

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 455 | Febrero 2021

ISSN: 1138-9532

Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso

Cristóbal Molina Navarrete

Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo

José Antonio Fernández Avilés

La subrogación en las sucesiones de contratados

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social

Amparo Esteve Segarra

Balance jurisprudencial acerca del despido colectivo

Tomás Sala Franco

Transmisión de empresa y cláusulas ambientales

Margarita Miñarro Yanini

Un giro esperado: de la duración de la contrata a la actividad permanente de la contratista

Beatriz García Celaá



Descuento
especial
ahora

MÁSTERES Y CURSOS

TELEPRESENCIAL | ONLINE

ÁREA DE LABORAL

Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral |
Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos | Máster en Asesoría
Jurídico-Laboral | Curso de Auditoría Laboral | Curso de Gestoría Fiscal,
Laboral y Contable | Curso de Seguridad Social y Derecho Laboral |
Curso sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Curso Práctico de Derecho
Laboral | Curso Práctico de People Analytics (Big Data aplicado a RR. HH.) |
Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos |
Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Curso sobre Selección y
Desarrollo del Talento | Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales |
Curso sobre Retribución y Compensación | Curso sobre Gestión de Equipos
de Teletrabajo | Curso de Excel para Recursos Humanos

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 455 | Febrero 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

- Director** [Cristóbal Molina Navarrete](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** [José Antonio Fernández Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** [Margarita Miñarro Yanini](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Consejo asesor

- [Carlos Alfonso Mellado](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- [Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- [Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- [Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- [Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I
- [Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- [Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- [Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- [Eugenio Lanzadera Arecibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- [Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- [Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- [Nelson Manrrih](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- [Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- [Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- [Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- [Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales
- [Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- [José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- [Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- [Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- [Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Evaluación externa

- [Juan García Blasco](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- [Juan López Gandía](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- [Carolina Martínez Moreno](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- [Jesús Rafael Mercader Uguina](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- [Antonio Ojeda Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (jubilado)
- [Sofía Olarte Encabo](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- [Margarita Isabel Ramos Quintana](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- [Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- [Eduardo Rojo Torrecilla](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [José Luis Tortuero Plaza](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) **165 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

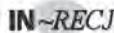
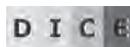
Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma» 5-15
José Antonio Fernández Avilés

Estudios

- Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratados 17-45
Legal-labor issues related to conventional subrogation in contract successions
Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé
- Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social 47-78
Practical aspects of the expert evidence in the social order
Amparo Esteve Segarra
- El registro salarial o retributivo 79-115
Salary register
Santiago García Campá
- Medidas excepcionales de Seguridad Social en el contexto de la pandemia: la extensión de los supuestos de baja laboral por incapacidad temporal y presunción *juris et de iure* del origen profesional de la contingencia 117-151
Exceptional Social Security measures in the context of the pandemic: the extension of the assumptions to temporal labor incapacity and legal presumption of professional origin of the disease
Nancy Sirvent Hernández

Análisis de actualidad

- Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días 153-166
Judicial review of the legal concept of collective dismissal and the calculation of contractual terminations occurring within a period of 90 days
Tomás Sala Franco
- Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal 167-209



From the (sweet) dream of the ERTE to the (abrupt) awakening of the bankruptcy: labor impact of an ultra vires «codification». With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law

Cristóbal Molina Navarrete

Diálogos con la jurisprudencia

Transmisión de empresa y cláusulas ambientales en la contratación pública: el TJUE abre la puerta a la sucesión de plantilla sin cesión de infraestructuras no sostenibles. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18 211-219

Transfer of the company and environmental clauses in public procurement: the CJEU opens the door to the succession of the workforce without cession of non-sustainable infrastructures. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2020, case C-298/18

Margarita Miñarro Yanini

Un giro esperado del Tribunal Supremo: de la duración de la contrata a la actividad permanente de la contratista. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1137/2020, de 29 de diciembre 220-229

An expected turn of the Supreme Court: from the duration of the commercial contract to the permanent activity of the contractor company. Commentary on Supreme Court ruling 1137/2020 of 29 December

Beatriz García Celaá

El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre 230-246

Dismissal with unreal cause: predictable changes with the ratification of the revised European Social Charter? Commentary on the judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020 of 19 November

Cristóbal Molina Navarrete

¿Más igualdad o menos precariedad?: el complemento docente del profesorado universitario temporal tras la correspondiente evaluación de méritos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1111/2020, de 10 de diciembre 247-253

More equality or less precarity?: the teaching bonus of the temporary university teacher after the corresponding merit assessment. Commentary on Supreme Court ruling 1111/2020, of 10 December

José María Moreno Pérez

Normas de publicación 255-256

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma»

José Antonio Fernández Avilés

Subdirector

[...] en griego antiguo la palabra que se usa para designar al huésped, al invitado, y la palabra que se usa para designar al extranjero son el mismo término: *xénos*.

G. Steiner (*Un largo sábado. Conversaciones con Laure Adler*)

1. La constancialidad de las migraciones al devenir histórico humano hace que sus modos de gobernanza se sitúen ineludiblemente en la centralidad de las agendas políticas contemporáneas (*vid. Massey, 2017*). En el caso europeo, las recurrentes «crisis» migratorias que deben ser afrontadas son percibidas como un problema sociopolítico y de seguridad, más que como una oportunidad para alcanzar los deseables equilibrios demográficos o –en una dimensión económica– incrementar el «capital humano» y los conocimientos a disposición de los sistemas productivos de acogida. En esta dimensión europea de la «cuestión migratoria», los hechos vienen reclamando la necesidad de una acción conjunta y reforzada de la Unión Europea (UE), en la que indefectiblemente los Estados miembros han tenido que –y deben– implicarse, eso sí, unos de mejor grado que otros.

El originario proceso de «comunitarización» de estas políticas, que arranca del Consejo Europeo de Tampere de 1999 –hoy día mejor llamado de «europeización»–, ha venido sembrado de un conjunto de hitos políticos y normativos que han conducido a un desarrollo desigual, estructuralmente vencido hacia las políticas de control del flujo migratorio frente a la idea de una Europa «abierta» e inclusiva. La otrora denominada «política común de inmigración y asilo» se basaba en cuatro pilares, vigentes plenamente, que definían la considerada política de migración «legal»:

El proceso de «europeización» ha conducido a un desarrollo desigual, estructuralmente vencido hacia las políticas de control del flujo migratorio frente a la idea de una Europa «abierta» e inclusiva

- La colaboración con los países de origen que, en buena medida, más que hacia el codesarrollo, ha derivado hacia una práctica de «funcionalización» de los países limítrofes y de tránsito, mediante la conocida «externalización de fronteras», donde emergen graves carencias desde la óptica del respeto a los derechos humanos.
- Un sistema europeo común de asilo, que se ha mostrado insuficiente e inoperante por la denominada «crisis de solidaridad» y que, en ciertos aspectos, fricciona con el propio marco jurídico-internacional (*vid.* [Fernández Avilés, 2016](#)).
- Un trato «justo» de las personas nacionales de terceros países, con el matiz de que ello está reservado solo a aquellas «que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros» (la triste dicotomía extranjero/a con/sin residencia legal siempre presente como factor diferencial en el reparto del trato equitativo). Este trato justo debía desplegarse a través de una «política de integración más decidida»: encaminada a concederles derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos/as de la UE (y que se traduce en el estatuto jurídico para las personas residentes de larga duración, que es lo más cercano al estatuto de ciudadano/a de la UE, y siempre a reserva de los derechos de participación política –cuya atribución debiera ser también «re-pensada»–); así como con medidas que fomentasen la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia (que reflejarían los valores de pluralismo y tolerancia de la identidad europea).
- Por último, pero no menos importante, el pilar de la gestión de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración ilegal, que es el más desarrollado y donde mayores avances se han producido y recursos se han aplicado, generando un desequilibrio interno y estructural entre estos dos últimos pilares.

Internamente, la política migratoria de la UE se enfrenta a una fuerza de resistencia a la «europeización», pues afecta al «núcleo duro» de la soberanía estatal y aquí aflora la disparidad de situaciones e intereses nacionales, pues nos encontramos con: países nítidamente emisores de inmigrantes (de Europa del este); países que reciben un alto volumen de migrantes laborales de baja o media cualificación (países del sur de Europa); países en los que las personas inmigrantes cualificadas superan a las no cualificadas (como era el caso de Reino Unido antes del Brexit); países con puertas cerradas a la inmigración, salvo por reagrupamiento familiar (como Dinamarca); o aquellos que reciben más personas asiladas que inmigrantes por causas económicas (como Suecia).

El choque entre la visión «humanista» de las migraciones (basada en una libertad para migrar y en el carácter universal de los derechos humanos) y otra visión más «utilitarista»

El choque entre la visión «humanista» de las migraciones y otra visión más «utilitarista» o restringida se refleja en las posiciones estatales y genera una inmanente tensión contradictoria entre los «discursos» y la «praxis» de las propias instituciones comunitarias

o restringida (basada en la conveniencia para el Estado de acogida) se refleja en las posiciones estatales y genera una inmanente tensión contradictoria entre los «discursos» y la «praxis» de las propias instituciones comunitarias.

También la europeización ha funcionado de manera ambivalente, en el sentido de servir de aval a políticas restrictivas nacionales (con lo que se ha podido así «hurta» el debate político migratorio interno: la recurrente excusa del «viene impuesto por Europa»), pero igualmente se ha revelado inevitablemente como el nivel de actuación necesario para abordar unos retos migratorios que ya ningún Estado está en condiciones de abordar aisladamente, generando, asimismo, una dinámica positiva de solidaridad y «corresponsabilidad» que todavía debe seguir reforzándose, siendo esta una de las ideas-fuerza centrales del [Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo](#) –Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo pacto sobre migración y asilo, de 23 de septiembre de 2020, Bruselas, COM(2020) 609 final–. Esta idea de solidaridad que, si bien está incansablemente presente en la retórica europea como un valor indispensable e irrenunciable, la realidad de los hechos se encarga justamente de desmentir. Como botón de muestra, el propio Parlamento Europeo tuvo ocasión de lamentar profundamente que haya fracasado el intento de aplicar los principios de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad establecidos en el artículo 80 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), señalando que, en el futuro, «será necesario adoptar medidas más eficaces y concretas, en particular para los Estados miembros que reciben más inmigrantes y más solicitudes de asilo», pidiendo la creación de un programa permanente de reubicación dentro de la UE coherente y voluntario para las personas beneficiarias de protección internacional –[Resolución del Parlamento Europeo \(2013/2024 \(INI\)\) de 2 de abril de 2014, sobre la revisión intermedia del Programa de Estocolmo](#)–.

La realidad es tozuda y ha demostrado que el actual sistema ya no funciona, y la UE, tras un proceso evolutivo de actuaciones y medidas normativas, no ha sido capaz de reconducirlo a las ideas de seguridad, protección adecuada de las personas que emigran, así como la solidaridad en la aplicación de tales políticas. La UE debía superar la situación de estancamiento y en esta dirección pretende encaminarse el [Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo](#).

El actual sistema ya no funciona y la UE no ha sido capaz de reconducirlo a las ideas de seguridad, protección adecuada de las personas que emigran, así como la solidaridad en la aplicación de políticas normativas

2. Tras una ya larga cadena de hitos políticos –por citar algunos de los más relevantes en la materia, entre otros, el Consejo Europeo de Salónica (2003), el Plan de política en materia de migración legal (2005), el Pacto europeo sobre inmigración y asilo (2008), la Agenda europea para la integración de los nacionales de terceros países (2011) y el Programa de Estocolmo 2010-2014– y desarrollos normativos de eficacia y suerte dispar, nace el [Nuevo](#)

[pacto europeo sobre migración y asilo](#), que *prima facie* puede calificarse de muy ambicioso, aunque veremos en lo que va resultando toda la revisión del acervo de políticas, regulaciones y prácticas que el mismo propone. En realidad, supone un replanteamiento integral de toda la política migratoria de la UE. El pacto tiene buenas intenciones, pero también sombras y contradicciones internas si se analiza con un rigor crítico. El pacto se basa en consultas pormenorizadas con el Parlamento Europeo, los Estados miembros, la sociedad civil, los interlocutores sociales y la patronal, y trata de establecer un delicado equilibrio que supone integrar diferentes perspectivas e intereses.

El objetivo principal del pacto es el establecimiento de procedimientos mejorados y más rápidos para todo el sistema de asilo e inmigración, instaurando un equilibrio entre los principios de reparto equitativo de la responsabilidad y la solidaridad. Ello se considera crucial para restablecer la confianza entre los Estados miembros y en la capacidad de la UE para gestionar la migración.

