hay tres datos interesantes en este pronunciamiento autonómico en cuanto a su aporte doctrinal:

- A. En primer lugar, que, al menos en casos como este, no se exige reiteración para que la falta en sí sea considerada grave (FD 6º).
- B. Ya hemos dicho que no es preciso, para entender una situación incurso en lo previsto en el art. 54.2.d) ET, que exista un daño efectivo para la empresa, aunque no deja de ser una circunstancia a tener en cuenta, en su caso. Pues bien, cuando se habla de “daño” pensamos siempre en el económico, pero

también hemos de tener en cuenta lo que el Tribunal califica de daño “reputacional”:

“Los hechos resultan acreditados y debidamente tipificados en el convenio colectivo y en el Estatuto de los trabajadores, que califican como faltas muy graves tanto la deslealtad como la desobediencia por el daño reputacional”¹⁹.

- C. Se produjeron aquí determinadas desconsideraciones calificadas por el Tribunal como incumplimiento contractual, “no constando que existiera por parte de ésta [la usuaria] un motivo o razón suficiente que justifique o mitigue la gravedad de la actuación [del trabajador]”. *Sensu contrario*, esta expresión deja un portillo abierto a una menor gravedad en caso de que haya mediado provocación por el cliente.

3.3. Falsificación de los instrumentos de control de la actividad laboral

En la STSJ Asturias 23 marzo 2021²⁰ nos encontramos un supuesto que, en buena medida, guarda relación con lo antes visto en 2.2 (falsificación de documentos), aunque aquí lo que se falsea son los instrumentos que utiliza la empresa para controlar la prestación laboral. Se trata de un delegado de ventas que, como prueba de sus visitas a los comercios que tiene encomendados (farmacias), debía confeccionar y subir a determinadas plataformas informáticas los reportajes fotográficos de tales visitas. La empresa, en los controles rutinarios, obtuvo, como indica en su carta de despido,

“indicios de que Usted estaba reportando [...] informes irregulares, donde adjunta fotografías que no se corresponden con el día de la visita supuestamente realizada [...] habiendo utilizado sistemáticamente fotografías anteriores al del día de la visita y que habían sido utilizadas por Usted con anterioridad para el reporte de otras visitas”.

De esta sentencia nos interesa sobre todo la cuestión de la prescripción, dado que en muchos supuestos la actuación del asalariado es continuada. Ante la alegación por el trabajador sancionado de que algunos de los actos fraudulentos cometidos habían prescrito, el TSJ acudirá al TS para advertirnos que la ocultación “es una falta continua de lealtad que impide, mientras perdura, que se inicie el cómputo de la prescripción”²¹.

19. FD 7º. La STSJ Asturias 23 marzo 2021 (AS\2021\1365), que comentaremos a continuación, nos habla, como veremos, de daños “de imagen”.

20. AS\2021\1365.

21. FD 4º: “La actuación del actor encaja en el concepto de falta continuada, al darse una sucesión de acciones uniformes de las mismas características, y como tal el incumplimiento disciplinario se prolonga en el tiempo. En estos casos de «ilícito laboral configurado por la repetición de actos de igual

Digamos por último que, reiterando la ya conocida doctrina del TS, nos recordará el TSJ que no se precisan perjuicios concretos para entender incumplida la obligación laboral: “Aunque la actuación del trabajador descrita no produjo perjuicios económicos o de imagen [...] la índole de las acciones constituye una transgresión de la buena fe contractual de máxima gravedad” (FD 5º).

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

4.1. Inobservancia del deber de confidencialidad. Alcance del mismo

Tan solo una sentencia traemos del Tribunal cántabro, la de 10 mayo 2021²². Se trata de un empleado (desempeñaba su labor en el Departamento de Recursos Humanos) que alude en un comunicado que remite a la empresa a las percepciones de otros trabajadores (con objeto de solicitar un incremento salarial). Diversos son los temas abordados, abundantemente, en esta Sentencia, que concluye en la ilicitud del despido. Pero lo que aquí nos concierne hace al deber de confidencialidad, muy unido –como es lógico– al deber de buena fe. Muy sintéticamente, la Sentencia viene a negar que el trabajador haya incumplido el deber de confidencialidad, en tanto los datos que por su cargo conoce no son revelados a terceros ajenos a la empresa (FD 4º).

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

5.1. Gestión comercial fraudulenta

Traemos de este Tribunal un caso (STSJ Castilla-La Mancha 8 mayo 2020²³) que guarda alguna analogía con el que vimos en 3.1, pero con alguna diferencia –a resaltar– tanto en los hechos como en la fundamentación. La trabajadora en cuestión

tendencia (...), hasta el último realizado no puede reputarse terminada la conducta sujeta a enjuiciamiento, pues aquella pluralidad se reconvierte en unidad, al quedar todos ellos reflejados en el momento en que el acto final tuvo lugar, de manera que el tiempo de prescripción no comienza su cómputo sino a partir de aquél, para el plazo de los seis meses, y desde el conocimiento empresarial, para el de duración inferior, pero en todo caso, sujeto al primeramente indicado» [STS de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2162)...]. En este mismo sentido, «es muy reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala (baste citar su Sentencia de 6 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7541), que se remite a otras) que establece que, tratándose de faltas de naturaleza continuada que responden a una conducta que se prolonga con el tiempo y cuyo encubrimiento se mantiene, la prescripción ... se inicia desde el momento en que estos hechos se conocen por la empresa en todo su alcance y extensión» STS de 25 de enero de 1991 (RJ 1991, 182) ...]”.

22. AS\2021\1263.

23. AS\2020\2289.

prestaba servicios en una plataforma de venta de líneas móviles. La entidad había establecido diferentes niveles de riesgo (de 0 –bajo– a 3 –muy alto–), de forma que los vendedores habían de rechazar los pedidos de aquellos clientes que resultasen de riesgo alto o muy alto (es lo que se denomina en la práctica comercial “filtro de riesgo” o *scoring*). En la carta de despido consta que

“se habían realizado pedidos en la plataforma [...] que no pasaban el filtro de *scoring*/ riesgo correspondiente, por lo que a través de esa vulnerabilidad se forzaban las ventas, contratando productos y servicios con clientes que tienen algún tipo de impago o fraude y que por tanto no superan el *scoring*”.

El mecanismo utilizado por la trabajadora, fraudulento por supuesto, era relativamente simple:

“la actora al verificar [que] el cliente que llamaba tenía un *scoring*, que limita o impide la realización de la venta, [introducía] en la plataforma [...] un nuevo número de cliente [...] que sabía que no tenía *scoring*, avanzando con la venta sin limitaciones, [...] durante la operativa la actora volvía a introducir el número de teléfono del cliente que había realizado la llamada y concluía la contratación del producto o servicio”.

La actuación es –obviamente– fraudulenta y supone un engaño de la empleada a la empresa. Sin embargo, y aparte de otros motivos, frente a la sanción de despido de que fue objeto, la trabajadora alegó que la entidad no desplegó la diligencia necesaria para controlar dicha actividad, de forma que

“se presenta una duda razonable [de] que la empresa pudo contribuir a [...] la práctica que se dice realizada por numerosos trabajadores por su falta de control de la actividad de sus empleados”.

Resulta algo cuando menos sorprendente que la asalariada se escude, para justificar su incumplimiento, en la falta de control empresarial. La respuesta del Tribunal es a nuestro juicio suficientemente clara: la ausencia de controles nunca justificará la transgresión de la buena fe:

“Cuando la buena fe se impone como principio regulador de la relación laboral no puede exigirse un control inmediato, permanente y pleno del empleador sobre todos sus trabajadores, porque tal principio y las bases en que se asienta dejan claro que la sola constitución de la relación laboral impone su desarrollo en condiciones de confianza a la que lleva la determinación legal de los derechos y obligaciones de cada una de las partes. La infracción de la obligación de actuar con buena fe no depende de que la empresa realice un control pormenorizado de la actividad de los trabajadores: es previo y al margen de que se ejercite ese control; y si el trabajador actúa en contra de los dictados, las reglas y

procedimientos establecidos en la actividad laboral particular, y lo hace voluntariamente y conscientemente, sin justificación, no puede amparar su acción ilícita, no puede justificar la conducta, en que la empresa no se ha enterado de su infracción y por eso ha continuado su actividad ilícita” (FD 5º).

6. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

6.1. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

En la STSJ Cataluña 24 enero 2020²⁴ nos encontramos un nuevo caso de realización de actividades en situación de IT. En este supuesto se trataba del responsable de compras de una entidad que es, a su vez, mánager de un conjunto musical, dándose la circunstancia, según la carta de despido, de que

“aprovechando Ud. que está en situación de baja, realiza la actividad de *road manager* del conjunto musical [...], comprendiendo la índole de sus trabajos la conducción de una furgoneta, traslado de los miembros del conjunto y sus instrumentos, que previamente ha cargado en el vehículo; realizando varios desplazamientos sin descanso (entre ellos, viajar hasta Valencia y regresar el mismo día; viajar a Oviedo y al día siguiente actuar en El Vendrell). Colabora en el montaje del material y la descarga y carga del mismo; realiza las tareas de vendedor de los productos de promoción de la banda musical, incluyendo el cobro de los artículos despachados”.

Al contestar a la alegación del trabajador que no se produjo transgresión de la buena fe (pues, a su juicio, lo que constituiría transgresión sería, en su caso, “la simulación de la enfermedad o dolencia por la que la baja ha sido concedida”; siendo así que sí queda acreditada la razón médica de la baja), el TSJ catalán aprovecha para exponernos la teoría general sobre la realización de actividades en situación de incapacidad, con cita tanto de jurisprudencia –que ya conocemos– como de pronunciamientos previos del propio Tribunal. Merece la pena recoger aquí esa teoría general:

“La realización de trabajos incompatibles con la situación de IT se ha apreciado como transgresión grave de la buena fe contractual, entre otras, en: STS de 23 enero 1990 (RJ 1990, 198) y de 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 6102). Tal doctrina es seguida por esta Sala, entre otras, en SSTJ Catalunya núm. 8178/2010 de 16 diciembre [...]; núm. 3256/2010 de 5 mayo [...]; núm. 513/2010 de 26 enero, y en la reciente STSJ Catalunya núm. 4086/2011 de 8 junio [...], cuando se afirma: «El TS entiende que no toda actividad realizada en situación de IT es sancionable con el despido, sino solo aquella

24. AS\2020\1745.

que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 12 de julio de 1990), habiendo señalado asimismo que la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de IT, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990), ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica...» (FD 2º).

Por lo demás, nos recordará con otros TSJ que, a efectos de transgresión de la buena fe, resulta “indiferente que la actividad [desarrollada durante la situación de IT] esté o no remunerada, que sea por cuenta propia o ajena, así como su mayor o menor intensidad o frecuencia”, como el propio Tribunal había sentenciado en pronunciamientos previos, pues el dato a valorar es si la actividad realizada presupone o no capacidad para ejercer aquella en la que se halla de baja:

“En la STSJ Catalunya núm. 3337/2011 de 13 mayo [...], apreciamos que el hecho de estar realizando una actividad que le exponía a una recaída prologando la situación de IT, contraviniendo su deber de recuperación normal de su salud en perjuicio de la empresa demandada, y del Sistema de la Seguridad Social, es motivo de despido, doctrina que se repite en las Sentencias de esta Sala de fechas 17/7/98, 4/10/99 y 19/4/02, en las que se considera, que fuese cual fuese la patología que originó la IT, si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido acordado por tal causa ha de ser considerado procedente, por cuanto si era capaz de llevar a cabo la actividad referenciada, aunque hubiera sido sin cobrar cantidad alguna, también podía desempeñar su trabajo habitual, que realiza mediante la ejecución de un contrato de trabajo en que el trabajador se obliga a trabajar a cambio de contraprestaciones por parte de la empresa, tales como el salario, las cotizaciones de Seguridad Social, etc.”

6.2. Abandonos del puesto de trabajo

En el supuesto enjuiciado en la STSJ Cataluña 13 de febrero 2020²⁵ la empresa despidió a una trabajadora (que ejercía funciones de socorrista en una piscina) por varios

25. AS\2020\1618.

motivos, siendo uno de ellos la “trasgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza en el desempeño de su trabajo y desobediencia, básicamente por el motivo de haber incurrido en reiterados abandonos de su puesto de trabajo...”. Utiliza obviamente la trabajadora muchos y variados argumentos en sus alegaciones, y el Tribunal muchos y variados razonamientos para contestar a las mismas. Pero, aunque no se refiere única y exclusivamente a la transgresión de la buena fe (con respecto a la cual nos recuerda la doctrina ya conocida), la afirmación que sigue entendemos también se refiere a esta posible causa de despido:

“Doncs bé, en el present supòsit ocorre que l’actora havia estat advertida i sancionada en relació a l’abandonament del seu lloc de socorrista. I no obstant això reiterà la referida conducta en forma reiterada varis cops al dia al llarg de vint dies en un mes. L’existència d’un il·lícit contractual és clara i evident. I concorre a més la nota de gravetat, atès la reiteració continuada de les absències laborals, *així com l’afectació real que per a la negativa té la conducta del demandant en relació als usuaris de les seves instal·lacions, així com les possibles repercussions negatives que podria haver comportar la concurrència d’un accident en els moments en que la demandant no es trobava en el seu lloc de treball*” (FD 9º).

En definitiva, no deja de valorar el TSJ las consecuencias o repercusión que la actuación incorrecta del trabajador puede tener en los clientes (en este caso los usuarios de la piscina), máxime cuando esa actuación puede poner en riesgo su integridad física.