El conjunto de medidas que contempla el nuevo pacto conlleva una revisión integral de toda la política europea en la materia, incidiendo sobre todo en el acervo normativo existente, bajo la idea de implantar un sistema de gestión global de la inmigración más previsible y fiable. [Se propone un nuevo Reglamento sobre requisitos para la protección internacional](#), que vendría reforzado institucionalmente mediante la creación de una Agencia de Asilo de la UE. En este bloque se prevé la refundición de la [Directiva 2013/33/UE](#), sobre las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional; así como [se propone un Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración](#), que incluya un nuevo mecanismo de solidaridad, pues, como es notorio, el existente ha resultado ser un fiasco y ha hecho aflorar desigual interés de los Estados miembros en una asunción equitativa de las cargas derivadas de la protección internacional. La Comisión propone un «sistema de contribuciones flexibles» de los Estados miembros, que pueden variar, desde la reubicación de las personas solicitantes de asilo desde el país de primera entrada –evitando el controvertido sistema de cuotas obligatorias– hasta la asunción de la responsabilidad de la devolución de personas sin derecho de estancia o diversas formas de ayuda operativa. Este nuevo sistema se basa en la cooperación y formas flexibles de ayuda a partir de una base voluntaria, pero podrán pedirse contribuciones más rigurosas en momentos de presión en cada uno de los Estados miembros, basándose en una red de seguridad que atienda diferentes situaciones (incluidos el desembarco de personas a raíz de operaciones de búsqueda y salvamento, presión, situaciones de crisis u otras circunstancias específicas).

La figura del retorno, como herramienta nítidamente diseñada para la gestión de la inmigración ilegal (armonizada a nivel de la UE mediante [Directiva 2008/115/CE del Parlamento](#)

El objetivo principal del pacto es el establecimiento de procedimientos mejorados y más rápidos para todo el sistema de asilo e inmigración, instaurando un equilibrio entre los principios de reparto equitativo de la responsabilidad y la solidaridad

[Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008](#), relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y que seguía la estela de los 20 principios del Consejo de Europa sobre el retorno forzado), es también objeto de atención específica. Al respecto, no olvidemos que se trata de un elemento expulsivo y de drenaje

y contención del flujo migratorio, cuya efectividad ha necesitado acuerdos de readmisión con los países de origen o de tránsito de las personas inmigrantes irregulares. Se prevé la articulación de un sistema común de retorno de la UE, en el que se anuncia la figura del coordinador de retornos, dentro de la Comisión, que contará con el apoyo de una nueva red de alto nivel para el retorno. Esperemos que estas novedades subsanen la problemática congénita del régimen jurídico existente, que no es sino un marco jurídico de mínimos y plagado de excepciones en su ámbito de aplicación que, en realidad, constituían la incorporación en el método comunitario de las tradicionales reservas (*vid.* [Molina Navarrete, 2008](#)), y que se desarrollen mayores garantías en materia de expulsión forzosa en la acción combinada de la Unión y los Estados miembros (*vid.* la reciente [Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 2020, recaída en los asuntos acumulados C-924/19 y C-925/19](#), donde se resuelven diversas cuestiones vinculadas a las políticas de asilo, de entre las que destaca la relativa a las garantías que deben reunir las órdenes de internamiento de las personas solicitantes de protección internacional y de aquellas que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional de que se trate). Un balance en la aplicación de la Directiva de retorno muestra que se ha realizado de forma irregular por los diferentes Estados y con ciertas dudas sobre su efectividad en términos de garantismo de los derechos fundamentales procesales.

La figura del retorno, objeto de atención específica, esperamos que desarrolle mayores garantías en materia de expulsión forzosa en la acción combinada de la Unión y los Estados miembros

En línea con el pacto, la Comisión ya ha propuesto un [nuevo Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias](#) en el que [se propone nueva legislación para hacer frente a situaciones de crisis y fuerza mayor](#) y derogar la vigente Directiva sobre protección temporal ([Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001](#)). Es cierto que la protección temporal no ofrece propiamente un estatuto, sino que constituye una medida administrativa para afrontar situaciones de afluencia masiva durante periodos de tiempo muy concretos. Pero lo es también que, siendo una norma aplicable a las crisis migratorias recientes –por muy «excepcional» que haya sido su carácter–, la realidad ha puesto de manifiesto el ingrediente de falta de voluntad política por parte de los Estados miembros para poner en movimiento sus mecanismos de protección (en ocasiones justificado en el carácter mixto, esto es, también de «carácter económico», de los flujos migratorios a tratar).

En clave de control del flujo migratorio, el pacto se acompaña de una [propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores](#), así como de una [propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el establecimiento de «Eurodac» para](#)

la comparación de datos biométricos para la aplicación efectiva del Reglamento sobre gestión del asilo y la migración. El pacto incide sobre lo que denomina la «gestión integrada de las fronteras a escala de la UE», anunciándose un nuevo Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC) (que sustituya al [Reglamento \(UE\) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019](#)), como cuerpo permanente que tendrá una capacidad de 10.000 efectivos. El establecimiento de la GEFC y la expansión de los poderes de la agencia Frontex generó muchas expectativas que no se han visto satisfechas y ha tenido como resultado una cierta frustración en la sociedad civil, así como un aumento de la falta de credibilidad de la UE sobre su capacidad de proporcionar soluciones satisfactorias ante los desafíos que plantea la gestión de las fronteras en estos tiempos. En este ámbito, los objetivos son: la interoperatividad total de los sistemas informáticos, el [planteamiento común europeo para las operaciones de búsqueda y salvamento](#), así como el establecimiento de [orientaciones sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares](#), y sobre cómo evitar la criminalización de los agentes humanitarios.

En cuanto a la lucha contra la inmigración irregular, se contempla un nuevo Plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes para el periodo 2021-2025, así como reforzar la eficacia de la Directiva sobre sanciones a los empleadores y promover la cooperación entre la UE y terceros países a través de asociaciones específicas contra el tráfico ilícito de personas migrantes.

En línea con lo anterior, el nuevo pacto aboga por reforzar la colaboración con «nuestros socios internacionales» como instrumento para la mejora de la gobernanza de las migraciones, y ello en el contexto más amplio de las relaciones de cooperación al desarrollo, comerciales, ayuda humanitaria, etc. Visión holística que esperamos no se quede en mera retórica y obligue a mirar más de frente el asunto de las relaciones de la UE con terceros países, es de entender que para incidir en los factores expulsivos de origen y no tanto para delegar o externalizar el control del flujo migratorio, como viene siendo la praxis más habitual. Reténgase que se debe aspirar al codesarrollo, como algo cualitativamente distinto y más estructural que la mera cooperación al desarrollo (Naïr, 2010, pp. 699 y ss.). En muchas ocasiones, a la

El nuevo pacto aboga por reforzar la colaboración con «nuestros socios internacionales», debiéndose aspirar al codesarrollo como algo cualitativamente distinto y más estructural que la mera cooperación al desarrollo

perspectiva de búsqueda de una cooperación reforzada lamentablemente se suele acudir tarde (sirva como ejemplo la reciente crisis migratoria canaria). Aunque el nuevo pacto no deja en ningún caso de lado el objetivo de fomentar la cooperación en materia de readmisión y reintegración, por lo tanto, que se hagan más «eficaces» los mecanismos de retorno forzoso.

3. Ya en su parte final, el nuevo pacto alude a lo que no nos gustaría que se quedase en meros «cantos de sirena», pues se anuncian vías legales sostenibles para quienes necesitan protección internacional (incluido el reasentamiento), mencionando la necesidad de concluir rápidamente las negociaciones sobre el Reglamento marco sobre reasentamiento y admisión humanitaria. En este punto conviene resaltar que lo propuesto no son exactamente los «pasillos humanitarios» que se vinieron reclamando durante la crisis de 2015-2016 para dar cabal cumplimiento al marco normativo internacional en la materia y que debían garantizar plenamente el marco jurídico sobre personas refugiadas. En este aspecto, la Comisión formuló la [Recomendación \(UE\) 2020/1364, sobre vías legales para la protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias](#), de 23 de septiembre de 2020 (DOUE L 317/13, de 1 de octubre).

Por otra parte, se incide sobre el objetivo de atracción de talento y capacidades a la UE, advirtiéndose que la Unión está perdiendo actualmente la carrera mundial por el talento. En esta dirección: se considera necesaria la reforma de la [Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009](#), relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que –como sabemos– en la UE presenta un régimen jurídico fragmentado y muy poco atractivo, flexible y eficaz; se califica de esencial la plena aplicación de la recientemente revisada Directiva sobre estudiantes e investigadores –[Directiva \(UE\) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016](#)–; así como la revisión de las Directivas sobre residencia de larga duración y sobre permiso único. Del mismo modo que propone –quizá en un exceso «mercantilizador» de la condición humana– explorar la creación de una «reserva de talentos de la UE», que recuerda sobremanera a la célebre noción marxista del «ejército industrial de reserva». En definitiva, son esperables nuevos impulsos a la que podría denominarse inmigración «selectiva» y «diferenciada».

Para el final también, como suele ser habitual, la referencia al apoyo a la integración para lograr unas sociedades más inclusivas,

Se anuncian vías legales sostenibles para quienes necesitan protección internacional (incluido el reasentamiento), no exactamente los «pasillos humanitarios» que se vinieron reclamando durante la crisis de 2015-2016

La Comisión adoptará un Plan de acción sobre integración e inclusión para 2021-2024, en el que la integración de las personas migrantes y sus familias deberá ser un aspecto clave, y ello en conexión con el Pilar europeo de derechos sociales

con el anuncio de que la Comisión adoptará un Plan de acción sobre integración e inclusión para 2021-2024, en el que la integración de las personas migrantes y sus familias deberá ser un aspecto clave, y ello en conexión con el [Pilar europeo de derechos sociales](#). La encomienda parece aludir a la necesaria transversalidad cuando se contempla que el citado plan de acción deberá basarse en todas las políticas e instrumentos pertinentes en ámbitos clave como la inclusión social, el empleo, la educación, la salud, la igualdad, la cultura y el deporte. Se anuncia que las acciones incluirán el apoyo directo a las personas activas «sobre el terreno» y cubrirán toda la gama de medidas necesarias para acompañar a las personas migrantes y a sus familias a culminar con éxito su proceso de integración e inclusión social. Adicionalmente se alude a la renovación reciente de la Asociación Europea para la Integración con los interlocutores sociales y económicos para ofrecer oportunidades de integración en el mercado laboral europeo a las personas refugiadas.

4. Aunque haya sido bajo la presión de la propia realidad migratoria hacia Europa y la urgencia de la situación en algunos de los Estados miembros, es altamente valorable que la UE proponga una revisión integral que arroje una mejora del sistema global migratorio. Pero ello no supone un cambio de paradigma migratorio, pues el modelo sigue más inclinado hacia la contención de la presión migratoria externa que sobre una concepción de la inmigración como una oportunidad de enriquecimiento de las sociedades de acogida. Sigue presente un discurso «esquizoide» entre las buenas intenciones y la búsqueda de una férrea política de control de los flujos migratorios, que –por la propia naturaleza del fenómeno– tampoco luego resulta plenamente efectiva.

Sigue presente un discurso «esquizoide» entre las buenas intenciones y la búsqueda de una férrea política de control de los flujos migratorios, que tampoco luego resulta plenamente efectiva

El pacto es continuista también en la ignorancia hacia la situación de la persona extranjera en situación «irregular» y los consiguientes problemas de las políticas y normas migratorias diseñadas «a espaldas de la realidad». Es un dato constatable que la normativa de la UE elude toda conceptualización de la noción de inmigrante «irregular», refiriéndose tan solo a medidas de prevención de la inmigración «ilegal» ([Leonés Salido, 2017](#), pp. 29 y ss.), en una maniobra que supone la aparente «despersonalización» del dramático problema humano que plantea. En efecto, ello supone la radical negación del «derecho a tener derechos» (en terminología prestada de [Rodotà, 2012](#)) y contribuye a la creación de bolsas de pobreza y exclusión social en capas de la población inmigrante a la que solamente se le abre el panorama de la clandestinidad (precariedad, explotación laboral, etc.) o de medidas represivas que se quieren reforzar como la expulsión (o compeler a un retorno eufemísticamente denominado «voluntario»). El propio artículo 79, apartado 1, del [TFUE](#) establece que: «La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar [...] un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados

miembros [...]». Parece que trato «equitativo» no equivale a trato «igualitario», lo que en el derecho derivado viene corroborado, *v. gr.*, por las previsiones de la [Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011](#), del permiso único, donde se establecen unos criterios específicos, según los cuales los países de la UE pueden restringir la igualdad de trato en determinadas cuestiones (acceso a la educación/formación, prestaciones de Seguridad Social, así como las prestaciones familiares o el acceso a la vivienda). Pero es que para las personas que residen ilegalmente solo se ofrece la nada. Creo que debemos superar esa «ignorancia congénita» de la política y del derecho de la UE –y de nuestro propio derecho interno– a estas realidades inmigratorias *de facto*, para las que solo se ofrecen respuestas mediante derechos «procesales» fundamentales y cauces muy estrechos y extraordinarios para una «regularización», bajo la espada de Damocles del recurrente «efecto llamada» de la opinión pública contraria a este tipo de medidas más integradoras en términos sociales.

Debemos superar esa «ignorancia congénita» de la política y del derecho de la UE a estas realidades inmigratorias *de facto*, para las que solo se ofrecen respuestas mediante derechos «procesales» fundamentales y cauces muy estrechos para una «regularización»

Una visión panorámica arroja el balance de una clarísima desproporción entre las medidas de integración (que en muchos casos no pasan de ser meras declaraciones retóricas, a través de fórmulas devaluadas de *soft law*) y las medidas de control del flujo migratorio y de promoción de las fórmulas de retorno y expulsión, que han tenido un mayor grado de desarrollo.