6.3. Apropiación o sustracción de dinero

Nuevo caso el de la STSJ Cataluña 22 mayo 2020²⁶ en que se despide a una trabajadora por apropiarse del dinero que los clientes abonaban, ya que

“durante el desempeño de [...] [sus] funciones de cobro a cliente en la posición de caja, Ud. marca en la caja el precio del producto solicitado, recoge el dinero que le entrega el cliente, le devuelve el cambio pertinente, pero no llega a introducir el dinero en la caja registradora, sino que se lo guarda en su bolsillo, apropiándose indebidamente de dicho dinero y sin que el pedido quede registrado”.

En cuanto a la casuística, pues, no existe nada especial que esta sentencia añada a casos vistos anteriormente (2.1). Pero sí nos interesa una afirmación en el contenido doctrinal de la resolución. En este sentido, y cuando la trabajadora alega infracción de los arts. 54.1 y 54.2.d) ET “dada la poca gravedad de los hechos [...], procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina gradualista del despido”, el Tribunal catalán afirmará que

26. AS\2021\93.

“respecto de la doctrina gradualista del despido, resulta que la conducta de la trabajadora constituye un caso evidentemente claro de transgresión de la buena fe contractual con pérdida de la confianza debida entre empresa y trabajador, que tiene como consecuencia que sea razonable que por la misma se lleve a cabo un despido disciplinario, siendo de difícil su aplicación [de la teoría gradualista]” (FD 2º).

Si, como ya hemos visto en más de una ocasión, no es necesario el enriquecimiento del trabajador para que se aprecie la transgresión de la buena fe, este razonamiento aclara que tampoco podrá alegarse que ese enriquecimiento ha sido mínimo: el hecho mismo de apropiarse de dinero de la empresa –sea cual sea la cantidad– basta para justificar la pérdida de confianza.

7. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

7.1. Prestación por cuenta propia de servicios propios de la empresa (y en las instalaciones de esta)

La STSJ Comunidad Valenciana 29 septiembre 2020²⁷ nos resulta interesante en cuanto relaciona la transgresión de la buena fe con la concurrencia desleal. El caso en cuestión es el de un monitor de un club de tenis, cuyos reglamentos disponen que sus trabajadores debían declarar las clases impartidas y cobrarlas a determinado precio, cantidad de la cual una parte iría a engrosar la nómina del asalariado. El trabajador impartió por su cuenta, en las mismas instalaciones deportivas de la empresa, una serie de clases que “no están declaradas, ni liquidadas por el mismo a la entidad y, por tanto, no figuran contabilizadas por la entidad”, además de que “el precio cobrado por el actor han sido 25 euros, cuando el precio que se debería cobrar, según los precios del Club, debiera ser de 28 euros”.

En lo doctrinal, el TSJ reitera la tan citada STS de 19 julio 2010²⁸, concluyendo que la actuación es desleal y causa perjuicio económico a la empresa:

“No cabe duda que el actor al no liquidar a la empresa demandada algunas de las clases que impartía en el Club, y ocultarle además la utilización de las pistas de tenis cuando impartía clases como monitor en los días que se reflejan en la carta de despido, actuó fraudulentamente y con deslealtad, causándole además un evidente perjuicio a la empresa demandada, que se vio privada de la ganancia económica que tendría que haber obtenido tanto por la utilización de las referidas pistas como por las clases impartidas por el demandante como monitor en las instalaciones de la demandada. Los referidos incumplimientos

27. AS\2021\302.

28. Cfr. nota núm. 5.

contractuales revisten, por lo tanto, la gravedad necesaria para justificar la imposición de la máxima sanción que en el ámbito laboral constituye el despido” (FD 2º).

Recurre además el Tribunal al régimen sancionador del convenio colectivo de aplicación, que, en un mismo precepto, menciona “deslealtad” y “negociaciones por cuenta propia”, lo que nos advierte de la relación estrecha de ambos conceptos en lo laboral. El precepto de la norma convencional tipifica como falta muy grave

“el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o con cualquier otra persona durante el trabajo, o hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia, o de otra persona, sin expresa autorización de las empresas, así como la competencia desleal en la actividad de la misma”²⁹.

8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

8.1. Realización de actividades externas incompatibles con restricciones de trabajadores especialmente sensibles

Aunque, finalmente, en la STSJ Galicia 18 febrero 2020³⁰ no se aprecia transgresión de la buena fe contractual, queremos traerla a este trabajo por ser de las pocas que encontramos en materia de prevención de riesgos laborales, además de contener algún elemento doctrinal a destacar. La hemos incluido bajo un epígrafe cuya dicción es muy parecida a las de 2.3 o 6.1, pero aquí no se trata de realización de actividades durante la situación de IT, sino de actividades que la empresa entiende incompatibles con las restricciones que, como consecuencia de la aplicación de la LPRL, acuerdan los Servicios médicos de empresa con respecto a las funciones del trabajador.

El asalariado sufrió un accidente de tráfico que ocasionó diferentes bajas médicas, a raíz de lo cual

“la empresa procedió a la evaluación de condiciones de trabajo para situaciones de especial sensibilidad, concluyendo que el trabajador «no debe realizar tareas por encima del nivel del hombro...» y se adaptó su puesto de trabajo para que no tuviese que realizar dichas tareas”.

Se adaptaron pues las funciones del trabajador y, vigentes estas restricciones, el asalariado se presentó (y superó) las pruebas médicas para el acceso al Cuerpo

29. Art. 43, Faltas muy graves.3, del IV Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE de 11 de junio de 2018).

30. AS\2020\2467.

Nacional de Policía, habiendo aportado, además, para poder concurrir a la oposición, certificado médico en que se consignó que “reúne las condiciones físicas precisas para realizar las pruebas de aptitud física para el ingreso en la Policía Nacional”. La empresa alegó que esto

“obstaculizó, retrasó o perjudicó la buena evolución, mejoría y/o desaparición de las molestias o limitaciones que originaron las citadas restricciones para el puesto, o, cuanto menos, supuso la realización de una actividad incompatible con las mismas”.

Finalmente, como decimos, el TSJ entendió que no existió transgresión de la buena fe; entre otras razones, por cuestiones temporales: el certificado médico y las pruebas se realizaron en el mes de septiembre, y, en la revisión a que hubo de someterse el trabajador en el mes de octubre, los Servicios médicos de la entidad levantaron las restricciones, es decir, dejaron de considerarlo “especialmente sensible”. Pero –quizás– de haber sido otros los elementos temporales, hubiera variado la decisión judicial. Nos interesa, pues, la Sentencia por la posible inclusión, entre las modalidades de transgresión de la buena fe, de este tipo de situaciones.

En cuanto al aspecto doctrinal, y aunque ello no suponga una novedad, resalta la Sentencia la relación entre “poder de dirección”, “deber de obediencia” y “buena fe”. En este sentido, nos dice el Tribunal gallego, siguiendo al madrileño, que

“la base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario [...] está en el contrato de trabajo, y se asienta en las notas de ajenidad y dependencia propias del mismo”.

lo que genera el correlativo deber de obediencia del trabajador, pero

“se trata no solo de un deber básico de obediencia al que se refiere el art. 5.c) del ET, en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe (art. 5.a) Estatuto de los Trabajadores), que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del contrato” (FD 5º).

8.2. Apropiación o sustracción de dinero o efectos de clientes

Con la STSJ Galicia 24 noviembre 2020³¹ nos encontramos con un caso de apropiación del trabajador, pero no, como en 2.1 o 6.3, de dinero o productos de la empresa, sino de clientes de esta. Se trata del empleado de un banco que hace, de un lado, dos

31. AS\2021\387.

disposiciones de 1.000 y 600 €, respectivamente, de la cuenta de un cliente (que obviamente acude al banco a quejarse, reintegrando entonces el trabajador el dinero en aquella) y, de otro lado, una disposición de 2.000 € de la cuenta de sus propios padres (el mismo día en que es suspendido de empleo y sueldo mientras se tramita el correspondiente expediente disciplinario abierto por el hecho anterior). La justificación dada por el empleado es la necesidad de “ingresarle a su mujer la pensión de alimentos de su hija”.

En lo doctrinal, el Tribunal gallego reitera *in extenso* la ya conocida STS de 19 julio 2010³². Pero hay dos cuestiones aquí que nos interesa mencionar: en primer lugar, y ante la alegación de que la sanción resulta desproporcionada, “vistas las circunstancias de salud del demandante, que padece una depresión aguda con episodios de desorientación”, el TSJ entiende –con la Sentencia de instancia– que no merece acogida tal alegación

“pues, de los informes aportados, se deduce que la patología del demandante tenía varios años de evolución, y ello no le impidió el desarrollo de su ocupación con normalidad, sin que consten periodos de IT de larga duración, más allá del iniciado al tiempo del despido, existiendo un informe médico, del médico de atención primaria, que, incluso, afirma que, al tiempo del despido, la evolución de su enfermedad era buena, por lo que estima que la detracción de los referidos importes constituyen obviamente una transgresión de la buena fe contractual, una infracción muy grave que justifica la imposición de la sanción en su grado máximo”³³.

En segundo lugar, nos advierte el TSJ que ni siquiera el consentimiento posterior del cliente “convalida” la actuación fraudulenta del trabajador. Esto nos lo dice en relación con la disposición de 2.000 € de la cuenta de sus padres, constando

“que el actor no era cotitular ni autorizado en las cuentas de sus padres, y los padres no dieron su autorización previa a dicha disposición, ni su consentimiento, sino que este se

32. Cfr. nota núm. 5.

33. Con mayor razón, no podrá ser tenido en cuenta –como factor para minorar la gravedad o culpabilidad– un proceso depresivo posterior a la comisión de la falta: “La actuación del actor es grave y culpable ..., sin que dicha culpabilidad se vea minorada por haber padecido un proceso depresivo con posterioridad a que el banco descubriese dichas apropiaciones indebidas, pues los informes aportados por el actor son posteriores a las apropiaciones de dinero, por lo que no reflejan el estado de salud del actor en el momento en que se cometieron las apropiaciones, y en modo alguno se ha acreditado que dicha situación de depresión o ansiedad la tuviese en el momento en que se produjeron los hechos sancionados con despido. En definitiva, la recurrente en modo alguno ha acreditado que en el momento en que se cometieron los hechos sancionados con despido tuviese el actor sus facultades mentales mermadas en grado tal que le eximan de la responsabilidad de sus actos” (FD 3º).

produjo *a posteriori*: por lo que nos encontramos ante una transgresión de la buena fe contractual al ir en contra de los intereses de la empleadora”.

8.3. Negativa al uso de mascarilla en el centro de trabajo

El uso de la mascarilla durante la pandemia no dejó de suscitar problemas laborales. Traemos por ello a nuestro trabajo la STSJ Galicia 14 mayo 2021³⁴, que enjuicia el caso del despido de una empleada de panadería por no hacer un uso correcto de la mascarilla. El despido fue declarado improcedente, pero –como vamos a ver– por circunstancias puramente temporales.

Los hechos se produjeron justamente al inicio del Estado de alarma³⁵, afirmando la entidad que

“en ese escenario, el 15 de marzo de 2020, y derivado del Estado de emergencia sanitaria, la empresa, en todos los despachos de pan y demás productos, se comunica telemáticamente con todos los empleados, incluyéndola a usted, indicándole la obligación que tienen todos los empleados/as de que durante el periodo de prestación de servicios es obligatorio ponerse mascarillas”.

Pero lo cierto es que:

- A. Lo que se produjo el día siguiente a la declaración del Estado de alarma fue un mensaje whatsapp, mientras que “los protocolos de actuación frente a la Covid 19 se entregan con posterioridad al despido de la trabajadora, sin que a tal efecto baste remisiones por whatsapp que no constan como leídos por la trabajadora, sin que tampoco se hubieran acreditado advertencias individuales a la trabajadora”³⁶.

34. AS\2021\1504.

35. RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

36. Argumento de la Sentencia de instancia recogido en el AH 2º. Más adelante nos dirá el TSJ, con el TS, que un mensaje whatsapp no es un documento (FD 2º), y que “compartimos los argumentos de la Sentencia cuando señala que, para apreciar la gravedad y culpabilidad de la desobediencia y de la transgresión de la buena fe contractual de la trabajadora hasta el punto de ser constitutiva de una infracción muy grave y por lo tanto sancionable con la máxima sanción de despido, es un requisito previo imprescindible que hubiese notificado de forma fehaciente y con mayor diligencia las órdenes dadas que se invocan como desobedecidas. Y, así, las menciones al uso obligatorio de mascarillas se realizan en sendos grupos de whatsapp con una participación numerosa (en hechos probados se habla de más de 50 participantes en uno de ellos, y en fundamentación jurídica se mencionan más de 30 participantes), en los que se tratan temas de todo tipo, y en los que las referencias al uso de las mascarillas es mínimo y pasa totalmente desapercibido, no constando de forma fehaciente que hubieran sido leídos por la actora” (FD 3º).

- B. En ese momento, la legislación sanitaria no recogía de forma clara el uso obligatorio de la mascarilla, debiendo tenerse en cuenta que:

“no se puede enjuiciar la situación con todo lo que sabemos ahora, sino que hay [que] enjuiciarla teniendo [en cuenta] los conocimientos que existían en aquel momento y con una situación de desconcierto generalizado”, siendo así que “a fecha del despido -24 de abril de 2020– no existía normativa a nivel estatal o autonómico que impusiese el uso obligatorio de la mascarilla. La Orden SND/422/2020 [...], en la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de la mascarilla es del 19 de mayo [...] Como bien dice la Sentencia de instancia, en el momento en el que se produce el despido son los primeros momentos de la pandemia en España, y no existía esa certidumbre que existe en la actualidad respecto al uso de la mascarilla”.