Considero que los avances en integración van a seguir siendo muy dificultosos por varios motivos, como el auge del populismo nacionalista en algunos países de la UE que, bajo la excusa de proteger un imaginario de supuestas «identidades» o «esencias» nacionales, no encubre sino formas de racismo y xenofobia (sobre la peligrosa utilización de la etérea noción de «identidad» como criterio de construcción de la alteridad y la negación del otro, nos advierte magistralmente [Maalouf, 2012](#)). Los desequilibrios internos de la UE en términos económicos y sociales seguirán pesando en las dificultades para articular una política común, dada la diferente disposición y voluntad política de cada Estado miembro con relación a la política migratoria. Los conflictos bélicos en regiones vecinas a la UE que siguen generando factores expulsivos y presión migratoria hacia Europa se suman a los factores expulsivos propios de las migraciones económicas y a otros como el cambio climático, sobre el que ya se ha abierto un debate de enorme interés sobre la urgencia de un cambio en las políticas globales y en la propia instrumentación normativa de las formas de protección internacional (*vid.* [Miñarro Yanini, 2020](#); [Pajares Alonso, 2020](#)).

El creciente confusionismo entre inmigración económica y el refugio y su contaminación interesada con la cuestión del terrorismo islamista, en una parte del discurso político europeo, también es un elemento muy preocupante. Como juristas, debemos diferenciar bien entre

migración económica y asilo; en ocasiones la trampa lingüística viene de la propia expresión «flujos mixtos de refugiados y migrantes», que incluso aparece en los documentos de la UE. La cuestión específica de la política de asilo y refugio en la UE sigue siendo un reto pendiente y mucho nos tememos que las medidas propuestas no sean la solución definitiva a la cuestión. Por otra parte, la propia noción internacional de «refugiado» derivada de la Convención de Ginebra de 1951, como «hija de su tiempo» –la segunda posguerra mundial–, se centra en el refugio más de corte político y no abarca fenómenos como las migraciones económicas (la dificultad para separar lo político y lo económico), así como los desplazamientos forzados o las migraciones motivadas por el cambio climático. De ahí que la propia noción debería ser objeto de una revisión con el fin de actualizarla a las nuevas realidades migratorias merecedoras de un estatus reforzado de protección internacional. Por desgracia, en la UE se está utilizando esa confusión para dificultar el reconocimiento del estatus de persona refugiada, aplicando la normativa ordinaria –más restrictiva– relativa a la inmigración económica, que deja a la discrecionalidad de los Estados la admisión de personas trabajadoras extracomunitarias en función de las situaciones nacionales del mercado de trabajo.

Del mismo modo que la crisis de empleo (especialmente del juvenil) que afecta sobre todo a los países del sur de Europa, ahora acrecentada por la crisis económica inducida por la pandemia, son factores que no benefician el discurso de la «solidaridad inclusiva» que requeriría una renovada política migratoria.

Frente a ello, debe reafirmarse –tal como se contempla en el nuevo pacto– que los flujos migratorios de entrada siguen siendo necesarios, especialmente para muchas actividades productivas que requieren utilización intensiva de mano de obra (agricultura, sanidad, cuidados, etc.). Hemos tenido el ejemplo reciente de las medidas de flexibilización de entrada y mantenimiento de la mano de obra extranjera en el sector primario en el contexto de la pandemia, lo que refleja que, cuando los necesitamos, ya no molestan tanto (*cf.* las medidas urgentes en materia de empleo –contempladas por [RDL 13/2020, de 7 de abril](#), y prorrogadas por [RDL 19/2020, de 26 de mayo](#)– donde se consideraba «[...] esencial garantizar que en origen existe una disponibilidad de mano de obra suficiente para hacer frente a las necesidades de los agricultores y ganaderos [...]»). Pero debe superarse esa visión estrictamente «utilitarista» de la población trabajadora extranjera, y asumir plenamente que el objetivo es garantizar toda la dignidad inherente a la propia condición humana.

El creciente confusionismo entre inmigración económica y el refugio y su contaminación interesada con la cuestión del terrorismo islamista, en una parte del discurso político europeo, también es un elemento muy preocupante

Debe reafirmarse que los flujos migratorios de entrada siguen siendo necesarios, pero debe superarse esa visión estrictamente «utilitarista» de la población trabajadora extranjera, y asumir plenamente que el objetivo es garantizar toda la dignidad inherente a la propia condición humana

Por otra parte, la atracción del talento global es necesaria para la modernización y la competitividad de la economía y para el necesario equilibrio demográfico que garantice la sostenibilidad de los sistemas de pensiones (en un contexto de generalizado envejecimiento poblacional de la UE). La «política de integración» seguirá siendo muy necesaria como política social clave para la convivencia en sociedades que cada vez serán más multiculturales, si se quieren evitar fenómenos de exclusión o estigmatización social que se muestran tan perniciosos para la convivencia pacífica. El proceso «imparable» de multiculturalidad en nuestras sociedades va a requerir instrumentos renovados para la gestión de estos procesos. Convenimos de nuevo con Maalouf (2011, p. 246), cuando señalaba: «[...] que una integración lograda resulta ardua ahora mismo, que lo será aún más en las próximas décadas y que habrá que actuar con reflexión, sutileza, paciencia e, incluso, con resuelto voluntarismo para evitar el desastre que se avecina».

La «política de integración» seguirá siendo muy necesaria como política social clave para la convivencia en sociedades que cada vez serán más multiculturales, si se quieren evitar fenómenos de exclusión o estigmatización social que se muestran tan perniciosos para la convivencia pacífica

Para concluir esta aproximación al nuevo pacto, podemos decir que seguimos a la espera de un verdadero cambio hacia la solidaridad y la inclusión –que no necesariamente conlleva una renuncia a la seguridad–, que no solo se despliegue en el plano del discurso político, sino que verdaderamente se vea reflejado en la normativa y en la praxis de las instituciones de la UE. Corresponde ahora al Parlamento Europeo y al Consejo, conforme a la «hoja de ruta» propuesta por la Comisión para la implementación del nuevo pacto en cada uno de sus ámbitos, examinar y adoptar toda la legislación necesaria para hacer realidad una auténtica política común de asilo y migración de la UE.

Cómo citar: Fernández Avilés, José Antonio. (2021). Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 5-15.



Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratatas

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

*Doctor en Derecho
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia
Francisco.Rodrigo@uv.es*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

De manera paralela –pero independiente– a la eventual subrogación como efecto legal derivado del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en sectores en los que predominan las contratatas, es habitual el establecimiento de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos con la finalidad de garantizar la continuidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas por las sucesiones de empresas contratistas.

Dichas cláusulas convencionales, sin embargo, suelen tener un alcance más limitado que la subrogación legal del artículo 44 del ET y han suscitado ciertas cuestiones controvertidas en su aplicación, como la relativa a la determinación del alcance de la doctrina de sucesión de plantilla en estos supuestos, o la obligatoriedad de las mismas para las empresas contratistas entrantes y las dificultades en cuanto a la vinculación de estas por el convenio de la contratista saliente.

El presente estudio tratará de analizar dichos puntos críticos, al tiempo que formulará y ensayará propuestas de solución práctica con las que tratar de abordar un nuevo planteamiento más adecuado de esta materia.

Palabras clave: subrogación convencional; sucesiones de contratatas; convenio colectivo y contratatas.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 23-01-2021

Cómo citar: Rodrigo Sanbartolomé, Francisco Agustín. (2021). Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratatas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 17-45.



Legal-labor issues related to conventional subrogation in contract successions

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Abstract

Parallel to –but independent of– the eventual subrogation as a legal effect deriving from compliance with the requirements of article 44 Estatuto de los Trabajadores (ET), in sectors in which contracts are predominant, it is common to establish subrogation clauses in collective bargaining agreements in order to guarantee the continued employment of the workers affected by the succession of contracting companies.

These contractual clauses, however, usually have a more limited scope than the legal subrogation of article 44 ET, and have given rise to certain controversial issues in their application, such as the determination of the scope of the doctrine of «sucesión de plantilla» in these cases, or the obligatory nature of these clauses for the incoming contractors and the difficulties regarding the binding of the latter by the agreement of the outgoing contractor.

This study will attempt to analyze these critical points, while formulating and testing proposals for practical solutions, with which to try to address a new and more appropriate approach to this matter.

Keywords: conventional subrogation; contract successions; collective bargaining agreements and contracts.

Citation: Rodrigo Sanbartolomé, Francisco Agustín. (2021). Legal-labor issues related to conventional subrogation in contract successions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 17-45.





Sumario

1. La subrogación convencional
 - 1.1. Alcance de las cláusulas convencionales de subrogación
 - 1.2. Obligatoriedad de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos para la contratista entrante
2. Reflexiones al hilo de la subrogación convencional con miras en algunas proposiciones generales *de lege ferenda*
 - 2.1. Principales problemas asociados a la subrogación convencional
 - 2.2. Una caracterización alternativa tímidamente sugerida por cierta jurisprudencia
 - 2.3. El doble filo de la nueva concepción jurisprudencial acerca de la aplicación de la sucesión de plantilla. Una propuesta de reforma legal

Referencias bibliográficas

1. La subrogación convencional

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo (TS) se ha mostrado muy reacio a la admisión de la subrogación legal por sucesión de empresa en los supuestos en los que no existe transmisión de una estructura productiva básica y ha venido entendiendo, de manera bastante generalizada, en supuestos de sucesión de contratistas, que «[...] ni la contrata, ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 [del Estatuto de los Trabajadores] ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación»¹; de ahí que, en sectores en los que predominan las contrataciones (acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas discapacitadas, asistencia en tierra en aeropuertos *-handling-*, atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, construcción, *contact center*, contrataciones ferroviarias, empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos de Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccionar, seguridad, transportes de personas enfermas y accidentadas en ambulancias)², viene siendo habitual el establecimiento de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos, con la finalidad de garantizar la continuidad en el empleo de las personas trabajadoras de tales empresas contratistas y subcontratistas.

¹ Sentencias del TS (SSTS) de 10 de junio de 1991 (rec. 719/1990), 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), así como otras posteriores, como las de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (reces. 1065/1993 y 469/1994), 6 de febrero de 1997 (rec. 1886/1996) y 21 de octubre de 1998 (rec. 3556/1997), o la de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999). Si bien esta posición se matiza a partir de las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (reces. 4424/2003 y 899/2002), con la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, según la cual bastaría, a estos efectos, en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, con el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal dedicado a la contrata anterior. Asimismo, sigue perviviendo cierto reflejo del criterio tradicional *-combinado con aceptación de la sucesión de plantilla-* en sentencias relativamente recientes, tales como las SSTS de 24 de julio de 2013 (reces. 542/2012, 3984/2011, 1435/2012, 3228/2012), 9 y 10 de julio de 2014 (reces. 1201/2013 y 1051/2013).

² Esta lista de los sectores que regulan la subrogación en los convenios colectivos nacionales viene proporcionada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 13 de enero de 2012 (rec. 4477/2011) (Madrigal Esteban y Martínez Saldaña, 2015).

En efecto, la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial o superior (este es el ámbito razonable de negociación de estas cláusulas ya que carecería de sentido acordarlas a nivel empresa, pues, en ese caso, no podrían vincular a la empresa contratista entrante) ha tratado de favorecer la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas, pero, como ha sido señalado (Baz Rodríguez, 2002), estas cláusulas también actúan, en muchas ocasiones, en beneficio de las empresas contratistas implicadas, pues con estas subrogaciones, por un lado, a la contratista saliente se le evita tener que acometer despidos originados por la pérdida de negocio y, de otro lado, a la entrante le permiten contar, desde el principio, con personal especializado y experimentado en la actividad en cuestión.

1.1. Alcance de las cláusulas convencionales de subrogación

Las cláusulas convencionales subrogatorias tienen, de entrada, un alcance más limitado que la subrogación legal del artículo 44 del ET, en la medida en que suelen tratar de asegurar que las personas trabajadoras mantengan con la nueva empresa contratista los derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior, pero sin que aquella asuma, normalmente, responsabilidad solidaria por deudas insatisfechas anteriores a la asunción de la contrata correspondiente.

En efecto, estas regulaciones convencionales suelen establecer limitaciones en este aspecto, fijando un régimen de responsabilidades de las contratistas saliente y entrante diverso y con contenido y extensión no condicionados por el previsto legalmente, habiendo validado nuestra jurisprudencia esta posibilidad en múltiples ocasiones (SSTS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997; 31 de marzo de 1998, rec. 1744/1997; 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000; 23 de mayo de 2005, rec. 1674/2004; 20 de septiembre de 2006, rec. 3671/2005; 21 de septiembre de 2012, rec. 2247/2011; 24 de julio de 2013, rec. 3228/2012; 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 27 de abril de 2016, rec. 329/2015; 3 y 10 de mayo de 2016, recs. 3165/2014 y 2957/2014; 1 y 7 de junio de 2016, recs. 2468/2014 y 2911/2014; y 6 (2), 13 y 25 de julio de 2017, recs. 1550/2016, 1669/2016, 2883/2016 y 2239/2016; 10 de abril de 2018, rec. 3684/2016; 3 de mayo de 2018, rec. 2346/2016; y 29 de mayo de 2018 (2), recs. 2748/2016 y 2481/2016).

Si bien hay que tener presente que, en los sectores relativos a las actividades denominadas «desmaterializadas», cuando la aplicación de estas cláusulas convencionales suponga la asunción por la nueva empresa contratista de un núcleo esencial de personas trabajadoras, en virtud de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, se desencadenará la sucesión de empresa del artículo 44 del ET para todas las personas trabajadoras adscritas a la contrata, con todos los efectos de este precepto legal y no los previstos en el convenio colectivo (Sanguineti Raymond, 2006)³.

³ Sanguineti Raymond se refiere a que, en la subrogación convencional, esta se produce por la fuerza de obligar de los convenios colectivos, siempre que se acaten los requisitos y condiciones particulares en

En efecto, la doctrina de la sucesión de plantilla encuentra su justificación en el hecho de que en aquellos sectores de actividad que, sin gran protagonismo de los elementos materiales, se basan fundamentalmente en el uso de mano de obra, la asunción de una parte importante y esencial, en términos cuantitativos o cualitativos (de competencia), de dicha mano de obra, equivale y se asimila a la transmisión de los elementos patrimoniales⁴ que desencadena la sucesión de empresa en aquellas otras actividades que sí operan, preponderantemente, con una infraestructura física y con un conjunto de elementos materiales para la explotación empresarial.

Así pues, parece evidente que la sucesión de plantilla, cualquiera que sea el título por el que se desencadene la asunción del núcleo esencial de mano de obra (ya sea la obligación por convenio colectivo, tanto dentro como fuera del ámbito de las contrataciones o concesiones administrativas, o bien por simple asunción voluntaria), no es sino una modalidad de la propia sucesión de empresa adaptada a los sectores carentes de los elementos materiales que, tradicionalmente, han desencadenado esta.

En definitiva, para la doctrina de la sucesión de plantilla, es en sí misma la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras, en términos de número y competencia, la que contribuye a que estemos ante una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad y provoca que, en estos sectores, la sucesión de empresa se active –como lo hace en otros sectores la transmisión misma de un conjunto de medios organizados– con independencia, en todos los casos, de cuál sea el título que origine la asunción de las personas trabajadoras o, en su caso, la transmisión de los elementos materiales (no es necesaria, ni siquiera, la existencia de relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario).

De este modo, es fácil concluir que, precisamente, en los sectores fundamentalmente basados en el uso de mano de obra, que son en los que predominan las cláusulas de subrogación convencional, cuando estas impliquen la obligación de la empresa contratista entrante de asumir a una parte esencial de la plantilla de la anterior, este mismo hecho, consecuencia de la obligación convencional y no el convenio mismo, será el que determine que se active

ellos previstos y con los efectos por ellos establecidos que no tienen por qué ser idénticos a los enunciados por el artículo 44 del ET. En este sentido cita la STS de 6 de junio de 2001 (rec. 2847/2000). Ello no obstante, disiento del discurso del autor con relación al efecto anulador del papel de la negociación colectiva en esta materia que atribuye a la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, ya que si bien esta, en determinados sectores, puede desencadenar la aplicación del artículo 44 del ET con base en una previsión convencional de subrogación que afecte a un núcleo esencial de personal, ello no limita totalmente el campo de actuación de la negociación colectiva en esta área ni determina necesariamente, en todo caso, la adecuación exacta y correspondencia fiel del contenido de estas cláusulas con el texto legal, si bien, lógicamente, no podrán admitirse regulaciones convencionales *in peius*.

⁴ La STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. 1438/2014) lo expresa del siguiente modo:

[...] la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

la aplicación del artículo 44 del ET y la integridad de su régimen jurídico, y no el previsto en el convenio colectivo que desencadenó la asunción inicial de aquel núcleo de personas trabajadoras. Lo mismo que ocurriría si el núcleo de personas trabajadoras se asumiera en virtud de acuerdo voluntario entre empresas o por cualquier otro título, en que lo pactado o estipulado en estos carecería de significación, pues lo que desencadena la aplicación del artículo 44 del ET es la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras en sí, como en los sectores basados en el empleo de elementos patrimoniales es la transmisión de estos la que determina la sucesión de empresa, cualquiera que sea el título por el que se transmitan.

Pese a la claridad de las anteriores conclusiones, que se desprenden con naturalidad de la forma en que la jurisprudencia comunitaria estudiada ha diseñado su doctrina de la sucesión de plantilla (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –STJCE– de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco), la jurisprudencia de nuestro TS –desde 2016 hasta hace bien poco– se ha resistido a dejar de reconocer virtualidad a las limitaciones de responsabilidad que pudieran haberse pactado en el correspondiente convenio colectivo, incluso en sectores y supuestos en los que operaba –y se reconocía indiscutidamente en las propias sentencias– la doctrina de la sucesión de plantilla.

Así, un importante bloque de sentencias, entre las que se encuentran las SSTS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), 10 de mayo de 2016 (rec. 2957/2014), 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014), 25 de julio y 20 de diciembre de 2017 (recs. 2239/2016 y 335/2016), 10 de abril de 2018 (rec. 3684/2016), 3 de mayo de 2018 (rec. 2346/2016), 29 de mayo de 2018 (recs. 2748/2016 y 2481/2016) y 31 de mayo de 2018 (rec. 2586/2016), vinieron estableciendo una doctrina consolidada en favor de la aplicación del régimen limitado de responsabilidades que pudiera derivarse del convenio colectivo correspondiente, relegando la aplicación del régimen del artículo 44 del ET en supuestos en los que era aplicable la doctrina de la sucesión de plantilla solo a los casos de asunción voluntaria de plantilla.

Esta doctrina jurisprudencial, remontándose a las SSTS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 10 de julio y 18 de septiembre de 2000 (recs. 923/1999 y 2281/1999), y con apoyo en las SSTS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002), 23 de mayo de 2005 (rec. 1674/2004), 20 de septiembre de 2006 (rec. 3671/2005), 10 de diciembre de 2008 (rec. 3837/2007), 21 de septiembre de 2012 (rec. 2247/2011) y 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012), establecía unos efectos diferentes para un mismo mecanismo, la sucesión de plantilla, en función de que la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras que la genera fuera consecuencia del cumplimiento del convenio colectivo precedente, en que sería aplicable el régimen de responsabilidades de este, o derivase de la asunción voluntaria del mismo por parte de la nueva empresa contratista, en que se activaría la aplicación del artículo 44 del ET y el régimen de responsabilidades previsto en dicho precepto legal.

En estos términos, no resulta extraño que se haya podido llegar a leer que la aplicación del artículo 44 del ET por sucesión de plantilla depende de la voluntad de la empresa contratista entrante («deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo

o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria»: STS de 22 de septiembre de 2016, rec. 1438/2014), y que –paradójicamente– resultara más oneroso para la misma este régimen que depende de su propia voluntad que el aplicable cuando la subrogación del personal le resulta obligatoria como consecuencia de lo estipulado en el convenio aplicable. Con lo cual, en la práctica, se estaba vaciando de contenido, de efectividad real, a la doctrina de la sucesión de plantilla, pues esta no operaba cuando la subrogación de las personas trabajadoras derivaba de obligación convencional y, cuando dicha obligación no existía, bastaba que la nueva contratista emplease a su propio personal en la contrata para que no actuase y evitar asumir las deudas de la anterior contratista.

Asimismo, las sentencias comentadas, se ocupaban de cohonestar su solución con la doctrina jurisprudencial comunitaria y, haciendo expresa referencia a la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco, se consideraba que era posible excluir la aplicación del artículo 44 del ET en supuestos en los que de acuerdo con la doctrina comunitaria de sucesión de plantilla se debía llamar a la aplicación de la sucesión de empresa, «porque tal previsión se refiere a los efectos derivados frontalmente de la directiva, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET», consagrando, de este modo, una desidentificación entre la sucesión de empresa de la directiva y la prevista en el artículo 44 del ET.

A mi juicio, el hecho de que el artículo 44 del ET mejore, incluso, las previsiones de la directiva comunitaria no modifica la naturaleza de la institución, que en ambos casos es sucesión o transmisión de empresa, con la única peculiaridad de que en nuestro ordenamiento jurídico interno su regulación es, en determinados aspectos, más generosa.

En este contexto, era habitual reiterar el texto de la Sentencia de 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014), cuando establecía que:

- a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente [...].
- b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una «sucesión de plantilla» y una ulterior «sucesión de empresa».
- c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.

La justificación de que a la sucesión de empresa por sucesión de plantilla originada por obligación de subrogación convencional no se le aplique el propio régimen de sucesión de empresa, que en nuestro país es el regulado en el artículo 44 del ET, sino en el previsto en el convenio colectivo, se efectuaba en la jurisprudencia indicada en los siguientes términos:

Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de cohonestar previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional), sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del derecho comunitario [...].

Ello no obstante, recientemente, dicha doctrina ha sido objeto de rectificación desde la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016) –seguida de otras como las SSTs de 24 y 25 de octubre de 2018 (recs. 2842/2016 y 4007/2016) y 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016)–, por influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo), que resolvió la petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia.

En el supuesto litigioso objeto de la cuestión al TJUE, un vigilante del Museo Compostelano de las Peregrinaciones reclamaba a la contratista entrante por virtud de una subrogación de origen convencional ciertas cantidades que la empresa saliente le adeudaba.

La citada sentencia del TJUE especificó que «la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica», si bien apuntaló esta afirmación con una argumentación adicional:

[...] el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23, [y concluye que la] directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Influida por lo anterior, la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016) procede al alineamiento de la doctrina del TS con la del TJUE, previo el intento de justificación del anterior criterio sobre la base de una pretendida mejora por los convenios colectivos estatutarios (con la amplia y reforzada legitimación y capacidad negociadora de las partes firmantes de los mismos) de los términos de la regulación legal de sucesión de empresa que, la verdad, es que en la práctica totalidad de los casos objeto de aquella doctrina nunca se producía, dado que –como he comentado– los convenios colectivos suelen eximir de responsabilidad por deudas pendientes a las nuevas contratistas, amén de otras limitaciones⁵, si bien, más que en términos de contenido del régimen jurídico, parece que esta mejora aducida se basaría más en la ampliación del espectro de los supuestos incluidos legalmente en la obligación subrogatoria.

⁵ Dado que este análisis se circunscribe a cuestiones laborales, no hago referencia aquí, todavía, a las limitaciones y exclusiones que los convenios colectivos suelen establecer en cuanto a las responsabilidades en materia de seguridad social que se derivan del régimen legal previsto en los artículos 168.2 y 142.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS).

Esta sentencia del TS, finalmente, rectifica el criterio jurisprudencial precedente, en los siguientes términos:

En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta [...] al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica [y] el concepto de «entidad económica», de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios [...].

[...] En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. [...] Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. [...] Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

[...] Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

Posteriormente, la STS de 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016) ha sintetizado el nuevo estado de cosas del siguiente modo:

[...] premisas:

Primera. Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratos va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo ET.

Tercera. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarta. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

Cabe destacar la importancia de esta rectificación de criterio por parte del TS, puesto que la aplicación del régimen legal de sucesión de empresa en los supuestos estudiados

comportará, con independencia de las limitaciones con que originariamente se hubiera acordado en convenio colectivo la subrogación correspondiente, que esta afecte a la totalidad del personal adscrito a la contrata, el mantenimiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras y del convenio colectivo que les fuera aplicable y la responsabilidad solidaria por las deudas laborales y de seguridad social de la contratista anterior.

Desde luego, el impacto de este cambio de doctrina es previsible que sea grande en la negociación de nuevas cláusulas de subrogación convencional por parte de las empresas que, seguramente, se sentirán desincentivadas a la hora de formalizarlas y, cuando no sean directamente aplicables los supuestos de hecho comprendidos en el artículo 44 del ET, preferirán mantener su libertad para asumir al personal correspondiente, haciéndolo libremente cuando estimen que ello les compensa pese a llevar aparejada la aplicación del régimen legal de responsabilidades o, en otro caso, cubriendo sus necesidades de mano de obra con personal propio, nuevo o preexistente.

1.2. Obligatoriedad de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos para la contratista entrante

Como acabamos de ver, en sectores intensivos en mano de obra, la doctrina de la sucesión de plantilla puede dar lugar al régimen legal de sucesión de empresa, cuya aplicación resultará preceptiva, cuando a resultas de las cláusulas subrogatorias convencionales se produzca la asunción por la nueva contratista de un núcleo esencial de plantilla de la anterior, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias que evidencien la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad.

Por la gran trascendencia para este supuesto ya examinado, cabe preguntarse si el cumplimiento de tales cláusulas subrogatorias convencionales resulta obligatorio para la contratista entrante. Pero también es importante resolver esta cuestión por su carácter determinante en los casos en los que dicho mecanismo no se desencadena, como cuando el personal a asumir no constituya un núcleo esencial en términos de número o competencia identificable como entidad económica o si se trata de una subrogación en sectores que no descansan fundamentalmente en el uso de mano de obra y en los que, de acuerdo con el régimen del artículo 44 del ET, si no hubiera transmisión de elementos patrimoniales, no existiría obligación de subrogación. Así como en el primer caso ya estudiado, la obligación de subrogarse generaría, por sucesión de plantilla, la aplicación íntegra del régimen legal del artículo 44 del ET, en estos otros casos no incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 44 del ET que no dan lugar a sucesión de plantilla, tendría los efectos limitados por lo previsto en el convenio colectivo correspondiente en cuanto al personal afectado y responsabilidades a asumir, pero en ambos casos, sin que sin la obligatoriedad de la previsión convencional se generase ninguno de estos efectos al no ser aplicable, al menos de entrada o directamente, lo previsto en el artículo 44 del ET.