Dadas estas circunstancias, la Sentencia se ve obligada a declarar la improcedencia del despido (“sin restar un ápice de importancia a los comportamientos poco solidarios o responsables, atendidas las circunstancias que ya se estaban produciendo en marzo/abril de 2020”, FD 3º, recogiendo la literalidad de la de instancia).

Pero la interpretación *sensu contrario* de esta misma Sentencia nos llevaría a que, cuando ya sí estaba claramente impuesta la obligatoriedad de la mascarilla, la negativa a portarla hubiera devenido en un ilícito laboral sancionable, con base tanto, en su caso, en la desobediencia [art. 54.2.b) ET] –si existían órdenes empresariales expresas–, como en la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d)], motivos ambos de sanción que son tratados conjuntamente en la resolución judicial.

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

9.1. Incumplimiento de deberes habituales de la profesión

La STSJ Islas Baleares 23 junio 2021³⁷ trata el despido de una camarera de hotel que, al cobrar las consumiciones a los clientes de uno de los bares de la entidad, ni imprime los tiques correspondientes ni, en consecuencia, se los entrega a aquellos. No existe lucro por su parte.

Esta sentencia nos interesa, sobre todo, porque la trabajadora alegó que no había recibido instrucciones precisas sobre el modo de actuar al servir las consumiciones. Para rebatir este argumento recurrirá el Tribunal a lo que podemos denominar “práctica profesional”; reiterando lo ya dicho por la Sentencia de instancia nos dirá que

37. AS\2021\1478.

“la actora tenía que conocer la inexcusabilidad de ese deber profesional de emitir y entregar los tickets de las consumiciones y, aunque no consta probado que la empresa advierta de ello, personal y expresamente por escrito, a todos los integrantes de la plantilla de bares, y de las consecuencias que conlleva su incumplimiento, ello se deduce [...] del normal desarrollo por la experiencia común que existe en este tipo de servicios y que suponen el único control que posee la empresa para verificar sus ingresos de forma fiable” (FD 2º).

Por lo demás, en lo doctrinal esta sentencia reitera literalmente la tan repetida STS de 19 julio 2010³⁸, haciendo hincapié en la irrelevancia, para apreciar la ilicitud de la acción, de que existan o no unos beneficios concretos para el trabajador o, en su caso, de la cuantía de estos:

“Nos hallamos ante un proceder [en] que la importancia no reside en el perjuicio o en la sustracción de determinados importes, en ello no radica la gravedad de los hechos en sí. Es indiferente que haya o no lucro para el trabajador, que se produzca o no perjuicio para la empresa o que lo defraudado tenga mayor o menor valor, en este caso se quebranta una máxima, procediendo de un modo contrario a la lealtad que se supone en el desempeño de su profesión, acreditándose un modo de proceder sistemático, en varios días, en los cuales la trabajadora dejó deliberadamente de emitir los tickets y dejó de entregar el oportuno ticket al cliente, conllevando el hecho en sí desobediencia grave, generándose la desconfianza de la entidad pues dada la deslealtad del trabajador, genera una pérdida de confianza, transgrediendo la buena fe contractual” (FD 2º).

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS CANARIAS

10.1. Grabación de conversaciones telefónicas con compañeros y responsables de la empresa

Con la STS Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 15 junio 2021³⁹ nos encontramos con una resolución enormemente extensa (ciento treinta nueve páginas –aunque ya solo los antecedentes ocupan ciento dieciocho–, a las que hay que añadir un voto particular). Ciñéndonos a lo que más nos afecta, se trata aquí del despido del Jefe de Comunicación de una determinada empresa (concretamente de un partido político), que, en un procedimiento distinto a este, seguido a su instancia por acoso laboral, aporta como prueba unas conversaciones mantenidas con compañeros y dirigentes. El motivo de despido lo resume así la sentencia:

38. Cfr. nota núm. 5.

39. JUR\2021\303172.

“Argumenta [la empresa], en esencia, que ... procedió a grabar todas las conversaciones que mantenía con miembros del Partido y del Grupo Parlamentario mediante una aplicación instalada en su teléfono móvil, sin haberlo comunicado a ninguno de sus interlocutores”.

La Sentencia canaria, como ya hemos visto que hace alguna otra, nos aclara, en primer lugar, que el abuso de confianza no es sino una modalidad de transgresión de la buena fe, aplicable especialmente a determinados puestos:

“El abuso de confianza es una modalidad de la transgresión de la buena fe contractual, consistente en un mal uso o en un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confiaron que provoque lesión o riesgo para los intereses de la empresa o que el empresario pierda la confianza que tenía depositada en el trabajador (STS de 26 de febrero de 1991). El abuso de confianza se aplica señaladamente por la jurisprudencia en puestos de dirección o cargos de confianza, o respecto de quienes trabajan en un especial lugar de trabajo (fuera del centro de trabajo o en el domicilio del empleador)” (FD 5º).

A partir de ahí nos recuerda el Tribunal canario las notas vistas que, para la jurisprudencia tradicional del TS, configuran esta especial causa de despido; para concluir que la actuación del trabajador es claramente ilícita:

“A la vista de lo expuesto, hemos de concluir necesariamente que la conducta protagonizada por el trabajador sancionado, grabar de manera indiscriminada y oculta las conversaciones telefónicas que mantenía con sus compañeros de trabajo y con responsables del partido político, a los que supuestamente tenía que asesorar en materia de comunicación, es claramente constitutiva de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, prevista y sancionada por el artículo 54 párrafo 2º letra d) del Estatuto de los Trabajadores. Es evidente que, en el caso del trabajador despedido, el Partido Político para el que prestaba servicios ha perdido toda confianza en él, especialmente teniendo en cuenta que, al ostentar la condición de Jefe de Prensa del Grupo Parlamentario y Coordinador de Comunicación del Partido, tiene conocimiento de datos, extremos y cuestiones, y maneja información, de la máxima importancia y confidencialidad y puede disponer de ella a discreción y poner en riesgo sus intereses” (FD 5º).

11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

11.1. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

Con la STSJ Madrid 16 enero 2020⁴⁰ nos hallamos ante un nuevo caso de realización de actividades durante la situación de IT. Aunque seamos breves para no repetir argumentos ya vistos en 2.3 o 6.1, conviene detenerse en una particularidad, cual es que la trabajadora, además de su labor por cuenta ajena para la empresa que la despide, se encontraba en alta en el RETA, colaborando en un bar titularidad de su esposo. Y precisamente una alegación de la trabajadora (jefa de sector de una empresa de hostelería) fue

“que su baja laboral estaba exclusivamente vinculada a su trabajo para la mercantil demandada, y no para su actividad de gerencia, llevanza y gestión del establecimiento de su marido, no considerando en momento alguno que con ello vulnerase su deber de buena fe para con su empresario”.

El TSJ, aludiendo a sentencias propias anteriores, reitera que, con carácter general,

“la realización de actividades en IT incompatibles con el trabajo constituye causa de despido, porque la incidencia negativa de estas sobre la curación de la enfermedad retrasa la incorporación al trabajo y transgrede en consecuencia la buena fe contractual”,

señalando en este sentido que “no se requiere que en IT se desempeñen trabajos necesariamente remunerados, sino cualquier actividad contraindicada para la situación clínica incapacitante”, de manera que la realización de actividades aun no retribuidas puede:

- A. bien suponer la simulación de la incapacidad temporal; o
- B. bien dificultar el restablecimiento del asalariado⁴¹.

40. AS\2020\1464.

41. FD 2º. Los entrecuadrados son citas literales que toma esta sentencia de la STSJ Madrid de 10 diciembre 2018 (JUR 2019\74645). Señalaba esta última: “Se explica con acierto por la sentencia de instancia al declarar que si el actor «estaba incapacitado para realizarla en cumplimiento de su obligación prestacional para la empresa demandada, también lo estaba para desempeñarla como trabajador autónomo; porque, además de que desde una perspectiva objetiva es idéntica la limitación funcional de una misma persona para una misma o análoga actividad, el ejercicio por cuenta propia de esa actividad contraindicada respecto de la patología determinante de la baja médica constituye un claro ejercicio de vulneración de la buena fe contractual, porque, como ya se expuso, o bien indica la simulación de la enfermedad o lesión, o bien dificulta el restablecimiento a los efectos de procurar la reincorporación a la actividad laboral en la empresa con la menor demora posible. Dada la evidente gravedad de la conducta sancionada, no cabe aplicar el principio gradualista, siendo destacable que la medida extintiva no

11.2. Apropiación o sustracción de dinero o efectos

El supuesto enjuiciado en la STSJ Madrid 30 abril 2020⁴² es el de una camarera de hotel que, tras la marcha de un cliente y habiendo olvidado este un cinturón de cierto valor, se lo apropia, sin seguir el protocolo establecido por la empresa para estos casos. Puesto en contacto el cliente con el Hotel para informar de su olvido, hasta en tres ocasiones se le preguntó a la trabajadora si sabía algo del cinturón, siendo la respuesta negativa. A la vista de ello, la entidad opta por revisar las grabaciones de las cámaras de videovigilancia, comprobándose entonces que la trabajadora se había apropiado del cinturón.

El TSJ se centra sobre todo en la validez como prueba de las imágenes, pero no deja de hacer algún apunte sobre la buena fe que nos resulta interesante. Así, ante la alegación de la trabajadora de que el despido resulta desproporcionado porque los hechos “serían constitutivos de una tentativa de hurto no penalizada dentro del ámbito laboral, siendo la sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos (teoría gradualista)”, la respuesta del TSJ Madrid es inequívoca, en el sentido de que la sustracción supone *per se* una transgresión de la buena fe contractual, sea cual sea el valor de lo sustraído:

“La realidad acontecida demuestra de manera tozuda la gravedad de los hechos y la culpabilidad de la conducta imputada a la trabajadora que procedió a sustraer, sin autorización, un cinturón de piel trenzada negro que procedió a meter en el carrito de limpieza, saltándose los protocolos, y que solo devuelve al ser descubierta. Se trata de una conducta sin duda constitutiva de falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual. La apropiación de efectos de la empresa por regla general debe considerarse conducta que justifica el despido, con independencia de su valor, pues tales hechos son de la máxima gravedad e implican transgresión de la buena fe contractual al no poder depositarse la confianza en un trabajador que tiene a su alcance las mercancías de la empresa y tiene numerosas ocasiones de efectuar similares comportamientos burlando los controles de la empresa. La cuantía económica del bien perteneciente a la empresa del que se apropia o que sustrae el trabajador no es un criterio que, en principio, deba tenerse en cuenta por sí solo para calificar la gravedad de la conducta” (FD 11º).

Pasando a una segunda resolución, ya hemos tenido oportunidad en varias ocasiones de tratar el supuesto en que el trabajador se apropia de dinero de la empresa.

obedece propiamente a que el trabajador desarrollara actividades en competencia desleal con la empresa, sino que, estando aquejado de espolón calcáneo, lesión causante de la IT, no tuviera dificultad para ejecutar tareas que eran incompatibles con esta patología –y sí con su trabajo en la empresa demandada– que exigió al actor permanecer de baja durante más de dos meses” (FD 1º).

42. AS\2020\2481.

La particularidad que presenta la STSJ Madrid 27 mayo 2020⁴³ es que la apropiación es temporal. El supuesto es el de una trabajadora de una clínica privada, encargada de realizar los cobros a los pacientes, que en varias ocasiones percibe el dinero (en metálico) del cliente sin contabilizarlo, si bien con posterioridad hace una anotación contable (ficticia, pues no se corresponde con el día del cobro efectivo) e ingresa el dinero en la cuenta de la entidad. Es decir, nos encontramos en definitiva con una apropiación temporal, en que lo que hace la asalariada es postergar la entrada efectiva del dinero en el patrimonio empresarial.

Lo interesante, a nuestros efectos, de esta resolución judicial es que resalta la falta de confianza derivada del proceder de la actora, sin que mitigue su gravedad ni la escasa cuantía de las cantidades apropiadas ni que estas fueran restituidas:

“La conducta de la actora supondría en todo caso una serie de incumplimientos contractuales, dada su conducta reiterada, de entidad suficiente como para justificar el despido disciplinario (art. 54.2 d) ET), tal como lo entendió la sentencia de instancia, que, tras indicar que se ha acreditado que la demandante ha procedido en la forma expresada en el relato de hechos probados de forma culpable y dolosa, viene a poner de relieve que, aun cuando las cantidades distraídas carecieran de un valor notable y fueran luego restituidas por la actora, lo determinante de la gravedad de su proceder es la confianza defraudada, en cuanto a las irregularidades contables detectadas, solo a ella imputables y que tenían como única finalidad la sustracción de cantidades aún de manera temporal” (FD 2º).

Finalmente, nos encontramos en la STSJ Madrid 8 junio 2020⁴⁴ el caso de un trabajador de una empresa de gestión de residuos sólidos, que es captado mediante videocámaras facilitando el acceso al centro de trabajo de personas ajenas al mismo, las cuales retiran algunos residuos sólidos; dicho en palabras de la carta de despido: “Usted se ha apropiado de materiales de la empresa, los ha hecho suyos, los ha entregado a terceros, [...] y los ha puesto a disposición de estos sin estar autorizado para ello”. Es posible que por ello recibiera una contraprestación económica, pero “no ha quedado acreditado que el actor se lucrara con la venta de chatarra”.