Por principio, a la vista de que estas cláusulas se suelen pactar en el seno de convenios colectivos estatutarios de ámbito sectorial, no deben apreciarse problemas a la hora de reconocer su obligatoriedad, dada la fuerza vinculante, carácter normativo y eficacia general de este tipo de convenios (arts. 37.1 Constitución española –CE– y 82.3 ET), que vienen respaldados por el cumplimiento de los requisitos exigidos en el ET a fin de garantizar una amplia legitimación y una capacidad negocial reforzada de las partes firmantes.

Como lógico correlato de lo anterior, la doctrina del TS ha venido reconociendo el carácter vinculante de estas cláusulas y, así, considerando su obligatoriedad se suelen citar (Vizcaíno de Sas, 2011) las SSTs de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 14 de diciembre de 1994 (rec. 469/1994), 23 de enero y 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997, 29 de abril de 1998 (rec. 1696/1997), 26 de abril de 1999 (rec. 1490/1998) y 6 de junio de 2001 (rec. 2847/2000). Si bien, si analizamos con detalle estas sentencias, el criterio determinante de la eficacia obligatoria de estas cláusulas se hace residir, en muchos casos, realmente más en la concurrencia de la transmisión de elementos de la estructura productiva exigidos para la subrogación legal del artículo 44 del ET que en el contenido de dichas cláusulas en sí mismas, lo cierto es que, a la postre, ha terminado prevaleciendo una doctrina favorable a otorgarles fuerza obligatoria independiente del cumplimiento de dicho requisito legal, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos previstos en los convenios colectivos correspondientes.

Es precisamente en los casos de sucesión de contratistas con ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 44 del ET (transmisión de elementos de activo o, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas, de un conjunto de personas trabajadoras que pueda considerarse una entidad) donde toman carta de naturaleza estas cláusulas convencionales con el fin de asegurar la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras allí donde la ley no llega. Es más, es la propia jurisprudencia la que, indirectamente, al rechazar la aplicación del artículo 44 del ET a estos supuestos, ha venido a fomentar la proliferación de estas cláusulas, al remitirse reiteradamente en la fundamentación de sus sentencias a la vía convencional como cauce para que opere la subrogación en estos casos, siempre que se observen las exigencias y con la extensión y límites previstos en el convenio colectivo que las establezca (Rodríguez Izquierdo, 2007).

Con lo cual, en sede judicial, es posible encontrarnos no solo con un reconocimiento del carácter vinculante de estas cláusulas, sino también con una especie de «invitación» para acudir a este mecanismo para completar la regulación legal allí donde esta no alcanza. Así, por ejemplo, cabe citar la STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992) relativa a contratos de servicios públicos que, ininterrumpidamente o no, se suceden en las Administraciones públicas, la cual estableció que:

[...] no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad

productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión.

O también la STS de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999), referida a un supuesto de sucesión de contratista del sector vigilancia y seguridad, y la STS de 29 de enero de 2002 (rec. 4749/2000), respecto a sucesiones de contratistas de limpieza. En este mismo sentido, las SSTS de 1 de diciembre de 1999 (rec. 1421/1999), 25 de febrero de 2000 (rec. 2892/1999) o, más recientemente, la STS de 27 de abril de 2016 (rec. 329/2015).

Sin embargo, es preciso subrayar que estas sentencias inciden siempre en sujetar la operatividad de estas cláusulas al cumplimiento de las condiciones exigidas en los propios convenios colectivos que las contemplan.

Con lo cual, en primer lugar, nos encontramos con un primer elemento a la hora de valorar la obligatoriedad de la subrogación correspondiente: el cumplimiento de los requisitos y procedimientos exigidos en el convenio. En este sentido, es habitual fijar en convenio obligaciones de traslado de información a la empresa contratista entrante por parte de la saliente o sujetar la subrogación de la persona trabajadora en cuestión a que esta reúna una antigüedad mínima en el puesto de trabajo. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad exige para los servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guarderío rural, en su artículo 15, una antigüedad real mínima en el servicio o cliente objeto de subrogación de 7 meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, o inferior cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida. Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio. En su artículo 16, para los servicios de transporte de fondos, se establece que la empresa cesante determinará el número de personas trabajadoras objeto de subrogación de entre las que tengan una antigüedad real mínima en la empresa de 7 meses. Entre otras muchas, las SSTS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 3837/2007) y 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014) han validado la exigencia de este requisito de antigüedad por parte de dicho convenio.

Consiguientemente, se plantea la cuestión de los efectos que genera, en estos casos, sobre la obligación de subrogación, el eventual incumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos a tal efecto en la norma convencional, normalmente consistentes en obligaciones formales y de procedimiento que suelen concretarse en la entrega por parte de la empresa cedente a la nueva contratista de información relativa al estado de pagos con la Seguridad Social y detalle e historial de las relaciones laborales de las personas trabajadoras que van a ser subrogadas. En este sentido, por ejemplo, cabe referirse a las obligaciones de traspaso de documentación del artículo 17.2 del convenio de empresas de seguridad antes citado. Sobre este particular se aprecia cierto giro jurisprudencial que partiendo de la doctrina contenida en un bloque de sentencias que limita la obligatoriedad de asumir la subrogación por la contratista entrante al cumplimiento por la saliente de los términos y condiciones impuestos por la propia fuente convencional que fije la obligación de subrogación (SSTS de 10 de

diciembre de 1997, rec. 164/1997⁶; 9 de febrero de 1998, rec. 167/1997; 31 de marzo y 8 de junio de 1998; 26 de abril y 30 de septiembre de 1999, rec. 3983/1998; 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000; y 28 de julio de 2003, rec. 2618/2002) y pasando por cierta suavización de ese criterio, según la cual los incumplimientos de escasa entidad no impedirían el surgimiento de dicha obligación siempre que se constatará la entrega de una documentación que pudiera considerarse suficiente o imprescindible (STS de 11 de marzo de 2003, rec. 2252/2002), llega hasta un grupo de sentencias, como las SSTS de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007 (reces. 3671/2005 y 381/2006), en las cuales se afirma que la falta de cumplimiento de estos requisitos por parte de la empresa saliente no puede perjudicar el derecho de las personas trabajadoras a instar su incorporación a la plantilla de la empresa entrante. Ello no obstante, cabe referirse a un nuevo grupo de sentencias del TS, dictadas en años posteriores, en las que la no facilitación de la documentación establecida en convenio colectivo por parte de la contratista saliente vuelve a considerarse un impedimento a la subrogación de la entrante. Estas son, entre otras, las SSTS de 17 y 19 de septiembre de 2012 (reces. 2693/2011 y 3056/2011), 20 y 26 de noviembre de 2012 (reces. 3900/2011 y 4054/2011), 18 de diciembre de 2012 (rec. 4040/2011), 5 de febrero de 2013 (rec. 238/2012), 12 y 13 de febrero de 2013 (reces. 4379/2011 y 4285/2011), 16 de abril de 2013 (rec. 1375/2012), 10 de junio de 2013 (rec. 2208/2012), 4 de julio de 2013 (rec. 366/2012) y 15 de julio de 2013 (rec. 2209/2012).

En segundo lugar, cabe referirse a las limitaciones que, en cuanto a la eficacia obligatoria de estas cláusulas, se derivan de la tipología del convenio (estatutario o extraestatutario) y del propio ámbito de aplicación del mismo. Pues, lógicamente, estas subrogaciones convencionales solo podrán imponerse a las contratistas entrantes que queden vinculadas por el convenio colectivo que las prevea, y no ocurrirá así cuando, por ejemplo, tratándose de convenios extraestatutarios –los cuales tienen eficacia personal limitada–, el empresario/a contratista entrante no esté afiliado a la asociación empresarial firmante, o bien cuando, cualquiera que sea la naturaleza del convenio de que se trate, el ámbito territorial o funcional del convenio no vincule al nuevo/a contratista.

En efecto –como es sabido– frente a la generalidad por antonomasia de las normas legales –y, por ende, del ET y de su art. 44–, los convenios colectivos, aun si son estatutarios que gozan de eficacia personal general o *erga omnes*, vienen limitados por su ámbito funcional, personal y territorial de aplicación y, además, si fueran extraestatutarios, la obligatoriedad de sus cláusulas quedaría reducida a quienes estén afiliados a las organizaciones empresariales firmantes del convenio (Sala Franco, 2005)⁷. Pero incluso tratándose de convenios estatutarios

⁶ Por ejemplo, en este caso, el TS se remite al artículo 34 del –entonces vigente– Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Burgos, a cuyos presupuestos, extensión y límites otorga relevancia y, partiendo del incumplimiento por parte de la empresa saliente de sus esenciales obligaciones de información a la entrante necesarias para que se produjera la subrogación, concluye negando la existencia de la subrogación pretendida.

⁷ Para este autor, en el caso de que la subrogación empresarial tuviera carácter mixto, esto es, cuando se tratara, simultáneamente, de un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del

y de sucesiones de contratistas correspondientes a la misma actividad en las que lo normal sería que fueran aplicables las cláusulas de un mismo convenio sectorial tanto a la contratista saliente como a la entrante, lo cierto es que la casuística que arroja la realidad empresarial pone de manifiesto que no siempre es tan habitual que el convenio en el que están integradas la empresa contratista y sus personas trabajadoras coincida con el de la empresa contratista entrante y, por tanto, no en todo caso las contratistas entrantes de una misma actividad se vendrán obligadas por las cláusulas del convenio que vinculaba a la contratista anterior imponiendo la subrogación obligatoria en las relaciones laborales que esta mantenía.

Es el caso del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, cuyo ámbito funcional viene integrado por todas las empresas que desarrollen la actividad de limpieza de edificios y locales, aun no siendo esta su actividad principal, lo cual la jurisprudencia interpreta que no implica que todas las empresas que asumen por sí mismas, con medios y personal propio, la limpieza de sus centros de trabajo, pero que se dedican a otras actividades, puedan considerarse empresas de limpieza a efectos de la aplicación del convenio. Así, la STS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 2731/2007) entendió que este convenio se refiere, al especificar que no es necesario que las tareas de limpieza sean su actividad principal, a las conocidas como «empresas multiservicios», pero no a la generalidad de las empresas con ciclos productivos para los que la limpieza es tarea complementaria y no inherente al mismo, que si desarrollan tales tareas con personas trabajadoras propias, incluso de nueva contratación, no se convierten por ello en empresas dedicadas a la «actividad de limpieza de edificios y locales» ajenos, ni se las obliga a asumir personas trabajadoras de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no las vinculan las previsiones del convenio colectivo de dicho sector, y son libres, por tanto, de contratar a las personas trabajadoras que estimen convenientes.

Curiosamente, la aplicabilidad del convenio lleva al TS, en este caso, a una solución totalmente contraria a aquella a la que llegó el TJCE, exactamente 10 años antes, en su Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal), según la cual:

[...] la circunstancia de que la actividad de limpieza solo constituya, para la empresa que decide efectuarla en adelante por sí misma, una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la directiva (véanse las Sentencias de 12 de noviembre de 1992, *Watson Rask y Christensen*, C-209/91, [...] apartado 17, y *Schmidt*, [...] apartado 14).

ET y al que le fueran aplicables, además, cláusulas subrogatorias de un convenio colectivo, habría que entender que estamos ante mínimos imperativos mejorables, de modo que solo serían aplicables tales cláusulas convencionales en aquello que mejoren la regulación legal, pero no cuando impongan requisitos o condicionantes a la subrogación adicionales a los previstos legalmente.

Asimismo, es muy significativo, en este sentido, el caso de sucesiones de contratistas en las que, como contratistas salientes o entrantes, aparecen centros especiales de empleo, en los que se plantea como problema principal la coexistencia de los convenios sectoriales correspondientes a la actividad de que se trate con el aplicable a estos centros: el Convenio de atención a personas con discapacidad. Ello ha generado una controversia jurisprudencial de la que se ocupan numerosas sentencias, que se ha concretado, principalmente, en la negativa de los centros especiales de empleo –cuando actúan como contratistas entrantes– a asumir a las personas trabajadoras de las empresas ordinarias salientes, fundamentalmente, por el perjuicio que ello les ocasiona en orden al cumplimiento del requisito de tener en plantilla un mínimo de un 70 % de personas trabajadoras con discapacidad (arts. 42 derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, o 43.2 actual RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), así como también, inversamente, por las reticencias de las empresas ordinarias a aceptar la subrogación de las personas trabajadoras discapacitadas de los centros especiales de empleo, cuando estos actúan como contratistas salientes, al considerar que estas relaciones laborales de carácter especial solo pueden tener lugar en tales centros especiales y que, por tanto, no es posible la subrogación en ellas de empresas ordinarias. En cualquier caso, en ambos supuestos, se argumenta por sendos tipos de empresas, con base en el artículo 84 del ET y con el fin de evitar la subrogación, que el convenio aplicable a las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente no vincula a la contratista entrante.

El TS, tal y como resume en su Sentencia de 23 de septiembre de 2014 (rec. 50/2013), ha establecido que la subrogación debe aplicarse en ambos casos:

a) [Cuando el nuevo contratista] sea un centro especial de trabajo que se rija por convenio colectivo propio, pues este consiente a tales empresas cualquier actividad «en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado», con el objeto de «integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella», de forma que «si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo [...].

En este mismo sentido, también se pronuncian las SSTS de 21 de octubre de 2010 (rec. 806/2010), 4 de octubre de 2011 (rec. 4597/2010), 7 de febrero de 2012 (rec. 1096/2011), 4 de octubre de 2012 (rec. 3163/2011), 20 de febrero de 2013 (rec. 3081/2011) y 9 de abril de 2013 (rec. 304/2012).

b) [Y también] en el supuesto contrario, de que la nueva adjudicataria sea una empresa ordinaria de limpieza y la anterior un CET [centro especial de trabajo], «pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del convenio colectivo rector del

centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse sí constituiría un supuesto discriminatorio».

Asimismo, cabe citar con este mismo criterio las SSTs de 9 de octubre de 2012 (rec. 3667/2011), 10 de octubre de 2012 (rec. 4016/2011), 10 de octubre de 2012 (rec. 3803/2011), 12 de diciembre de 2012 (rec. 750/2012), 18 de diciembre de 2012 (rec. 414/2012) y 17 y 22 de abril de 2013 (recs. 710/2012 y 748/2012). No obstante, esta no es una postura del todo pacífica, como muestran los habituales votos particulares formulados en un porcentaje considerable de las sentencias que contienen esta doctrina. Con posterioridad, las SSTs de 24 de noviembre y 9 de diciembre de 2015 (recs. 136/2014 y 135/2014) matizaron que, si bien la aplicabilidad del convenio de limpieza puede determinar la aplicación de los mecanismos subrogatorios previstos en este convenio a las personas trabajadoras discapacitadas de un centro especial de trabajo, esta aplicación no afecta al resto de condiciones de trabajo de las personas trabajadoras discapacitadas que seguirán rigiéndose por el convenio de origen, sin que ello pueda considerarse discriminatorio.

La inaplicabilidad del convenio de la contratista anterior, aun con continuidad de la misma actividad, es muy habitual también cuando se trata de la recuperación de actividades descentralizadas por entidades públicas que pasan a encargarse directamente de la prestación del servicio. Si bien la materia de la reversión de servicios públicos previamente externalizados merecería un estudio específico en profundidad, es posible sintetizar, a los efectos que ahora nos ocupan, la existencia de un grupo de sentencias del TS (SSTs de 17 de junio de 2011, rec. 2855/2010; 11 de julio de 2011, rec. 2861/2010; y 26 de julio de 2012, rec. 3627/2011), las cuales tienen como denominador común tratarse de supuestos de reasunción de servicios de limpieza pública por parte de Ayuntamientos que, con anterioridad, prestaban tales servicios, indirectamente, a través de contratistas, en las que el TS declaró la inaplicabilidad de las cláusulas subrogatorias a aquellos.

Junto a los anteriores problemas de aplicabilidad, se han planteado también supuestos controvertidos muy concretos, en casos en los que la efectividad de la subrogación de origen convencional daba lugar a la consolidación de situaciones contrarias a la ley. Esto ocurre en el supuesto objeto de las SSTs de 28 de septiembre de 2011 (rec. 4376/2010), 27 de junio de 2012 (rec. 3196/2011), 2 de julio de 2012 (rec. 2626/2011), 16 de julio de 2013 (rec. 2239/2012) y 25 de febrero de 2014 (rec. 4374/2011), en las que la cuestión a dilucidar versaba en torno a la admisibilidad de la subrogación cuando el trabajador afectado, vigilante de seguridad, no disponía de la habilitación administrativa exigida por la Ley 23/1992 para el ejercicio de esta función. Con anterioridad, los tribunales habían decidido sobre la cuestión en el sentido de que la subrogación debía operar en cualquier caso, con argumentos tales como que lo que se transmite es un centro de trabajo en su integridad y ello hace innecesario atender a las circunstancias de cada persona trabajadora concreta, e imputando

a la contratista entrante la responsabilidad de las eventuales decisiones extintivas, si bien facilitando a esta la vía del artículo 52 a) del ET (por ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad) o también la posibilidad de instar la nulidad del contrato, acreditando actuación maliciosa. Sin embargo, a partir de las sentencias citadas, se unifica la doctrina en sentido contrario. Pues en ellas se especifica que no estamos ante un problema de incumplimiento de las obligaciones formales de información por parte de la empresa cesante, el cual no podría perjudicar a la persona trabajadora (tal y como se desprende de las SSTs más arriba citadas de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007, recs. 3671/2005 y 381/2006), sino que se trata de la exigencia de «un título habilitante que constituye un elemento esencial en la contratación del trabajador cuya subrogación se pretende», es decir, de una exigencia que deriva de las normas estatales sobre la ordenación de la actividad de seguridad privada, que (STS de 16 de enero de 2008, rec. 49/2006) se imponen por su carácter imperativo sobre la regulación convencional y los acuerdos de las partes. Como el TS subraya, la carencia de esa autorización administrativa es, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre persona trabajadora y empresa, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con personas trabajadoras carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad; circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un *modus operandi* carente de acomodo legal. Es más, la norma convencional tiene, como en ella se afirma, la finalidad de garantizar la estabilidad del empleo; finalidad que no puede cumplirse respecto a un empleo que, por tener un vicio de ilegalidad, no puede tener una pretensión de permanencia (Perea Montes, 2012)⁸.

De otro lado, algunos convenios colectivos que no obligan a la subrogación de la totalidad de la plantilla, sino solo de una parte de las personas trabajadoras de la empresa saliente, plantean la cuestión relativa a la eventual concurrencia de una discriminación de las personas trabajadoras no seleccionadas. Este problema se ha resuelto jurisprudencialmente mediante la aplicación de la doctrina comunitaria de la sucesión en la plantilla a estos casos. En efecto, ya desde la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002), el TS pensó en utilizar esta doctrina como criterio para proteger la no discriminación y evitar la selección arbitraria de personas trabajadoras, eludiendo el reemplazo parcial por parte de las nuevas adjudicatarias de las contratadas por el que dotaran de continuidad solo a unos contratos. Así, se ha venido

⁸ La autora muestra sus dudas sobre el acierto del criterio adoptado por el TS y considera que, de modo similar a la subrogación que la doctrina consolidada del Alto Tribunal entiende aplicable en relación con los casos de contratación temporal efectuada en fraude de ley, tras la cual la empresa entrante queda obligada a convertir el contrato en indefinido, también en este caso debería operar la subrogación. A mi juicio, sin embargo, esta posición no es sostenible, por la mera razón de que en aquel caso la subrogación y posterior conversión de un contrato temporal fraudulento en indefinido se produce, con apoyo legal expreso en el artículo 15.3 del ET, para forzar la transformación de una situación fraudulenta en una legal, mientras que en el caso de la falta de habilitación administrativa la subrogación no haría sino mantener y consolidar, sin apoyo legal, una situación irregular desde el inicio.

aplicando (STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/2009) a los casos en los que este reemplazo parcial deriva de lo estipulado en convenio, ya que también, en este caso, el resultado final es que, en sectores con especial protagonismo de la mano de obra, la contratista entrante termina quedándose con una parte importante, en términos de número y competencia, de la plantilla anterior. De este modo, la obligación de subrogación parcial de origen convencional en supuestos en los que no sea directamente aplicable el artículo 44 del ET, por no concurrir los requisitos exigidos en el mismo (como, por ejemplo, por falta de transmisión de elementos de activo), puede derivar también, indirectamente, por aplicación de esta doctrina comunitaria, en la consideración de la existencia de sucesión legal de empresa y en la consiguiente obligación de subrogarse en las relaciones laborales de todas las personas trabajadoras de la empresa saliente, evitándose, por esta vía, la postergación de las personas trabajadoras excluidas por el convenio y aprovechándose, de esta manera, la doctrina comunitaria de la sucesión en la plantilla para la aplicación efectiva del principio de no discriminación en estas situaciones.

2. Reflexiones al hilo de la subrogación convencional con miras en algunas proposiciones generales *de lege ferenda*

2.1. Principales problemas asociados a la subrogación convencional

Como ya ha sido comentado, las cláusulas de subrogación convencional buscan complementar la regulación legal del artículo 44 del ET, tratando de dar cobertura a supuestos de hecho no contemplados por el mismo, pero diferenciándose también en cuanto al alcance de sus efectos, los cuales normalmente son más limitados que los previstos en el citado precepto legal.

Así, es habitual que en tales instrumentos se trate de asegurar la continuidad de la relación laboral con la nueva empresa, así como la de las condiciones que la regían con la precedente, pero sin que sea usual que se transmita la responsabilidad de la cedente en cuanto a las deudas pendientes en el momento de la subrogación y sin que, normalmente, se haga referencia en tales cláusulas a lo referente a la responsabilidad en materia de seguridad social.

En cuanto a estas últimas responsabilidades de seguridad social, en efecto, lo habitual es la ausencia de previsiones al respecto en la normativa convencional. Ello no obstante, la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTS, Sala 3.^a, de 20 de febrero y 25 de mayo de 1998, recs. 6681/1992 y 6137/1992) ha considerado que estas cláusulas de subrogación convencional pueden ser objeto de complementación con la regulación del artículo 44 del ET y ha extendido a estos supuestos la responsabilidad solidaria en materia de liquidación de cuotas de la Seguridad Social en los mismos términos en que el artículo 168.2 de la LGSS resulta aplicable a los casos comprendidos en el precepto legal.

Sin embargo, por parte de la doctrina (Álvarez Alcolea, 2003) se han argumentado serias objeciones a la extensión a estos supuestos de la responsabilidad solidaria por deudas con la Seguridad Social sobre la base de la consideración de que las cláusulas de subrogación convencional no son subsumibles dentro del artículo 44 del ET, ni existe entre ellas relación de complementariedad; con apoyo en el artículo 1.137 del Código Civil (CC), que exige carácter expreso y no presunto para este tipo de responsabilidad; y atendiendo a la interpretación literal del texto de los artículos 44 del ET y 168.2 de la LGSS, los cuales conducen a supuestos de cambios de titularidad en la explotación, industria o negocio por actos *inter vivos* o *mortis causa* en los que, asimismo, la referencia a «un adquirente» excluye su aplicación al caso de las contratas y concesiones en que no exista transmisión de empresa. Finalmente, se aduce que esta doctrina jurisprudencial propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y aplicable en materia de liquidación de cuotas de seguridad social no tiene su reproducción en el orden social en lo referido a las prestaciones.

Si bien, apriorísticamente, desde la perspectiva de los intereses de las personas trabajadoras, el establecimiento por la negociación colectiva de cláusulas de subrogación obligatoria para los casos de sucesión de contratistas, incluyendo más supuestos y con menores exigencias de las previstas legalmente al efecto por el artículo 44 del ET (transmisión de elementos patrimoniales o también, tras la STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/2002, de, al menos, un equipo clave de personas trabajadoras, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, para determinados sectores de actividad), podría valorarse favorablemente si se considerara –como hacía la doctrina del TS hasta la STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016– el contenido de dicho precepto legal como norma mínima que es objeto de mejora por la regulación convencional, lo cierto es que, si se reflexiona detenidamente, la conclusión puede ser justamente la contraria.

En efecto –bien mirado– tratar de asegurar la continuidad de la relación laboral y, concretamente, imponer la subrogación de la contratista entrante en la posición de la empresa anterior sin necesidad de reunir los requisitos previstos legalmente no siempre conlleva un beneficio para la persona trabajadora, pues en muchos de estos casos, con ello, lo que realmente se puede estar favoreciendo es cierto tráfico de mano de obra y la pérdida de garantías para las personas trabajadoras. Este es el sentido de alguna de las argumentaciones de la STS de 20 de octubre de 2004 (rec. 4424/2003), cuando recordaba que⁹ lo que se trata de asegurar con la exigencia de transmisión de una estructura organizativa

⁹ Aunque realmente dicha sentencia se refiere a esta cuestión en orden a poner de manifiesto las dificultades para la asunción de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, lo cierto es que el dato relevante, a estos efectos, es que, en todo caso, lo que pretende garantizarse es que, a resultas del traspaso, las personas trabajadoras no se encuentren en una situación sustancialmente peor en cuanto a la expectativa de continuidad en el empleo, sino que, por el contrario, permanezcan al servicio de empresas que, por recibir los elementos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad según el sector de que se trate, ofrezcan perspectivas de viabilidad futura, de estabilidad para las personas trabajadoras traspasadas y de cumplimiento de sus obligaciones con las personas trabajadoras.

por el artículo 44 del ET es que el traspaso de personas trabajadoras en los casos de sucesión de empresas se realice hacia empresas reales y con cierta viabilidad futura y no hacia empresas aparentes que, carentes de estructura empresarial o solvencia económico-financiera, dificulten la continuidad de la actividad y el cobro de los derechos económicos que corresponden a las personas trabajadoras traspasadas. Si aquella transmisión no se produce, hay que entender que la ley impide la subrogación para procurar que se mantenga como empresa quien retiene dicha estructura o conjunto de medios organizados. En definitiva, la exigencia del artículo 44 del ET se configuraría, así, como complementaria de la regulación prevista en el artículo 43 que lo precede en aras de evitar, *de facto*, que la vía de la sucesión de empresas –y de contratistas en especial– pueda conducir a consolidar situaciones constitutivas de cesión ilegal de mano de obra. De ahí la preocupación de la legislación por establecer, incluso en el caso de transmisión de elementos patrimoniales junto con la actividad, la responsabilidad solidaria de la cedente respecto de las obligaciones laborales anteriores a la transmisión durante los 3 años subsiguientes a la misma o, incluso, posteriores en caso de delito.