El grueso de la fundamentación jurídica de la Sentencia se centra en la licitud como prueba de las imágenes obtenidas mediante videovigilancia. Pero también se ocupa de la transgresión de la buena fe, al dar respuesta a tres alegaciones concretas del trabajador: que no quedaba acreditada una conducta continuada ni habitual; que no se acreditó que se lucrara con la venta de residuos; y que tampoco quedó acreditado perjuicio económico para la entidad. A esto opone el TSJ Madrid que:

43. AS\2020\1932.

44. AS\2020\2251.

“la jurisprudencia es constante al señalar que la conducta consistente en sustracción de bienes o efectos de la empresa por el trabajador, o por otras personas con acuerdo o consentimiento del trabajador, supone una grave quiebra o transgresión de la buena fe laboral y un abuso de confianza constitutivos del despido procedente, conforme al artículo 54-1-d) del Estatuto de los Trabajadores”, sin que el “presumible escaso valor de los efectos (chatarra) retirados por las personas a las que el actor permitió el acceso y la retirada de aquéllos [...] [excluya] la grave quiebra de la buena fe laboral” (FD 6º).

Frente a la opuesta falta de habitualidad, el TSJ citará su propia doctrina en el sentido de que “la inexistencia de sanciones anteriores [...] no [puede] operar como [...] [atenuante] de la gravedad de la conducta sancionada”⁴⁵.

11.3. Trato especial a determinados sujetos

En la STSJ Madrid 9 diciembre 2020⁴⁶ nos encontramos ante un caso palmario de trato de favor. El trabajador despedido era Jefe de Negociado de una empresa de transporte de viajeros, que al parecer está calificada para la realización de pruebas de aptitud de conducción de autobuses. El trabajador se interesó por un participante en uno de los exámenes de conducción, informándole el examinador que la calificación obtenida fue la de “no apto”; a continuación acudió al Departamento de Recursos Humanos, solicitó el expediente correspondiente a aquel participante y, utilizando un corrector, sustituyó la calificación por la de “apto” (borró la cruz de la casilla de la primera calificación y marcó la de la segunda).

El supuesto se comenta por sí solo, por lo que al TSJ no le cabe más que entender ilícita tal actuación, poniendo de relevancia además el peligro que para los ciudadanos pudo suponer la misma:

“El actor con su comportamiento no solo demostró una evidente deslealtad y abuso de confianza en las tareas encomendadas, entre las que no se encontraban las de examinar y calificar a Don [...]; sino que pudo poner en peligro la circulación y el tráfico permitiendo el manejo de vehículos destinado al transporte de personas a quien no ostenta aptitudes para ello, únicamente por motivos de amistad” (FD 9º).

11.4. Omisión de los deberes de control inherentes al puesto

La STSJ Madrid 10 mayo 2021⁴⁷ trata un supuesto de verdadera ingeniería económica. En una muy apretada síntesis, y para no extendernos en términos que escapan a nuestra Rama del conocimiento, baste el siguiente resumen: el trabajador en

45. La cita es de la STS Madrid de 19 diciembre 2013 (JUR 2014\19652, FD 3º).

46. AS\2020\670.

47. AS\2021\1675.

cuestión era Director gerente de una empresa pública, en función de cuyo cargo fue nombrado Presidente y Consejero delegado de otra empresa participada por aquella; el área económica de esta última empresa procedió a una serie de operaciones de extensión, ampliación y participación de otras empresas, operaciones que fueron calificadas de fraudulentas y delictivas; y todas estas irregularidades sucedieron sin que el trabajador ejerciese actividad alguna de control. En palabras de la carta de despido y la Sentencia de instancia, “incurrió en una absoluta dejación de funciones y despreocupación”; es decir, no se le imputa la comisión de los actos fraudulentos (que, además, produjeron perjuicio para la empresa pública), sino que el motivo de despido es no haber ejercido los deberes de control inherentes a la responsabilidad del cargo que ocupaba, inspeccionando o vigilando la actividad de las distintas áreas de la entidad que presidía.

Para dar respuesta a este tema, la STSJ Madrid 10 mayo 2021, con cita de pronunciamientos de otros TSJ así como del TS, nos recuerda, en primer lugar, que

“los deberes de fidelidad y lealtad, si deben ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escurpulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de confianza”,

concluyendo, tras una extensa exposición de doctrina judicial sobre la transgresión de la buena fe, que

“basta que esa transgresión atente a la justa convivencia social y a la buena imagen de la empresa, o que haya simplemente negligencia, imprudencia o descuido imputable al trabajador, para que [se] justifique el despido”.

En virtud de ello, estima que la conducta del trabajador aquí enjuiciada está correctamente tipificada conforme al convenio de aplicación⁴⁸,

“como fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones, desempeño y funciones encomendadas; y como provocación de daños graves por negligencia o imprudencia inexcusable” (FD 6º).

11.5. Revelación de datos a la competencia

La STSJ Madrid 30 junio 2021⁴⁹ se ocupa de un caso en que, tras una serie de vicisitudes (entre ellas un despido anterior del que se retractaría la empresa), el trabajador debe entregar el equipo puesto a su disposición por la entidad, equipo que incluía el

48. Cfr. I Convenio Colectivo de Canal Isabel II Gestión SA, art. 90.c), apartados 1 y 14 (BOE de 31 de enero de 2017).

49. JUR\2021\318836.

teléfono móvil. Es entonces cuando la empresa, al preparar el móvil para entregarlo al trabajador que iba a sustituir al ahora despedido, comprueba que este había remitido una serie de mensajes y archivos a una persona que prestaba servicios para una empresa de la competencia; tales mensajes y archivos contenían información sensible sobre potenciales clientes.

El Tribunal madrileño, que finalmente entendió procedente el despido del trabajador, se extiende sobre todo en aspectos como la garantía de indemnidad, el derecho a la intimidad, la protección de datos personales, la indefensión, etc. Pero también entra, aunque brevemente, en la transgresión de la buena fe contractual. En este sentido nos recuerda, con la ya referida STS de 19 de julio de 2010⁵⁰, que

“la buena fe contractual se configura «por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena»” (FD 6º),

concluyendo que

“la conducta del actor constituye un incumplimiento grave y culpable [...] y es causa de despido disciplinario, al haber incurrido en indisciplina, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza”.

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

12.1. Concurrencia desleal

La sentencia de 20 octubre 2020⁵¹ nos resulta muy interesante por la cuestión que trata: la concurrencia desleal. Como bien se sabe, el art. 5.d) ET impone al trabajador el deber de no concurrencia desleal con su empresa, deber cuyo incumplimiento va a ser entendido como transgresión de la buena fe contractual. En la Sentencia nos encontramos con un trabajador asalariado que, a la vez, presta servicios similares como autónomo para otras empresas. Los hechos quedan bien definidos en la carta de despido:

“La Empresa ha tenido conocimiento de que –de manera concomitante con la misma– presta también usted esos servicios como autónomo utilizando el siguiente nombre comercial: [...] A través del citado nombre comercial, usted ha venido ofreciendo sus

50. Cfr. nota núm. 5.

51. AS\2021\947.

servicios para diferentes personas y sociedades que hasta el momento han sido clientes de esta Compañía”.

Aunque el despido se declara improcedente por incumplimiento de los requisitos formales, no deja el TSJ de pronunciarse sobre el fondo del asunto, reiterando doctrina que, con base en la jurisprudencia del TS, había ya sentado en sentencias previas:

“Nuestro legislador ha querido que, entre los deberes que incumbe a los trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, se incluya el de no hacer concurrencia desleal a su empresario, que obliga a abstenerse de entrar en directa competencia con éste sin su consentimiento (arts. 5-d y 21-1 ET). Regla que, si bien en la literalidad de ese último precepto solo se vulneraría cuando se desempeña trabajando por cuenta de otro empresario en situación de competencia directa, en su recto sentido, derivado de su finalidad, también se infringe cuando el trabajo se realiza por cuenta propia o bien se constituye una sociedad con el objeto de que desarrolle una actividad empresarial directamente competitiva [...]. Deber de abstención cuya infracción constituye uno de los supuestos de incumplimiento grave y culpable que justifica el despido, con encaje en el que se tipifica en el art. 54-2-d) ET como trasgresión de la buena fe contractual, y para lo que no es preciso que la conducta del trabajador haya ocasionado perjuicios efectivos al empresario, bastando con que tenga potencialidad para causarlos al entrar en competencia económica en el mismo ámbito de mercado (STS 8-marzo-91 (RJ 1991, 1840)). El elemento esencial de ese incumplimiento no está en el daño efectivamente producido, sino en la actitud intencional del trabajador, realizando una conducta que, en la búsqueda del beneficio propio, no le importa lesionar los intereses del empresario. Repárese en que la clave de la trasgresión no radica en el hecho mismo de trabajar para la competencia directa, sino en hacerlo sin consentimiento del empresario”⁵².

Aun cuando, como hemos dicho, el despido fue declarado improcedente por defectos formales, afirmará el Tribunal que, de haberse tramitado correctamente, los hechos “harían ver que el demandante sí que ha entrado en colisión competitiva con la empresa”.

13. CONCLUSIONES

Terminada aquí la exposición casuística de la litigiosidad que en los TSJ ha encontrado la transgresión de la buena fe contractual, extraemos las siguientes conclusiones:

1. Con respecto a esto último, cabe decir que, en general, la labor de los tribunales autonómicos no ha resultado especialmente innovadora. Los mismos

52. FD 3º, recogiendo la literalidad de la STS País Vasco de 20 mayo 2005 (AS\2005\2610).

siguen básicamente en lo doctrinal la jurisprudencia sentada con anterioridad por el TS, que muy sintéticamente podemos resumir con el TSJ andaluz del siguiente modo⁵³:

- a) El principio de buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo.
 - b) Si bien la transgresión admite distintas graduaciones en su objetiva gravedad, cuando sea grave y culpable es causa de despido.
 - c) No resulta determinante la inexistencia o escasa cuantía de los perjuicios que pueda sufrir la empresa.
 - d) No es necesario que el trabajador haya querido dolosamente conculcar sus deberes, bastando la negligencia.
 - e) El deber de buena fe, exigible a todo trabajador, cabe predicarlo con mayor rigurosidad de los puestos de mayor confianza.
 - f) Como toda causa de despido, debe ser interpretada restrictivamente.
2. Por su continua aparición, la STS 19 julio 2010 puede calificarse de paradigmática en materia de transgresión de la buena fe. Esta y algunas otras son reproducidas con frecuencia por los TSJ (a veces a modo de aluvión)⁵⁴.
 3. De todas formas, y pese a esa continua referencia al TS, cuando ha resultado posible hemos destacado algún aspecto que, por una u otra circunstancia, quedaba resaltado en la sentencia autonómica que se analizaba.
 4. Volviendo a lo que era objeto central de nuestro estudio (la exposición de la casuística habida ante nuestros TSJ en los dos últimos años), creemos haber cubierto nuestro objetivo: con la lectura de los resúmenes expuestos en las páginas precedentes el lector puede hacerse una idea, bastante aproximada, de en qué se traduce (cuando menos en la Práctica judicial) el concepto jurídico indeterminado de transgresión de la buena fe.
 5. Claramente se aprecia que hay un grupo de supuestos destacado (apropiación para sí o para terceros de productos o dinero de la empresa o de clientes; nueve sentencias), seguido a distancia de un segundo bloque (realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal; tres supuestos); otros casos (al menos dos sentencias) hacen a la concurrencia desleal o el trato de favor a determinados sujetos (medie o no contraprestación económica).

53. Cfr. 2.1: STSJ Andalucía (Granada) 4 marzo 2021 (AS\2021\1319).

54. En nota 5 recogemos *in extenso* el FD 5º de la STS mencionada.

ANEXO 1. ÍNDICE ANALÍTICO DE LAS SSTSJ CONSULTADAS

Abandonos del puesto de trabajo	STSJ Cataluña 13 de febrero 2020 ⁵⁵
Actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal	STSJ Andalucía (G) 19 noviembre 2020 STSJ Cataluña 24 enero 2020 STSJ Madrid 16 enero 2020
Actividades incompatibles con restricciones funcionales de trabajadores especialmente sensibles	STSJ Galicia 18 febrero 2020
Apropiación de productos o dinero de la empresa	STSJ Andalucía (S) 12 febrero 2020 STSJ Andalucía (S) 4 marzo 2020 STSJ Andalucía (S) 5 marzo 2020 STSJ Andalucía (G) 4 marzo 2021 STSJ Cataluña 22 mayo 2020 STSJ Madrid 8 junio 2020
Apropiación temporal	STSJ Madrid 27 mayo 2020
Apropiación de productos de clientes	STSJ Galicia 24 noviembre 2020 STSJ Madrid 30 abril 2020
Conducta negligente y desconsideración en el trato a clientes	STSJ Asturias 16 marzo 2021
Concurrencia desleal. Prestación por cuenta propia de servicios de la empresa	STSJ C. Valenciana 29 septiembre 2020 STSJ País Vasco 20 octubre 2020
Deber de confidencialidad. Alcance	STSJ Cantabria 10 mayo 2021
Deberes de control inherentes al puesto. Omisión	STSJ Madrid 10 mayo 2021
Deberes habituales de la profesión. Incumplimiento	STSJ Islas Baleares 23 junio 2021
Falsificación de firmas o documentos	STSJ Andalucía (S) 8 julio 2020
Falsificación de los instrumentos de control	STSJ Asturias 23 marzo 2021
Gestión comercial perjudicial	STSJ Asturias 28 abril 2020
Gestión comercial fraudulenta	STSJ Castilla-La Mancha 8 mayo 2020