El mero hecho –como ha advertido la doctrina (Sala Franco, 2005)– de que la alternativa, en caso de no aplicarse la subrogación, sea normalmente la extinción del contrato por parte de la empresa contratista saliente, no puede llevar a concluir que necesariamente la continuidad de la relación laboral sea siempre lo más favorable a los intereses de las personas trabajadoras, pues –precisamente en los casos que denuncio– si las eventuales empresas «aparentes» deciden, finalmente, llevar a cabo también la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa extintiva que implique el abono de indemnizaciones, es posible afirmar casi con toda seguridad que, ante un mismo resultado final de pérdida de empleo, sería más conveniente para la persona trabajadora, acreedora de la indemnización (así como en cuanto a las cotizaciones sociales y demás haberes a que pueda tener derecho), tener frente una empresa cedente solvente en lugar de tener como deudora a una cesionaria sin estructura empresarial y menor solidez económica. Y lo mismo puede decirse, en sentido inverso, respecto de las obligaciones salariales pendientes (o de seguridad social) por la contratista anterior, si, como suele ocurrir en el caso de las subrogaciones convencionales, no se establece una responsabilidad solidaria entre ambas, y al no existir un traspaso de responsabilidades a la contratista entrante queda, en este supuesto, como única deudora la contratista anterior que ya no es titular de la actividad, del negocio, y de la consiguiente fuente de ingresos que posibilita en mayor medida el cumplimiento de tales obligaciones.

En los casos de creación artificiosa de unidades productivas autónomas a las que se adscriban las personas trabajadoras que se pretenda subrogar a aparentes empresas contratistas entrantes en fraude de los derechos de las personas trabajadoras, aquellas de estas que pretendan que se les reconozca el derecho a permanecer en la empresa cedente podrían apoyarse en la STJUE de 6 de marzo de 2014 (asunto C-458/12, Amatori), que exige, para que exista sucesión de empresas, que la unidad productiva autónoma debe «preexistir a la transmisión» (no ser creada *ad hoc*) y debe tener «una autonomía funcional suficiente» (Madrigal Esteban y Martínez Saldaña, 2015).

En definitiva, la subrogación de una nueva empresa en las relaciones laborales, si no viene acompañada de la eventual exigencia de responsabilidad solidaria, puede suponer un riesgo bidireccional, en relación con las obligaciones pendientes anteriores que pueden quedar, exclusivamente, en manos de una empresa que ya no es titular de la actividad y también respecto a las nuevas obligaciones posteriores que, en el caso de estrategias descentralizadoras fraudulentas, pueden tener como resultado que la nueva empleadora carezca de la solvencia y estructura de negocio necesaria para responder adecuadamente ante las personas trabajadoras.

Cabe incluso una reflexión adicional en relación con la posición de ventaja en que, por esta vía de subrogación convencional, se sitúa a estas empresas contratistas respecto de otras empresas que sí que responden solidariamente, según el régimen legal del artículo 44 del ET, de las deudas pendientes por obligaciones de tipo laboral durante 3 años, así como, ex artículo 168.2 de la LGSS, del pago de las prestaciones de seguridad social causadas con anterioridad a la transmisión, también con carácter solidario.

Así, a la vista de estas particularidades de la cuestión, no creo que sea posible concluir que la regulación convencional en esta materia pueda calificarse por principio, con carácter de generalidad, como una regulación más favorable que la legal, sin atender a las circunstancias concretas de cada caso. Y, por ello, dado que la casuística puede ser inabarcable, desde esta perspectiva, la posibilidad de otorgar el carácter de norma mínima al artículo 44 del ET se diluye y cobra fuerza su configuración como norma de derecho necesario absoluto cuya compatibilidad con estas cláusulas convencionales queda en entredicho (arts. 3 y 85.1 ET).

2.2. Una caracterización alternativa tímidamente sugerida por cierta jurisprudencia

Parte de la jurisprudencia consideró, en su momento, que, ante la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 44 del ET, no podemos hablar de sucesión de empresa ni de subrogación legal, sino que nos encontramos ante una novación civil de la parte deudora del contrato que, de acuerdo con el artículo 1.205 del CC, requiere del consentimiento de la parte acreedora (la persona trabajadora) y no necesariamente de la deudora (la empresa entrante incluida dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo)¹⁰.

Se trata, en su mayor parte, de un cuerpo de sentencias relativas a empresas de *handling*, relacionadas con el denominado «caso Aena»¹¹, las cuales, si bien no vienen referidas a

¹⁰ El artículo 1.205 del CC establece: «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor».

¹¹ SSTS de 29 de febrero de 2000 (rec. 4949/1998) –reiterada por otras, como las de 11 de abril de 2000 (rec. 2846/1999), 6 de febrero (rec. 1206/2001), 30 de abril (rec. 3007/2000), 17 de mayo y 13, 18, 21

casos subrogación convencional, sino de una cesión de contratos por un acuerdo entre empresas en el marco de un concurso de adjudicación de una concesión, vienen a establecer que todos los casos de ausencia de los requisitos legales para la subrogación por sucesión de empresa (transmisión de elementos patrimoniales o doctrina de sucesión de plantilla) deben ser reconducidos a la novación civil del contrato y a su régimen jurídico previsto en el artículo 1.205 del CC.

Concretamente, la STS de 30 de abril de 2002 (rec. 3007/2000) afirma que solo en el supuesto de subrogación legal por transmisión de empresa del artículo 44 del ET está previsto en el ordenamiento español el efecto de cambio automático de la persona empleadora; y que el consentimiento individual de cada persona trabajadora «no puede ser sustituido por un mero acuerdo colectivo sobre el «método» de subrogación de personal» (FJ 5.º).

En efecto, si atendemos al derecho común de obligaciones y contratos, no existe una facultad empresarial de modificación subjetiva unilateral (o bilateral interempresarial) de la relación laboral. Parece que más allá de los supuestos previstos en el artículo 44 del ET se cierra toda posibilidad de novación de la parte empleadora del contrato que no cuente con el consentimiento de la acreedora, esto es, de la persona trabajadora (STS de 29 de febrero de 2000, rec. 4949/1998 –FJ 2.º–).

Sobre esta base se podría tratar de construir una tesis que configurase la subrogación convencional como obligatoria para la contratista entrante incluida en el ámbito de aplicación del convenio, pero opcional para las personas trabajadoras que estarían facultadas, ante la ausencia de la garantía de responsabilidad solidaria, al menos para elegir la empresa que más les conviniese, evitando los riesgos antes advertidos.

Sobre esta cuestión se ha afirmado (Cuenca Alarcón, 2003) –con inspiración en la solución aplicada por la jurisprudencia francesa– que podría decirse que la garantía de empleo del artículo 44 del ET puede ser extendida a situaciones diferentes de las previstas en él, en tanto que presenta carácter de derecho necesario relativo, pero los efectos de esa garantía (automatismo) presentan carácter de derecho necesario absoluto, pues –como se ha señalado anteriormente– estos regímenes convencionales no pueden ser objeto de comparación, necesariamente, en términos de mayor favorabilidad respecto del régimen legal.

Así, este autor acepta la intervención colectiva en este terreno, con apoyo en la doctrina constitucional que reconoce la inexistencia de límites generales que sustraigan a la negociación colectiva la regulación de las relaciones laborales y del ejercicio de derechos

(rec. 1448/2001) y 26 de junio, 9 de octubre, 13 de noviembre de 2002, y 18 de marzo y 8 de abril de 2003–, 18 de septiembre de 2002 (rec. 48/2001) y 20 de octubre de 2004 (rec. 4424/2003), así como las SSTS de 12 de marzo y 27 de diciembre de 1997 (recs. 2639/1996 y 1727/1997), 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992) y 23 de febrero de 1994 (rec. 1065/1993).

fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril, y 95/1985, de 29 de julio), así como la ausencia de una prohibición o reserva estatutaria expresa e incondicional de la regulación de la cesión o subrogación de la relación laboral fuera de los supuestos previstos en el ET. Pero plantea, asimismo, que la configuración de la sucesión como un efecto legal imperativo, dirigido a salvaguardar la estabilidad en el empleo, no tiene por qué ser incompatible con el derecho de oposición de la persona trabajadora, puesto que podría delimitarse el juego del automatismo sucesorio en relación exclusivamente con las empresas, cedente y cesionaria. E incluso para la normativa estatal, como ocurre en la comunitaria, podrían aceptarse hipotéticas regulaciones que vengan a:

[...] reconocer un derecho o facultad de subingreso a favor del trabajador en situaciones en que la satisfacción de su crédito puede verse comprometida, o en situaciones en que se estima que tal satisfacción debe verse legalmente reforzada, como acontece o puede acontecer en casos en que se transmite la unidad productiva, el centro o la empresa donde aquel presta sus servicios.

Sin embargo, lo cierto es que la mayor parte de las sentencias citadas que determinan la aplicación del régimen civil de obligaciones fuera del supuesto del artículo 44 del ET están referidas a casos de cambio de empresa en el marco de los pliegos de condiciones de los contratos y concesiones administrativas (concretamente el caso Aena), pero no a las cláusulas de subrogación impuestas por la autonomía colectiva. Y de lo que se trata aquí es de determinar si el efecto subrogatorio automático previsto por el artículo 44 del ET, en su vertiente exoneradora del consentimiento individual de cada persona trabajadora, puede derivarse también, más allá del ámbito de aplicación de dicho precepto, de otras fuentes incorporadas al ordenamiento jurídico como son los convenios colectivos.

En realidad, en general, es posible afirmar que nuestros tribunales no se han mostrado tradicionalmente reacios al juego automático del régimen convencional y suelen aceptar este como una vía de «imposición» de la subrogación, que cuenta con base legal suficiente en la eficacia normativa y general de los convenios colectivos (art. 82.3 ET), e incluso constitucional, en la fuerza vinculante referida en el artículo 37.1 de la CE.

2.3. El doble filo de la nueva concepción jurisprudencial acerca de la aplicación de la sucesión de plantilla. Una propuesta de reforma legal

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, lo cierto es que la necesidad de búsqueda de soluciones, en este concreto momento, ha perdido su urgencia, en la medida en que, en la práctica, a corto plazo, la mayor parte de los problemas planteados encuentran solución mediante la rectificación de doctrina operada por la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016).

En efecto, en la situación actual, en que la mayor parte de los sectores en los que son habituales las contratatas y, especialmente, en los que predominan las llamadas actividades «desmaterializadas» cuentan con previsiones en los convenios colectivos correspondientes imponiendo la subrogación de la nueva contratista en las relaciones laborales de la anterior, la aplicación –indirecta, pero cuasi automática, bajo la nueva concepción jurisprudencial– de la responsabilidad solidaria del artículo 44 del ET por efecto de la doctrina de sucesión de plantilla dará solución inmediata a la gran mayoría de los casos planteados. Únicamente quedarán excluidos del régimen de responsabilidad solidaria los supuestos, muy excepcionales, en los que no exista aplicación del supuesto de hecho del artículo 44 del ET, ni previsión en convenio colectivo, salvo en caso de asunción voluntaria de un núcleo esencial de personas trabajadoras de la contratista anterior.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, es posible anticipar a medio/largo plazo mayores problemas. En efecto, previsiblemente, a la vista de la aplicación de este régimen más oneroso que llevará aparejado la negociación de cláusulas de subrogación en convenio colectivo, se puede generar cierta animadversión del lado empresarial, y conducir a la reducción de este tipo de acuerdos y, tal vez, a su paulatina desaparición.

Ante esta hipotética situación, parece conveniente ensayar un nuevo texto legal –o, más bien, una mejor definición del ya existente– que dé cabida a los supuestos problemáticos analizados y no haga depender de la voluntad de las partes negociadoras de los convenios colectivos la aplicación del necesario régimen legal de responsabilidad solidaria.

En efecto, en las contratatas relativas a actividades en las que los elementos patrimoniales no gozan de gran protagonismo (vigilancia, limpieza, etc.), si a las dificultades –que ya hemos ido viendo– para la aplicación del artículo 44 del ET en caso de no existir previsiones convencionales que den lugar a la doctrina de la sucesión de plantilla sumamos el hecho de que (salvo en el supuesto en que, excepcionalmente, la empresa arrendataria de los servicios contratados se dedique a estas mismas actividades) normalmente tampoco habrá lugar a responsabilidad solidaria de esta como consecuencia de la exigencia del requisito de propia actividad por el artículo 42 del ET, resulta todavía más patente que las personas trabajadoras adscritas a estas contratatas quedan en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de un tratamiento legal de protección más específico. El agravio comparativo para las personas trabajadoras empleadas en estas contratatas es doble, puesto que, al hecho de no poder dirigirse directamente a la empresa comitente por no tratarse, por lo general, de contratatas correspondientes a su propia actividad, sino accesorias o no inherentes a su proceso productivo, se une el hecho de que las dificultades de aplicación del artículo 44 del ET, en caso de que no existieran cláusulas convencionales subrogatorias, derivaría, probablemente, en la pérdida de su empleo, salvo asunción voluntaria por la contratista entrante. Y en caso de que existieran tales cláusulas, pero no operasen conjuntamente con la doctrina de sucesión de plantilla (cabe recordar que el TS entiende que el traspaso de un núcleo esencial de personas trabajadoras puede no ser siempre suficiente si no va acompañado de ciertas «circunstancias concurrentes»), originaría que estas personas trabajadoras estarían –como suele

ser habitual– constantemente expuestas a cambios de empresa, pero sin poder dirigirse a la nueva empleadora para el cobro de las deudas pendientes de la anterior, la cual se mantiene como responsable, pero ya no es titular de la actividad, pudiendo producirse, de este modo, una especie de encadenamiento para la elusión de responsabilidades muy rayana con los efectos de la cesión ilegal de personas trabajadoras que se proscriben en el artículo 43 del ET.