55. La referencia Aranzadi Digital de cada sentencia la encuentra el lector en el Anexo 2 que sigue al cuadro.

ANEXO 1. ÍNDICE ANALÍTICO DE LAS SSTSJ CONSULTADAS

Grabación de conversaciones telefónicas con compañeros y jefes	STS Islas Canarias 15 junio 2021
Negativa a la prolongación de jornada (horas extras para pedidos urgentes)	STSJ Andalucía (S) 22 octubre 2020
Negativa al uso de mascarilla en el centro de trabajo	STSJ Galicia 14 mayo 2021
Revelación de datos a la competencia	STJ Madrid 30 junio 2021
Trato especial a determinados sujetos	STSJ Andalucía (M) 9 diciembre 2020 STSJ Madrid 9 diciembre 2020

ANEXO 2. RELACIÓN DE SSTSJ CONSULTADAS

Andalucía (Granada)

19 noviembre 2020 (AS\2021\547)

4 marzo 2021 (AS\2021\1319)

Andalucía (Málaga)

9 diciembre 2020 (AS\2021\610)

Andalucía (Sevilla)

12 febrero 2020 (JUR\2020\175904)

4 marzo 2020 (JUR\2020\210588)

5 marzo 2020 (AS\2020\2272)

8 julio 2020 (AS\2021\431)

22 octubre 2020 (AS\2021\788)

Asturias

28 abril 2020 (AS 2020\2167)

16 marzo 2021 (AS\2021\1231)

23 marzo 2021 (AS\2021\1365)

Cantabria

10 mayo 2021 (AS\2021\1263)

Castilla-La Mancha

8 mayo 2020 (AS\2020\2289)

Cataluña

- 24 enero 2020 (AS\2020\1745)
- 13 de febrero 2020 (AS\2020\1618)
- 22 mayo 2020 (AS\2021\93)

Comunidad Valenciana

- 29 septiembre 2020 (AS\2021\302)

Galicia

- 18 febrero 2020 (AS\2020\2467)
- 24 noviembre 2020 (AS\2021\387)
- 14 mayo 2021 (AS\2021\1504)

Islas Baleares

- 23 junio 2021 (AS\2021\1478)

Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife)

- 15 junio 2021 (JUR\2021\303172)

Madrid

- 16 enero 2020 (AS\2020\1464)
- 30 abril 2020 (AS\2020\2481)
- 27 mayo 2020 (AS\2020\1932)
- 8 junio 2020 (AS\2020\2251)
- 9 diciembre 2020 (AS\2020\670)
- 10 mayo 2021 (AS\2021\1675)
- 30 junio 2021 (JUR\2021\318836)

País Vasco

- 20 octubre 2020 (AS\2021\947)

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



FROM MY WORKSPACE



EL DESPIDO SIN CAUSA, O CON CAUSA FALSA: ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA?

Manuel Alonso Escacena
Abogado. Socio y director del Área de Derecho
laboral de Legalsur Abogados, S.L.
mae@legalsur.com

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En la Antigua Roma el tribuno Aulio Gelio, tenía la humorada de pasear por el foro, abofeteando a quien le parecía adecuado, sin haber mediado ofensa previa o una razón cualquiera. Después de las dos bofetadas que el tribuno despachaba al elegido, un esclavo, que le seguía, entregaba de la bolsa de su amo la indemnización en ses tercios, fijada por la ley en caso de agresión a un ciudadano. Así el señor Gelio se pagaba el capricho de estampar dos guantazos a quien le daba la gana.

La justicia romana se cansó de la actitud inmoral del tribuno y determinó que su comportamiento era abusivo. Un abuso del derecho vigente. Atentaba contra la decencia, y le aplicó la pena correspondiente, obligándole a disculparse públicamente con cada uno de los agredidos, y anunciándole el destierro si reincidía.

La anécdota viene al caso para ilustrar, en base a ella, que cabe que el ordenamiento jurídico fije un precio por un incumplimiento contractual entre particulares; por ejemplo: 33 días por año si se despide sin poder probar los hechos constitutivos. E incluso, que los particulares negocien esta cifra, disponiendo libremente de su derecho, y reduciéndola, por ejemplo, si a ambos le conviene.

No obstante, en otros casos, como en extinciones discriminatorias, o que vulnere derechos fundamentales, aunque el “ofensor” esté dispuesto a pagar la cantidad estipulada, como Aulio Gelio, no se consiente que se ejecute su voluntad. ¿Cabe predicar lo mismo del despido acausal?

El profesor Ocaña Escolar, en un trabajo reciente¹, citando a Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, apoyaba que

“la racionalidad económica no puede ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales, cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador como productor y como persona”.

En derecho, el capricho –entendiendo por tal un despido sin causa alguna– no puede ser pagado.

Abordamos la cuestión teniendo muy presentes el trabajo del profesor Ocaña, y el Voto Particular (en adelante: VP) de la STSJ Cataluña, de 21 de julio de 2020², dictada en Pleno, al que se adhieren 10 magistrados más, de los 25 que conforman la Sala. Nos referiremos a ellos como “fuentes” de nuestro trabajo.

El tenor de la carta del despido resuelto por la Sentencia citada es el siguiente:

“Por la presente, se le notifica que esta empresa, en base a las facultades que le otorgó el artículo 52, del texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión unilateral e irrevocable de extinguir el contrato de trabajo que nos une, procediendo en consecuencia a su despido con efectos de hoy 28 de febrero de 2017.

Ponemos a su disposición la indemnización que legalmente le corresponde, que asciende a 626,46 €, así como la cantidad que le corresponde en concepto de salario pendiente hasta la fecha, quedando extinguido el contrato que nos une”.

El despido, ciertamente, estaba huérfano de detalle o motivos que lo justificasen, y fue considerado improcedente por la Sala. Nuestras fuentes no ignoran que la última doctrina, recogida en la STS de 29 de noviembre de 2017, es clara al resolver que el despido sin causas debe ser considerado improcedente. No obstante, consideran que la Sala IV reitera en la sentencia citada su propia doctrina asentada durante la vigencia del llamado “despido improcedente express”. Y es importante reseñar que la Sentencia de 29 de noviembre de 2017 resuelve un despido notificado el 29 de febrero de 2011, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, que suprimió el despido “expres” que permitía reconocer la improcedencia en la propia carta, consignar y evitar así salarios de trámite. Asimismo, resulta de interés señalar que la declaración de improcedencia del despido hoy día genera un montante indemnizatorio menor en días por año y sin los salarios de tramitación desde febrero de 2012.

Según el Voto Particular, la última doctrina de la Sala IV analizó un despido acausal producido en un marco normativo muy diferente al actual, por lo que discuten

1. Ocaña Escolar, Luis (2021), “El despido sin causa, ¿vulnerador de derechos fundamentales?”, *Lan Harremanak*, 46, 170-202.

2. Sentencia núm. 3550/2020, rec. 4708/2019.

su aplicación a día de hoy, toda vez que la eliminación del “despido expreso” indica que el legislador “recausaliza el despido”³, refuerza la exigencia de causa para despedir. Revela a las claras la voluntad del legislador de dificultar despidos basados exclusivamente en interés económico y no en causas disciplinarias u objetivas. Y, con ello, la Ley trata de favorecer la impugnación judicial del despido, compleja o imposible en despidos acausales, con clara afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Nuestras fuentes defienden la nulidad del despido acausal desde tres vertientes: (1) por vulnerar el despido sin causa, Normas de Derecho Internacional trasplantadas a nuestro ordenamiento, (2) por ser inconstitucional; y (3) por constituir fraude de ley, que deriva en nulidad.

Repasamos cómo lo desarrollan.

2. NULIDAD DEL DESPIDO SIN CAUSA, SUSTENTADA EN NORMAS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES, DE APLICACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

2.1. El Convenio 158 OIT

La citada Norma consagra los siguientes derechos en favor del trabajador despedido:

1. Que concurra una causa justificada, relacionada con su capacidad o conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa.
2. El derecho a la audiencia previa para *defenderse de los cargos formulados contra él*; y a conocerlos, salvo imposibilidad acreditada por parte del empleador.
3. El derecho a recurrir contra el despido ante un organismo neutral, como un tribunal de justicia o arbitral.
4. Al examen y revisión –por tribunales u organismos idóneos– de la causa invocada para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.
5. A la reparación: esto es, si los tribunales u organismos citados “llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

3. Expresión muy gráfica usada por el VP de la Sentencia del TSJ de Cataluña.

Es incuestionable –incluso para Sentencia de Cataluña que postula la improcedencia– que las razones deben existir, y deben ser reales, y que deben explicitarse en la carta de despido. Donde surge la discrepancia entre el fallo y el VP es en el modo de reparar el daño: si basta con una indemnización o se requiere la restitución mediante readmisión; o lo que es lo mismo, mediante calificación de improcedencia o nulidad. Y nuestras fuentes sostienen que, según el Convenio 158, la reparación indicada frente al despido injustificado es la nulidad, y que no hacerlo viola los arts. 4 a 10 del Convenio y –en segunda derivada– se estaría privando al trabajador de poder ejercer estas garantías que el Convenio internacional establece, con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

2.2. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 julio de 2012, Asunto KMC *v.* Hungría, en relación con el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Apelando al Alto Tribunal Europeo, el VP invoca que este, en diversas sentencias, ha consagrado la exigencia causal en el despido, y que en la STEDH KMC *v.* Hungría, en un caso de despido sin explicitación de causa (o con causa ficticia), el Tribunal afirmó que dicha extinción era nula, argumentando que:

“es inconcebible que el solicitante pueda interponer una acción sobre el fondo, por falta de una posición conocida del empleador demandado”, [por lo que] “el despido violó su derecho a conocer las causas de su despido y hacer que su despido sea evaluado completamente por un organismo independiente, según lo dispuesto en el artículo 6 CEDH”.

En opinión del VP, no cabe duda sobre la aplicabilidad de esta Sentencia al despido enjuiciado, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

2.3. Otras Normas de Derecho de la UE invocadas en las fuentes

1. El art 24 de la Carta Social Europea; que establece que todos los trabajadores tienen derecho

“a que no se termine su empleo sin razones válidas para dicha terminación, relacionadas con su capacidad o conducta o con base en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

2. La Resolución de 11 de febrero de 2020 del Comité Europeo de Derechos Sociales –Órgano de aplicación e interpretación de la Carta Social Europea–; que consideró que la supresión de la readmisión obligatoria en despidos ilegítimos (operada por el Estado italiano) no respetaba el principio de

“restauración adecuada” del daño sufrido. Se eliminó la nulidad para todo, cosa que no pasa en nuestro Ordenamiento.

3. También el art 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante: CDFUE); que reconoce como “derecho fundamental” que

“Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

Las Conclusiones que, en razón de aquellas fuentes internacionales, extrae el VP, son:

- Que la causa en el despido es un elemento esencial no formal.
- Que la concreción de la causa es esencial para poder impugnarlo, y, si aquella no concurre, se impide el ejercicio de la tutela judicial efectiva, que lo vicia de nulidad.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DESPIDO ACAUSAL

Además del apoyo en Derecho Internacional, según hemos visto, tanto el VP como el profesor Ocaña consideran que el despido acausal debe ser nulo porque vulnera Normas de rango constitucional, y este último menciona que un sector de la doctrina científica (María Emilia Casas Baamonde) sostenía la misma tesis, en concreto respecto de los arts. 24 y 35.1 CE, cuando afirmaba que

“la ausencia de forma en el acto de despido causante de indefensión, “entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa” (STC 38/1981, FJ 8º), habrá de dar lugar necesariamente, no a la declaración judicial de improcedencia, sino a la de nulidad del despido”.

Dicha doctrina se sustenta –según el VP– en dos premisas, inspiradas en la aplicación de lo dispuesto en el Convenio nº 158 OIT:

- Por un lado, que el art. 35.1 CE, interpretado por las SSTC 22/81 y 192/03, establece que el despido sin causa debe ser considerado nulo.
- Lo anterior hace emerger el derecho fundamental vulnerado –requisito que en nuestro ordenamiento hace nacer la nulidad– que resulta ser la tutela judicial del art. 24. CE, en vertiente de impedimento de defensa eficaz.

La argumentación de apoyo para defender ambas premisas la exponemos a continuación.

3.1. Las SSTC 22/81 y 192/03 y el artículo 35.1 CE

La doctrina del TC expuesta en estas dos Sentencias, inspiradas en el Convenio 158 OIT, ha venido reiterando que:

- El despido lícito debe sujetarse a condiciones de fondo y de forma.
- El despido es una facultad del empresario para la gestión de su empresa, pero no existe una libertad *ad nutum* de despido.
- En su vertiente individual –según la STC 22/81–, el derecho al trabajo del art. 35.1 CE se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa”.

3.2. Interdicción de la indefensión *ex* artículo 24.1 CE

Por lo que respecta a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, y según las principales fuentes de este trabajo, establecido el derecho constitucional a no ser despedido sin causa justa, éste genera –al ejercer el trabajador el derecho fundamental a impugnar judicialmente el despido– una evidente indefensión: el trabajador desconoce la “causa” o “móvil” real de su despido, y no puede articular su defensa a fin de conseguir otra calificación judicial que no sea la simple declaración de improcedencia. Incluso si el despido entraña móvil discriminatorio, conocido o no, por el empleado, omitir o falsear la causa sería la mejor forma de camuflarlo, “comprando” la improcedencia mediante el abono de la indemnización, y burlando así la nulidad.

El propio legislador, en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, ya apunta que detrás de una carta de despido con causa ficticia se esconde muchas veces una “causa real” discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales.

4. NULIDAD DEL “DESPIDO SIN CAUSA” POR FRAUDE DE LEY

Visto el panorama internacional y el análisis de constitucionalidad del despido carente de causa, que para los firmantes del VP es claramente vulnerador de derechos constitucionales y fundamentales, nuestras dos fuentes incluyen el juicio de antijuridicidad en relación con los despidos que estudiamos, sosteniendo que el despido acausal es antijurídico o fraudulento, y de ello deriva, por otra vía más, la nulidad.

Un despido puede ser ilícito por defecto de forma, causa o finalidad; también puede ser inconstitucional; y también puede ser fraudulento.

En relación a este último aspecto, el acto extintivo puede adecuarse formalmente de modo impecable al texto de una norma, pero perseguir, sin embargo, un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico, o contrario a él, con la consecuencia de tratar de obtener la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir,

conforme al art. 6.4 CC. Así las cosas, no sería posible –suficiente–, para reparar el daño, imponer una indemnización compensatoria, *ex art.* 1101 CC, sino el cumplimiento del contrato.

Aunque el VP reconoce que el fraude de ley fue en su momento declarado “ineficaz” a efectos de nulidad por la jurisprudencia, los cambios legales experimentados en los últimos años han modificado –a su juicio– esta conclusión respecto a las extinciones por causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas y productivas; en adelante: ETOP), como es el caso del despido analizado por la Sentencia de Cataluña.

Cabe decir, en este sentido, que, en este tipo extintivo (refiriéndose al despido objetivo ETOP), siempre ha existido –tanto en su vertiente individual como en la colectiva– una observancia, más o menos clara, del fraude de ley, con tipificación de nulidad. Así, la letra b) del artículo 122 LRJS sanciona con la nulidad lo que se califica como “fraude de ley”, por elusión de

“las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

El VP, en este terreno, se siente apoyado y considera aplicable la STS de 19 de febrero de 2014, que establece que el despido colectivo antijurídico, en fraude de ley, es nulo, aunque no esté previsto explícitamente en el art. 124 LRJS. El VP llega a la conclusión de que es la única posibilidad por las siguientes razones:

- La única calificación posible de un despido colectivo es ajustado –o no– a Derecho, o nulo.
- El art. 124 LRJS no establece que el fraude determine necesariamente una sentencia no ajustada a Derecho, luego cabe su nulidad.
- La tercera razón la halla en la redacción inicial del art. 124.9 LRJS por el RD-Ley 3/2012, que sí contemplaba expresamente el fraude como causa de nulidad, suprimido tras la Ley 3/2012, de 6 de julio; lo que el VP de la STSJ de Cataluña atribuye a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna.

Aportan los Magistrados discordantes más pronunciamientos que apoyan su línea, trayendo a colación:

- La STS de 30 de octubre de 2013⁴, que concedió esta misma calificación –nulidad por fraude de ley– a un despido colectivo efectuado tras incumplir los compromisos previamente adquiridos en el acuerdo que puso fin a una huelga.

4. Rec. 47/2013.

- La STS (ud) de 12 de marzo de 2014⁵, que trasladó la mencionada doctrina de nulidad por fraude al ámbito del despido objetivo individual, en base a las siguientes consideraciones:

“En su consecuencia, la decisión extintiva tomada por la empresa dentro del periodo de suspensión de los contratos de trabajo, sin causa suficiente, implica, a juicio de la Sala, el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe, quebrantando la confianza suscitada en los trabajadores afectados por los propios actos de la empresa, e incurriendo en un abuso de derecho, todo lo que ha de conducir, en aplicación de los artículos 53 del Estatuto de los Trabajadores y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 7.1 y 2 del Código Civil como en casos análogos de fraude de ley, ha establecido la Sala –Sentencias, entre otras, de 20 y 17 de febrero de 2014 (rcud. 116/2013 y 142/2013)- a la declaración de nulidad del despido producido”.

A tenor de lo dispuesto en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, el VP –toda vez que la carta del despido motivante de la sentencia a la que se opusieron, solo cita el art. 52 ET, sin referencia a ninguna letra del precepto– da un paso más y defiende, con el fin de sustentar la arquitectura de su argumento, la aplicación de la anterior doctrina en todas las causas objetivas individuales *ex* art. 52 ET, y no solo a las causas ETOP. Y lo justifica en base a diversas consideraciones:

- El ámbito objetivo contemplado en el art. 1.a) de la Directiva remite a los

“despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes [ajenos, objetivos en nuestra legislación] a la persona de los trabajadores”,

lo que no solo abarca los supuestos ETOP tanto del despido colectivo como del art. 52 c), sino también al resto de supuestos contemplados en el art. 52 ET.

- De ello parece querer inferirse que la omisión de causa puede encubrir cualquier causa; y por ende, cualquier despido acausal, por razones objetivas o no, discriminatorio o no, debe necesariamente ser calificado como nulo.

5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

Simpatizamos con la tesis del profesor Ocaña y del VP, por este orden. Nadie armoniza con un comportamiento como el de Aulio Gelio, pero mucho nos tememos que

5. Rec. 673/2013.

no puede compartirse en derecho vigente –tal como reconoce el profesor Ocaña, en un trabajo tan elaborado como realista– una interpretación tan forzada, como la que los Magistrados disidentes terminaron positivizando, y que, con algún voto más, hubiese entrado en el fallo.

En el caso del VP, a nuestro juicio –dicho con los debidos respetos a la opinión emitida por diez Magistrados, y en estrictos términos de debate científico– apreciamos incluso un cierto voluntarismo, si se nos permite.

Los discrepantes parten de una concepción, a nuestro entender, errónea –que incluso nos ha sorprendido– en cuanto al concepto de la “causa”. En el Derecho de obligaciones, la “causa” constituye la finalidad directa e inmediata que se persigue con la celebración de un contrato. Tradicionalmente, se ha distinguido la causa o motivo personal que induce a alguien a comprometerse –móvil puramente subjetivo– de la causa propia del negocio –que es objetiva– y es la misma para cada categoría de actos. Así, en los contratos sinalagmáticos la causa –para una de las partes– es la contraprestación de la otra, sin más. Hoy día el TS considera que la causa debe reunir los requisitos de licitud, existencia y verdad, y con ello se da por satisfecho. Por tanto, no podemos confundir “causa” con razones o motivos. La causa de una compraventa es “cambiar precio por cosa”, y los motivos o intenciones pueden ser ilícitos, vgr. ejercer en ella la prostitución, y esto no invalida el negocio civil.

A nuestro criterio, es la STSJ Andalucía de 19 de noviembre de 2020⁶, abordando específicamente la calificación del despido acausal, la que viene a poner la cuestión más certeramente en su sitio, resolviendo, sin dudas, sobre la improcedencia, mediante estos argumentos:

Si la resolución del contrato es injustificada, el negocio jurídico en que consiste la manifestación de voluntad del empresario dirigida a extinguir el contrato deberá calificarse como un “negocio ‘infundado’ o ‘improcedente’”, en cuanto que la actuación de su causa se ha producido al margen de los concretos móviles asignados a la extinción por el Derecho”; sin que ello afecte a la causa del negocio (función extintiva) que permanece.

La resolución y, por tanto, el despido, como negocio jurídico extintivo, no es abstracto, debiéndose distinguir entre la causa (como función económica y social del negocio) y las causas justas del acto extintivo; de ahí que lo que precipita la responsabilidad del empresario es la existencia de un sistema causal: el hecho de que no se haya respetado.

Luego la causa tiene atribuida una naturaleza que excede lo formal, y el despido no es un negocio jurídico acausal.

En suma, si asumimos que la causa no tiene atribuida una naturaleza meramente formal, ya no puede sostenerse que la causa esté al margen del marco constitucional e internacional y el abono de una indemnización ante la extinción sin causa no supone una degradación de la causa a un elemento estrictamente formal.

6. Rec. 1795/2019. Ponente: D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad.

CUARTO.- Podemos añadir los argumentos clásicos en que se sustenta la calificación de improcedente del despido sin causa y así el contenido en la STC 185/2014: no existe “la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad”.

Parece sostener la Sentencia –que, a veces, utiliza giros gramaticales y expresiones difíciles de seguir– que, mientras concorra un acto extintivo unilateral por voluntad del empresario, el negocio jurídico tendrá causa, viniendo esta determinada por la voluntad de separar a un trabajador de la empresa. Y todo ello, aunque, como en los casos estudiados, los motivos, razones, o móviles que provoquen ese despido no aparezcan claros, no sean ciertos o ni siquiera avancen más allá de la arbitrariedad o el capricho. Motivos o razones –repetimos– no son causa.

Y precisamente esta diferenciación no la examina el VP; y ahí es donde se cae, por insostenible, la forzada interpretación que hace de las Normas en las que trata de buscar el apoyo o el oxígeno que finalmente le sustente la calificación de nulidad, que, a nuestro juicio, los discrepantes no acaban por afianzar.

Ni cuando acuden a (1) soportes de Normas internacionales, ni en el análisis de (2) la posible inconstitucionalidad, ni al examinar la (3) nulidad derivada del fraude de ley:

1. Al analizar el Convenio 158 OIT no se aprecia ninguna alusión a la obligada restitución del vínculo roto, derivado de una calificación de nulidad. Se habla de “reparación” y de que no hacerlo –no reparar– viola los arts. 4 a 10 del Convenio. Una indemnización es a nuestro juicio una reparación, la que el ordenamiento español establece, y elevar la exigencia de reparación a necesaria restitución, es la tesis del VP, pero no la literalidad del Convenio 158 OIT.

Tampoco vemos que se prive al trabajador de poder ejercer estas garantías que el Convenio internacional establece, produciéndose lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Obtener una sentencia con indemnización por improcedencia es obtener tutela, tal vez no la deseada, pero sí tutela, conforme a normas.

Y, por último, soslaya el VP que, según el propio Convenio 158 OIT, la cuestión está “sometida al ordenamiento interno”, que fija límites para la nulidad, entre los que no se encuentra la acausalidad.

La aplicación de la STEDH (*KMC v. Hungría*) es más forzada aún. El Tribunal resuelve un supuesto donde la demandante –funcionaria de un Servicio de Inspección– es cesada sin alegarse ninguna razón para el despido, en aplicación de la Ley húngara que, en ese momento, permitía el cese o despido de los funcionarios sin necesidad de justificar la causa. Lo particular del asunto es que, pudiendo ser despedidos sin causa, la ilegalidad del despido efectuado

por el empleador debe ser probada por el funcionario despedido. A nuestro juicio, imponer a un empleado probar la ilegalidad del despido del que no se ha comunicado causa alguna es una prueba diabólica, y vulnera el derecho a la tutela judicial más elemental.

A nuestro entender, no existe ni la más mínima similitud entre el sistema de carga probatoria húngaro y el español como para interesar que el pronunciamiento del TEDH resulte aplicable.

Del resto de Normas de Derecho y jurisprudencia de la UE cabe predicar otro tanto. Unas hablan de derecho “a que no se termine su empleo sin *razones* válidas –no causas– para dicha terminación”; otras incluyen reproches al Estado italiano por eliminar la nulidad para todos los casos, cosa que no sucede en nuestro ordenamiento; y, finalmente, en otros casos vemos alusiones a que la CDFUE reconoce como “derecho fundamental” que

“todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”,

cosa que encaja, como un guante a la mano, con una indemnización por improcedencia y que no implica necesariamente una restitución del vínculo roto.

2. La misma cosa cabe predicar del análisis de constitucionalidad. Derecho a la defensa cabe, y el empleado lo tiene garantizado, en un despido acausal. Lo que difiere entre la opinión del VP y el Ordenamiento es la compensación que la Ley otorga y que a los magistrados firmantes les parece insuficiente. Y hacemos en este punto un inciso, porque, al posible camuflaje de una vulneración de derechos o discriminación, enunciado por el VP, que podría enmascararse al eludirse informar de motivos del despido, nos ha extrañado no ver alusión a la institución de la inversión de la carga de la prueba. El trabajador hipotéticamente discriminado lo tendría muy fácil invocando y acreditando indicios de discriminación, y obligando a la empresa a probar un motivo cierto. El mutismo de la carta y la imposibilidad de introducir hechos nuevos en sede judicial daría servida la nulidad.
3. Y, finalmente, cabe decir lo mismo en lo tocante al análisis desde la perspectiva de la antijuricidad. El VP, en este terreno –decíamos– se siente apoyado por la STS 19 de febrero de 2014, dictada en despido colectivo, cuyas reglas positivas respecto a la nulidad son diferentes al caso individual. La STS de 30 de octubre de 2013 –también traída a colación– estimó nulidad por fraude de ley, en un despido colectivo efectuado tras incumplir los compromisos previamente adquiridos en el acuerdo que puso fin a una huelga, supuesto de nuevo no homologable con el caso, y donde la vulneración de

derechos fundamentales ex art. 28 CE, que suscita la nulidad, se intuye muy patente.

Al tratar de trasladar la doctrina de nulidad por fraude al ámbito del despido objetivo individual, tampoco creemos que la STS (ud) de 12 de marzo de 2014, que resuelve la decisión extintiva tomada por la empresa dentro del período de suspensión de los contratos de trabajo, sin causa suficiente, sea trasladable a nuestro supuesto individual, donde la suspensión de contratos no consta.

A tenor de lo dicho, difícilmente las resoluciones invocadas superarían un juicio de triple identidad para constituir contraste en unificación de doctrina, por lo que no las consideramos homologables tampoco a los efectos que nos ocupan.

El profesor Ocaña, en su detallado estudio, reconociendo que el marco legal no apoya la nulidad, y deseando algo más que la improcedencia para estos despidos acausales, propone una audaz alternativa *de lege ferenda*:

Por todo lo expuesto, nos atrevemos a proponer una solución intermedia e integradora de las posturas doctrinales y jurisprudenciales analizadas; vendría a ser que la calificación jurídica del despido fuera la improcedencia, pero, en casos de constatación de mala fe, con reversión del derecho de opción a favor de la parte trabajadora, a quien correspondería optar —como víctima del incumplimiento— entre la readmisión y la indemnización.

Nuestra solución sería un tanto diferente, y pasaría por implantar de nuevo los justísimos salarios de tramitación en caso de improcedencia del despido. Evitarían muchas vergonzosas dilaciones —de hasta cuatro años— para la celebración de juicios, y repararía el daño más eficazmente. Si algún empresario desea darse caprichos, páguelos, pero como le pasó al tribuno romano, subamos más el precio, que el actual sale muy rentable. Basta con redactar unas líneas y sentarse a esperar tres años para pagar la misma suma que el día de efectos del despido.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



AGENDA

AGENDA

Se confirma que hemos vuelto a la ansiada “nueva normalidad” y se activan los Congresos presenciales, así como Seminarios de distinto tipo, vinculados muchos de ellos a Proyectos de Investigación activos. Ofrecemos una breve nota como adelanto de lo que acontecerá en 2023.

El próximo día 13 de enero tendrá lugar en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, Campus de Cantoblanco, C/ Kelsen, 1) el Seminario “Desafíos de las Relaciones laborales en el Transporte Aéreo tras el confinamiento: análisis de casos concretos”. El mismo se integra en el Proyecto de Investigación *Varieties of Industrial Relations in Aviation Lockdown*, cuya coordinadora es la Profesora Guarriello, y en cuyo Comité Científico participan los Profesores Cruz Villalón y Nogueira Guastavino. Será posible asistir también presencialmente.

Los días 15, 16 y 17 de febrero de 2023 se celebrará en Barcelona (Edificio MedaTIC, C/ Roc Boronat, 117) el IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional del Derecho de la Discapacidad, con el título “Activación laboral y Protección social de las Personas con discapacidad”. La organización es compartida por AEDTSS, la Fundación Derecho y Discapacidad, el CERMI y el Ayuntamiento de Barcelona. La fecha límite para el envío de comunicaciones es el 20 de enero de 2023. Toda la información al respecto en el siguiente enlace: <https://cuartocongreso.fderechoydiscapacidad.es/>

En el mes de mayo –los días 25 y 26– tendrá lugar en el Paraninfo de la Universidad Castilla-La Mancha en Cuenca (Avda. de los Alfares, 46) el XXXIII Congreso Nacional de la AEDTSS con el título “Empleo y protección social” y con el esquema habitual de ponencias, interlocuciones, comunicaciones y talleres de Proyectos de Investigación. El plazo para presentar la propuesta de comunicaciones concluye el 15 de enero y el de propuesta de talleres el 1 de febrero. La fecha tope de inscripción es el 12 de mayo. Más información en <https://www.aedtss.com/congresos-de-la-aedtss/xxxiii/>

Finalmente, en Gante, del 6 al 8 de septiembre de 2023 se celebrará el XIV Congreso Regional Europeo de la SIDTSS. Bajo la consideración del Derecho Social como Faro que debe iluminar la cosmovisión jurídica, se proponen como temas de

trabajo estos cuatro: 1) Principios básicos y fundamentales del Derecho Social Europeo; 2) Aplicación del Derecho Social; 3) El futuro a la luz del pasado; y 4) El impacto de la regionalización. Ya se encuentra cerrado el plazo de recepción de ponencias pero sigue abierto el plazo de inscripción. Más información en: www.sociallawghent2023.be

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Secretario Ejecutivo *TPDM*
mamgijon@us.es

NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA *TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO*

ENVÍO DE ORIGINALES, PROCESOS DE EVALUACIÓN Y DE PUBLICACIÓN

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social es una publicación cuatrimestral. Los textos remitidos tienen que ser originales e inéditos. Sus autores deberán comprometerse, además, a no haberlos sometido en paralelo a evaluación en otra publicación.

Los artículos originales se remitirán elaborados en letra Times New Roman, cuerpo 12, excepto título y notas a pie de página, que irán a 14 y 10 respectivamente. Interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm.

Se procurará que los artículos enviados no superen las 25 páginas de extensión, con un mínimo de 10.

La remisión de los trabajos se efectuará a la dirección de correo electrónico tpdmsecretaria@us.es través de la plataforma OJS, entrando en el siguiente enlace: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo de una semana.

Los originales se remitirán en archivo Word e irán precedidos de una hoja en la que figure el nombre del autor o autores, dirección de correo electrónico, afiliación institucional, Orcid, dirección postal, teléfono y, si lo estima oportuno, la dirección particular.

La Dirección de la revista y el Consejo de Redacción se reservan el derecho de rechazar cualquier original que, por criterios formales, editoriales o de calidad, consideren que no cumple los requisitos mínimos para ser publicado. Dicha decisión se comunicará a los autores en un plazo máximo de dos meses.

Tras su aceptación a trámite, los textos recibidos iniciarán el proceso de evaluación externa a doble ciego. Cada trabajo contará al menos con dos evaluaciones de expertos externos al Consejo de Redacción. Los autores serán informados del

resultado de las evaluaciones y de la aceptación o rechazo de sus artículos en un plazo máximo de seis meses.

Si los artículos superan el proceso de evaluación, los autores deberán revisar sus textos e incorporar, en su caso, las modificaciones sugeridas por el informe de evaluación. El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de las reglas formales de publicación indicadas.

Los autores corregirán las primeras pruebas de sus artículos, pero no podrán introducir modificaciones significativas en el texto. Tan sólo podrán subsanar erratas y errores tipográficos o actualizar, justificadamente, aquellos puntos o cuestiones concretas que, como consecuencia del tiempo transcurrido entre la aceptación del texto y su publicación, sea necesario poner al día, siempre y cuando no alteren significativamente la composición y las condiciones de reproducción de la publicación.

Para cumplir con los estándares de calidad de revistas científicas, se condiciona la publicación de trabajos por un mismo autor al transcurso de un plazo de dos años respecto del anterior publicado.

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando a *TPDM* a dar la máxima difusión a su contenido en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca y a través de las páginas web del Grupo de Investigación SEJ-322 del que depende la revista.

ESTRUCTURACIÓN DE LOS TEXTOS

El título del trabajo debe figurar tanto en español como en inglés.

La autoría debe señalarse después del título, alineada a la derecha. Los nombres y apellidos se escribirán en una primera línea. La afiliación se indicará en una segunda línea. El Orcid y el correo electrónico del autor (este en cursiva) se indicarán en tercera y cuarta línea, respectivamente.

Los textos deben ir precedidos de un resumen / abstract en español y de una traducción del mismo al inglés. Los textos redactados en otro idioma deberán aportar la traducción de su resumen al español.

Los textos deben acompañarse, además, de palabras clave / keywords en español y de una traducción de las mismas al inglés. Los textos redactados en otro idioma deben acompañarse de la traducción de las palabras clave al español. El máximo de palabras clave es de cinco, separadas por punto y coma.

Se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el nivel 3 (por ejemplo 2.4.3.).

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: versalita los primeros apartados (1.); minúscula

los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercer nivel (1.1.1.). En todos los casos, los títulos sin punto final.

El texto del artículo siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien las palabras extranjeras deberán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general; en otro caso, deberán ir precedidas de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se podrán incorporar en la primera página mediante nota a pie de página con marca asterisco junto al título del artículo (*).

Las citas textuales irán entre comillas y si superan dos líneas de longitud irán en párrafo aparte, con cuerpo 10 y sangría desde el margen izquierdo. En las notas, las citas textuales irán siempre entre comillas. No se emplearán cursivas para las citas.

Las figuras, mapas y gráficos deberán enviarse en ficheros independientes, en formato tiff o jpg. Su pertinencia será sometida a consideración de los evaluadores. En cualquier caso, el Consejo de Redacción se reserva el derecho de rechazarlos.

Todas las figuras, mapas y gráficos deberán aportar un pie de foto o título identificativo, y serán numerados en arábigos.

Al citar una figura, mapa, gráfico o tabla en el texto, debe hacerse por su número, como “figura 2” o “tabla 3”. No se referirá a ellas por suposición respecto al texto (por ejemplo: “la figura a continuación”) o su número de página (por ejemplo: “la tabla en la página 12”).

Los autores de los textos se responsabilizarán de los derechos de autor asociados a las imágenes, de los que la revista queda eximida.

Las notas a pie de página se utilizarán para incluir texto adicional explicativo o para realizar citas bibliográficas. Las referencias numéricas de las notas (en superíndice) se colocarán antes de los signos de puntuación.

Las citas bibliográficas en las notas a pie de página se realizarán utilizando las normas APA (7ª edición 2020). Es decir: los apellidos del autor, el año de publicación del trabajo y, si procede, la página o páginas citadas. Si se citan varias obras de un autor, sus respectivos años de publicación se separarán por coma, a menos que incluyan citación de páginas, en cuyo caso se separarán por punto y coma. En cambio, las obras de autores distintos se separarán siempre por punto y coma. Si se citan varias obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán con letras minúsculas tras el año de edición.

Si un trabajo tiene más de un autor, y hasta tres, sus apellidos se separarán por coma. Pero si los autores son más de tres, se indicará solo el apellido del primero, seguido de coma y de *et al.* (en cursiva).

Las citas en las notas remitirán únicamente a la página o páginas pertinentes de capítulos de libros o artículos de revistas. La cita de la paginación completa se reservará para la bibliografía final.

Cuando se citen obras de más de un volumen, se citará como “vol.” y el número del mismo en romano. Si, tras la mención del volumen, fuera necesario indicar un tomo, se señalará tras un guion corto (sin espacios) y en arábigo (vol. II-1).

Cuando se quiera mencionar el editor, coordinador, director, etc., de una obra, sus apellidos figurarán en primer lugar, como si se tratara de un autor.

Ejemplos de citas en notas:

Navarro Nieto 1996.

Navarro Nieto 1996, 174-180.

Navarro Nieto 1996. 2015.

Navarro Nieto 2005a, 2005b.

Navarro Nieto 1996; 2015, 45.

Navarro Nieto 1996, 75-80; 2015.

Navarro Nieto 1996, 51; Monereo Pérez 2012, 68.

Toda la bibliografía citada en las notas a pie de página deberá agruparse en un apartado final, numerado en arábigos siguiendo el orden de los demás apartados, que se titulará ‘Bibliografía citada’ (o su equivalente en la lengua de redacción del artículo).

Se ordenará por orden alfabético de apellido de autores. En caso de varias obras de un autor, estas se enumerarán por orden cronológico (de más antiguo a más reciente). Y en caso de varias obras de un mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente por título y se las distinguirá con una letra minúscula después del año. Cada entrada repetirá, por completo, los apellidos y nombres de los autores, sin recurrir nunca a *idem*, *eadem* ni al uso de guiones. Si la obra tuviera DOI (Digital Object Identifier) se citará.

En la bibliografía citada final se indicará el apellido o apellidos del autor, seguido de coma, de su nombre desarrollado y el año de edición de la obra (entre paréntesis), seguido de coma. Si hay más de un autor o autora, sus nombres se separarán por punto y coma. A diferencia de las notas a pie de página, en la bibliografía final se indicarán y desarrollarán los nombres de todos los autores (no se empleará *et al.*).

En las monografías se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título en cursiva, seguido de coma y el lugar de edición de la obra.

En los capítulos de libro se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título entre comillas seguido de una coma y, a continuación, la información bibliográfica completa de la monografía: autoría, título, lugar de edición y las páginas (sin pp.) correspondientes. Si es necesario

hacer mención de volúmenes, se indicará “vol.” y el número del mismo en números romanos entre la editorial y las páginas.

Los artículos indicarán, tras la mención de la autoría, el año de publicación (entre paréntesis), el título entre comillas, seguido de coma, el nombre de la revista en cursiva, el número del volumen, en arábigos, seguido de coma, y la paginación completa del artículo (sin pp.). Los fascículos de las revistas se separarán con el signo / tras el volumen correspondiente, sin separación de espacios.

Cuando se cite literatura gris (tesis doctorales, informes, memorias, etc.) se facilitarán todos los datos que contribuyan a localizarla, siguiendo el modelo señalado para la bibliografía ordinaria. En el caso de tesis doctorales, se indicará el nombre del autor, año de lectura (entre paréntesis), seguido de coma, el título de la tesis, el lugar de la lectura y la institución académica en que se leyó, separado todo por comas, seguido de “tesis doctoral” (entre paréntesis).

Ejemplos de bibliografía final:

Navarro Nieto, Federico (1996), *Los despidos colectivos*, Madrid.

Gala Durán, Carolina (2011), “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, 56, 103-120.

Goerlich Peset, José María (2012), “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en García-Perrote Escartín, Ignacio; Mercader Uguina, Jesús Ricardo (dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, 299-322.

Todos los documentos electrónicos que contengan DOI se citarán utilizando este localizador en detrimento de su dirección URL, y sin indicar fecha de consulta. Los documentos electrónicos que no contengan DOI se citarán indicando su dirección URL y su fecha de consulta entre corchetes [consulta: dd/mm/aaaa].

COMPROMISO ÉTICO PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social suscribe la *Guía de buenas prácticas para la publicación*, elaborada por el CSIC, mediante la cual se pretende establecer un código de conducta dirigido a las partes implicadas en la gestión y publicación de los resultados científicos: Consejo de Redacción, autores y revisores de los trabajos.

1. CONSEJO DE REDACCIÓN

El Consejo de Redacción de *TPDM* es el responsable de velar por la calidad científica de los artículos publicados en la revista, así como de evitar las malas prácticas en la publicación de los resultados de las investigaciones. Igualmente, es su función la edición de los trabajos recibidos en un tiempo razonable.

Dicha responsabilidad implica la escrupulosa observación de los siguientes principios:

1.1. Imparcialidad

El Consejo de Redacción debe ser imparcial al gestionar los trabajos propuestos para su publicación y ha de respetar la independencia intelectual de los autores, a quienes se debe reconocer el derecho a réplica en caso de que sus aportaciones hayan recibido una evaluación negativa.

No se deben excluir los trabajos por el hecho de que sus resultados no sean positivos para una institución, proyecto o tesis doctrinal o jurisprudencial consolidada.

1.2. Confidencialidad

Los miembros del Consejo tienen la obligación de guardar confidencialidad sobre los textos recibidos y su contenido hasta que hayan sido aceptados para su publicación. Solo entonces se puede difundir su título y autoría.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Asimismo, ningún miembro ni persona implicada en el proceso de evaluación puede usar para sus propias investigaciones, datos, argumentos o interpretaciones contenidos en trabajos inéditos, salvo con el consentimiento expreso por escrito de quienes los hayan realizado.

1.3. Revisión de los trabajos

El Consejo de Redacción ha de asegurar que los trabajos de investigación publicados han sido evaluados por, al menos, dos especialistas en la materia, y que dicho proceso de revisión ha sido justo e imparcial.

TPDM utiliza el procedimiento de doble ciego (anonimato de quienes han elaborado el trabajo y de los evaluadores). Cuando una de las dos evaluaciones sea negativa, se podrá solicitar, a criterio del Consejo de Redacción, un tercer informe.

Las personas que sometan un trabajo a evaluación podrán proponer los nombres de posibles evaluadores de su trabajo. El Consejo se reserva la decisión de aceptar o no esta propuesta, no estando obligado a comunicar dicha decisión.

El Consejo de Redacción hará hincapié en que en el proceso de evaluación se vigilen la originalidad de los trabajos y se detecte el plagio y las publicaciones redundantes, así como los datos falsificados o manipulados. Además, se indicarán claramente las secciones de la revista cuyos contenidos están sujetos a revisión por pares. Se considerará una infracción muy grave de la *Guía de buenas prácticas* la revelación a los evaluadores del autor del artículo sometido a revisión y viceversa.

1.4. Aceptación o rechazo de manuscritos

La responsabilidad de aceptar o rechazar un trabajo para su publicación recae en el Consejo, que se apoyará en los informes recibidos sobre el mismo. Dichos informes deberán basar su dictamen sobre la calidad de los trabajos en su relevancia, originalidad y claridad de exposición.

El Consejo de Redacción puede rechazar directamente los trabajos recibidos, sin recurrir a un proceso de consulta externa, si los considera inapropiados para la revista por alguno de los siguientes motivos: carecer del exigible nivel de calidad, falta de adecuación a los objetivos científicos de la revista, inadecuación a las normas de la publicación o presentar evidencias de fraude científico.

1.5. Desautorización y noticia de irregularidad

El Consejo de Redacción se reserva el derecho de desautorizar aquellos trabajos, ya publicados, de los que posteriormente se determine su falta de fiabilidad como resultado tanto de errores involuntarios como de fraudes o malas prácticas científicas:

fabricación, manipulación o copia de datos, plagio de textos y publicación redundante o duplicada, omisión de referencias a las fuentes consultadas, utilización de contenidos sin permiso o sin justificación, etc. En caso de conflicto, el Consejo de Redacción solicitará al autor o autores las explicaciones y pruebas pertinentes para aclararlo, y tomará una decisión final basada en estas. Si solo una parte del artículo contiene algún error, este se podrá rectificar posteriormente por medio de una nota editorial o una fe de erratas. El objetivo que guía la desautorización es corregir la producción científica ya publicada, asegurando su integridad.

La revista se reserva el derecho de publicar la noticia sobre la desautorización de un determinado texto y en ella se mencionarán las razones para tal medida, a fin de distinguir la mala práctica del error involuntario. La revista notificará asimismo la desautorización a la institución a la que pertenezca el autor del artículo. La decisión de desautorizar un texto debe adoptarse lo antes posible, con el objeto de que dicho trabajo erróneo no sea citado en su campo de investigación.

Como paso previo a la desautorización definitiva, la revista podrá emitir una noticia de irregularidad, aportando la información necesaria en los mismos términos que en el caso de una desautorización. La noticia de irregularidad se mantendrá el tiempo mínimo necesario, y concluirá con su retirada o con la desautorización formal del artículo.

Los artículos desautorizados se eliminarán del número de la revista transcurridos tres meses desde la publicación de la desautorización, al efecto de que los autores afectados puedan revisar sus trabajos afectados por fuente errónea. Se conservarán, no obstante, en el archivo de la misma y solo se proporcionarán a terceros por motivos razonados de suficiente importancia.

El conflicto de duplicidad causado por la publicación simultánea de un artículo en dos revistas, se resolverá recurriendo a la fecha de recepción del trabajo en cada una de ellas.

1.6. Normas de Autoría

Las normas de presentación de originales para la revista (referentes a la extensión del resumen y del artículo, la preparación de las imágenes, el sistema para las referencias bibliográficas, etc.) deberán ser públicas.

1.7. Conflicto de intereses

El conflicto de intereses surge cuando un trabajo recibido en la revista está firmado por un miembro del Consejo de Redacción, o por quien tiene relación personal o profesional directa o está estrechamente relacionado con la investigación pasada o presente de aquel. Quien está afectado por cualquiera de estos casos debe abstenerse de intervenir en el proceso de evaluación del artículo propuesto.

2. SOBRE LA AUTORÍA DE LOS ARTÍCULOS

Los autores de los textos enviados para su publicación en la revista son los primeros responsables de su contenido, y por ello están obligados a aplicar una norma ética destinada a asegurar su originalidad y debida atribución de autoría, entre otros aspectos.

2.1. Normas de publicación

Los textos presentados para su publicación han de ser el fruto de una investigación original e inédita. Han de incluir los datos obtenidos y utilizados, así como una discusión objetiva de sus resultados. Se ha de aportar la información suficiente para que cualquier especialista pueda consultar y partir de las investigaciones realizadas así como confirmar o refutar las interpretaciones defendidas en el trabajo.

Los autores deberán mencionar adecuadamente la procedencia de las ideas o frases literales tomadas de otros trabajos ya publicados de la forma que se indica en la normativa de la revista.

Cuando se incluyan imágenes como parte de la investigación, se deberá explicar adecuadamente cómo se crearon u obtuvieron, siempre y cuando resulte necesario para su comprensión. En caso de emplear material gráfico (figuras, fotos, mapas, etc.) reproducido parcialmente en otras publicaciones, los autores deberán citar su procedencia, aportando los permisos de reproducción pertinentes si fuera necesario. Se debe evitar la fragmentación innecesaria de los artículos. Si se trata de un trabajo muy extenso, se puede publicar en varias partes, de manera que cada una desarrolle un aspecto determinado del estudio general. Se deben publicar los diferentes trabajos relacionados en la misma revista para facilitar su interpretación, seguimiento y comprensión global por parte de los lectores.

2.2 Originalidad y plagio

Los autores deben asegurar que los datos y resultados expuestos en el trabajo son originales y no han sido copiados, inventados, distorsionados o manipulados.

El plagio en todas sus formas, la publicación múltiple o redundante, así como la invención o manipulación de datos constituyen faltas graves de ética y se consideran fraudes científicos.

Los autores no enviarán a la revista originales que previamente estén sometidos a consideración en otra revista, ni enviarán ese original a otra revista en tanto no reciban notificación de su rechazo o lo retiren voluntariamente. Sin embargo, es admisible publicar un trabajo que amplíe otro ya aparecido como nota breve, comunicación o resumen en las actas de un congreso, siempre que se cite adecuadamente el texto sobre el que se basa, y que las modificaciones supongan una modificación sustancial de lo ya publicado.

También son aceptables las publicaciones secundarias si se dirigen a lectores totalmente diferentes; por ejemplo, si el artículo se publica en diferentes idiomas o si hay una versión para especialistas frente a otra dirigida al público en general. Se deberán especificar estas circunstancias y se citará apropiadamente la publicación original.

2.3. Autoría del trabajo

Quien figure como responsable del artículo ante la revista, en el caso de autoría múltiple, debe garantizar el reconocimiento de quienes hayan contribuido significativamente a la concepción, planificación, diseño, ejecución, obtención de datos, interpretación y discusión de los resultados del trabajo; en todo caso, todas las personas que lo firmen compartirán la responsabilidad del trabajo presentado. Asimismo, quien actúe como persona de contacto, debe asegurar que quienes firman el trabajo han revisado y aprobado la versión final del mismo y dan su visto bueno para su posible publicación. Si *TPDM* o los firmantes del artículo lo solicitan, se describirá de forma escueta la aportación individual de cada integrante del grupo firmante al trabajo colectivo.

2.4. Fuentes de información

En el texto del trabajo se deberán reconocer las publicaciones que hayan influido en la investigación, por lo que se debe identificar y citar en la bibliografía las fuentes originales en las que se basa la información utilizada. No ha de incluir, no obstante, citas irrelevantes o referidas a ejemplos parecidos, y no ha de abusar de las menciones a investigaciones ya asentadas en el *corpus* del conocimiento científico.

El autor no debe utilizar la información obtenida privadamente a través de conversaciones, correspondencia o a partir de algún debate con colegas en la materia, a no ser que cuente con permiso explícito, por escrito, de su fuente de información y dicha información se haya recibido en un contexto de asesoramiento científico. Un tratamiento distinto, lógicamente, presentan las entrevistas y/o encuestas que formen parte de la metodología seguida; en el primer caso, se indicará el nombre y apellidos del entrevistado y la fecha de aquella.

2.5. Errores significativos en trabajos publicados

Cuando un autor o autora descubra un error grave en su trabajo tiene la obligación de comunicarlo a la revista lo antes posible, para que se puedan hacer las modificaciones oportunas, retirarlo, retractarse o publicar una corrección o fe de erratas.

Si el posible error es detectado por cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción, el autor está obligado a demostrar que su trabajo es correcto.

El proceso de resolución de estos conflictos es el descrito en el apartado 1.5.

2.6. Conflicto de intereses

Al texto del artículo se deberá acompañar una declaración, en la que conste la existencia de cualquier vínculo comercial, financiero o personal, que pueda afectar a los resultados y las conclusiones de su trabajo. Asimismo, se deberán indicar obligatoriamente todas las fuentes de financiación concedidas para el estudio.

3. EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS

Las personas que participan en la evaluación desempeñan un papel esencial en el proceso que garantiza la calidad de la publicación.

3.1. Confidencialidad

Quien realice una evaluación debe considerar el trabajo que ha de revisar como un documento confidencial hasta su publicación, tanto en el transcurso del proceso de revisión como después de este.

En ningún caso debe difundir ni usar la información, detalles, argumentos o interpretaciones contenidos en el texto objeto de revisión para su propio beneficio o el de otras personas. Únicamente en casos especiales puede recabar el asesoramiento de otros especialistas en la materia, circunstancia de la que debe informar al Editor de *TPDM*.

3.2. Objetividad

Quien realice una evaluación debe juzgar objetivamente la calidad del trabajo completo, es decir, incluyendo la información sobre la que se fundamenta la hipótesis de trabajo, los datos teóricos y experimentales y su interpretación, sin descuidar la presentación y redacción del texto.

Debe concretar sus críticas, y ser objetivo y constructivo en sus comentarios. Ha de argumentar adecuadamente sus juicios, sin adoptar posturas hostiles y respetando la independencia intelectual de quien haya elaborado el trabajo.

Quien realice una evaluación debe advertir al Editor de cualquier similitud sustancial entre el trabajo sometido a evaluación y otro artículo ya publicado, o en proceso de evaluación (publicación redundante o duplicada). Igualmente, ha de llamar la atención sobre textos o datos plagiados, falsificados, inventados o manipulados.

3.3. Prontitud de respuesta

Quien realice una evaluación debe actuar con celeridad y ha de entregar su informe en el tiempo acordado, por lo que notificará al Editor los posibles retrasos.

Asimismo, deberá comunicar al Editor lo antes posible si no se considera capaz de juzgar el trabajo encargado o cumplir su tarea en el plazo acordado.

3.4. Reconocimiento de las fuentes de información

Quien realice una evaluación debe comprobar que son citados los trabajos relevantes ya publicados sobre el tema. Con ese objetivo, revisará la bibliografía recogida en el texto sugiriendo la incorporación de las referencias omitidas.

3.5. Conflicto de intereses

Quien realice una evaluación debe rechazar la revisión de un trabajo cuando mantenga una relación profesional o personal con cualquiera de las personas que hayan intervenido en su autoría que pueda afectar a su juicio sobre dicho trabajo.

Referencias:

- CSIC, *Guía de buenas prácticas para la publicación*:
http://revistas.csic.es/public/guia_buenas_practicas_CSIC.pdf
- COPE (Committee on Publication Ethics):
<http://www.publicationethics.org>
- Directrices EASE (European Association of Science Editors):
<http://www.ease.org.uk>
- *Ethical Guidelines for Journal Publication*:
<http://sjss.universia.net/codigo-etico.jsp>