En estas condiciones parece que una reforma que trate de dotar de una cobertura global a la situación de estas personas trabajadoras debería dar entrada –esta vez expresamente– en el artículo 44 del ET a todas las contrataciones en las que haya continuidad de mera actividad, si bien acompañada de ciertas circunstancias concurrentes que acrediten que se trata de un mismo negocio que ha sido transmitido entre las empresas cedente y cesionaria y garantizando, por ley, la responsabilidad solidaria de ambas. Esta medida podría venir acompañada de la exigencia de responsabilidad solidaria a quien sea contratista en cada momento y a la empresa arrendataria de los servicios, si –como ya se propone por parte de la doctrina– se eliminase del artículo 42 del ET la exigencia de que la contrata corresponda a la propia actividad principal de dicha comitente.

En síntesis, un régimen óptimo de garantías para las personas trabajadoras de estas contrataciones típicas de servicios auxiliares sería extender la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET para todo tipo de contrataciones (ya sean de propia actividad o accesorias) e incluir en el artículo 44 del ET una referencia a estas contrataciones –ahora llamadas «desmaterializadas»–, para las que seguiría siendo necesario el mantenimiento de una entidad económica que conserve su identidad entendida como continuidad de la misma actividad o análoga con unas circunstancias concurrentes que, en este caso, no existiendo elementos patrimoniales de consideración, tendrían que estar relacionadas con otro tipo de elementos de activo inmaterial (mantenimiento de la clientela, de la marca, organización y forma de presentar el producto o prestar el servicio, etc.). Pues si en las actividades «materializadas» es la transmisión de elementos patrimoniales de activo material la que constituye e identifica, principalmente, la empresa y su continuidad, en las «desmaterializadas» son las circunstancias concurrentes relacionadas con el desarrollo de la actividad en sí misma las que prueban la continuidad de la empresa.

Me parece esta una efectiva –pero sutil– solución, puesto que desde el punto de vista de economía legislativa solo requiere una leve modificación del texto de los artículos 42 y 44 del ET y, además, armoniza perfectamente con la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, y con su interpretación por la jurisprudencia comunitaria. Pues de este modo se aglutinan –pero ahora expresamente– las distintas doctrinas acuñadas por las sentencias del TJUE: la de los medios organizados, en especial para los supuestos clásicos de sucesión de empresa que se producen mediante la transmisión de elementos patrimoniales, a los que tradicionalmente se ha referido el artículo 44 del ET, pero también para los casos de sucesión de contrataciones en actividades desmaterializadas en que sería especialmente importante el protagonismo de la doctrina de la sucesión en la actividad, entendida a través de la del conjunto de medios organizados, como continuidad de la actividad identificable por la concurrencia

de determinadas circunstancias entre las que puede encontrarse la asunción de plantilla (sucesión de plantilla), pero no necesariamente.

En efecto, a diferencia de lo que concluye nuestro TS en las últimas sentencias comentadas en que existe una exigencia de asunción de un núcleo esencial de personas trabajadoras que puede necesitar venir acompañada de determinadas circunstancias concurrentes, a mi juicio, sería posible incorporar al texto de la ley una referencia a un conjunto de circunstancias determinantes entre las que podría encontrarse solo dicha asunción de personas trabajadoras, pero también otras y no solo ella, en coherencia con la jurisprudencia comunitaria europea¹².

Al fin y al cabo, no debe resultar extraño que incorporar los criterios del derecho comunitario pueda ser el cauce idóneo para tratar de dar un criterio legal más ajustado a las realidades que la contratas demandan, que, simultáneamente, suavice la litigiosidad interna y también el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de nuestro país y las ulteriores rectificaciones de doctrina.

Así, acompañando la redacción actual del artículo 44 del ET pensada para los supuestos tradicionales de transmisión de empresa, cabe proponer una referencia expresa nueva a las contratas que especifique que la entidad que mantenga su identidad puede estar basada en esa misma transmisión de elementos de activo material cuando se trate de contratas materializadas (sin que ello implique excluir para estas la posibilidad de que exista sucesión incluso si la transmisión no afecta a dichos elementos, sino solo a intangibles como la clientela: véase la reciente STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodič) y si se trata de actividades desmaterializadas en la continuidad de la actividad con transmisión de elementos de activo inmaterial que se probaría con la presencia de circunstancias concurrentes entre las que podría mencionarse la asunción de un núcleo esencial de personal u otras (clientela, marca, imagen de producto, forma de prestar u organizar el servicio, etc.), pero sin que la asunción de parte de la plantilla de la anterior sea siempre necesaria, sino con el simple valor de una más de las circunstancias que pueden probar el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida, pero no imprescindible.

¹² En definitiva, esto no sería sino incorporar a la ley lo que la jurisprudencia comunitaria europea viene ya indicando en sentencias tan antiguas como la STJCE de 18 de marzo de 1986 (asunto C-24/85, Spijkers) que se refería a una valoración global que tuviera en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación, entre las cuales estarían, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad, que haya habido o no una transmisión de bienes inmateriales, que la nueva empresa se haga cargo o no de la mayoría de las personas trabajadoras, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin que sea necesario que existan relaciones contractuales directas entre empresa cedente y cesionaria, pudiendo también producirse la cesión a través de una tercera persona –por ejemplo, una propietaria o arrendadora– (Sentencias de 7 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, Merckx y Neuhuys; 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen; y 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco), y sin que importe tampoco si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (Sentencias de 17 de diciembre de 1997, asunto C- 287/86, Ny Mølle Kro; y 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen).

Se evitaría por esta reforma, al actuar sobre el texto de la propia ley, que, a raíz de la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016), la eventual desaparición de cláusulas convencionales de subrogación perjudique la estabilidad en el empleo de estas personas trabajadoras, operando sin necesidad de convenio la continuidad de la plantilla, por el mismo mandato de la ley actual¹³, que quedaría ahora más particularizado y específico, y quedando excluidos solo los supuestos en los que no hay continuidad de la actividad (o cambios en su configuración producidos al tiempo del cambio de contrata que no permitan la identificación de la misma) o, cuando existiendo tal continuidad, esta no venga acompañada de la transmisión de elementos de activo material (en las contratas materializadas) o de circunstancias que acrediten la transmisión del activo inmaterial (clientes, marca, plantilla, etc.) en las restantes contratas. Fuera de estas excepciones, las personas trabajadoras conservarían su empleo, por ley, y quedarían dotadas de una vía múltiple para hacer efectivos sus derechos: la comitente y la contratista actual, por virtud de los cambios en el artículo 42 del ET, y las contratistas anteriores a la actual junto con esta, por la responsabilidad solidaria del artículo 44 del ET respecto de las deudas anteriores a cada nueva contrata¹⁴.

¹³ En este sentido existía ya una antigua doctrina jurisprudencial basada en la identificación de la empresa con la continuidad de la actividad (tracto sucesivo) con independencia del cambio de titularidad, auspiciadora de la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44 del ET a gran variedad de supuestos, entre los que podrían quedar incluidos –ya entonces– los de sucesiones de contratas, bajo sus distintas fórmulas jurídicas, de la que resulta sintética la STS (Sala 3.ª) de 20 de febrero de 1998 (rec. 6681/1992). La citada sentencia estableció que es posible concluir la existencia de una subrogación o sucesión empresarial contemplada en el artículo 44 del ET al producirse un tracto sucesivo entre la anterior empresa y la siguiente que explota una misma instalación, dedicándose a la misma actividad y con las mismas personas trabajadoras, y resume que:

A este respecto, resulta aplicable la doctrina de las Sentencias de esta misma sala de 18 de julio de 1995, 3 de marzo y 28 de noviembre de 1997, según las cuales son múltiples los mecanismos a través de los cuales puede producirse el cambio de titularidad de la empresa por «actos inter vivos», tanto «por cualquier tipo de convención, cesión, permuta –venta, etc.–, o por circunstancias impuestas –venta judicial, caducidad de servicios, etc.– que vienen a constituir la especie del cambio "trasparente", como por factores o circunstancias "de facto" –mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial– que, a su vez, integran el requisito del "tracto directo"... que constituyen los cambios no transparentes». Lo que supone, como ha señalado la Sentencia de la Sala Cuarta de este tribunal de 2 de febrero de 1988, que «la transmisión, de un titular a otro, de la empresa en el supuesto de que queden afectadas las relaciones, ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta».

¹⁴ Según la STS de 11 de mayo de 2017 (rec. 1921/2015), esta responsabilidad solidaria hay que entenderla no solo de la empresa contratista actual respecto de las deudas pendientes de la contratista anterior, sino que incluye también las deudas pendientes de las anteriores respecto de las que esta asumió responsabilidad, como una especie de responsabilidad solidaria en cadena:

[...] la concurrencia del fenómeno de la sucesión empresarial obliga a sostener que la empresa cesionaria ha de asumir las deudas salariales de la cedente, sin que pueda excluirse de tal obligación aquellas que, a su vez, hubieran sido adquiridas de una cedente anterior. Nada permite afirmar que la única responsabilidad sea la de la empleadora final.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Alcolea, Manuel. (2003). Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratatas. En Ángel Luis de Val Tena y Juan Rivero Lamas (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 257-276). Aranzadi Thomson Reuters.
- Baz Rodríguez, Jesús. (2002). Transmisión y sucesión de empresa. En Luis Enrique de la Villa Gil (Dir.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.iustel.com/>.
- Cuenca Alarcón, Miguel. (2003). Autonomía colectiva y autonomía individual en los regímenes sucesorios contractuales. (Comentario a la STS de 30 de abril de 2002). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 775-786.
- Madrigal Esteban, María Jesús y Martínez Saldaña, David. (2015). La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 40, 33-51. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4745/documento/art03.pdf>.
- Perea Montes, Teresa. (2012). El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28.
- Rodríguez Izquierdo, Raquel. (2007). Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud. Comentario de la STSJ Cataluña, de 13 de enero de 2006 (AS 2007, 2301). *Aranzadi Social*, 3, 3.043-3.050.
- Sala Franco, Tomás. (2005). Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos. *Actualidad Laboral*, 1, 1.016-1.042.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.
- Vizcaíno de Sas, Fernando. (18 de abril de 2011). La sucesión empresarial en el caso de las contratatas. Comentario de actualidad a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011. *DiarioJurídico.com*. <https://www.diariojuridico.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/la-sucesion-empresarial-en-el-caso-de-las-contratatas-comentario-de-actualidad-a-raiz-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-20-de-enero-de-2011.pdf>.





Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social

Amparo Esteve Segarra

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valencia

Magistrada suplente. Sala de lo Social. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

amparo.esteve@uv.es

Extracto

El objeto de este artículo es abordar determinadas cuestiones relacionadas con la prueba pericial, que es utilizada en todo tipo de pleitos de incapacidad, discapacidad, accidentes de trabajo, despido y acoso, entre otros. Se tratará de perfilar algunas cuestiones prácticas sobre la proposición, admisión, práctica y valoración de las periciales médicas, informáticas, caligráficas o cuestionarios psicológicos, que pueden presentar especificidades en el orden social.

Palabras clave: prueba; proceso laboral; derechos fundamentales; pericial; registro informático.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de revisión: 07-11-2020 / Fecha de aceptación: 09-11-2020

Cómo citar: Esteve Segarra, Amparo. (2021). Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 47-78.





Practical aspects of the expert evidence in the social order

Amparo Esteve Segarra

Abstract

The purpose of this article is to address certain issues related to expert evidence, which is used in all types of disability, handicap, work-related accidents, dismissal, harassment, among others. It will try to outline some practical questions about its proposition, admission, practice and assessment of medical, computer, calligraphic or psychological questionnaires, that may present specificities in the social order.

Keywords: evidence; labor process; fundamental rights; expert; computer record.

Citation: Esteve Segarra, Amparo. (2021). Practical aspects of the expert evidence in the social order. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 47-78.



Sumario

1. La diversidad y amplitud de la pericial en el orden social
 2. Peculiaridades de la prueba pericial en el orden social frente al proceso civil
 3. ¿Quién puede ser perito/a?
 4. Aportación de parte y motivos de denegación de la práctica de periciales
 5. La práctica de la prueba pericial en el juicio oral
 - 5.1. La ratificación del dictamen
 - 5.2. La presentación oral y escrita del informe
 - 5.3. Actuaciones frente a la pericial de contrario
 - 5.4. ¿Es posible tachar a un perito/a o proceder a su recusación en el orden social?
 6. Valoración de las periciales por el órgano juzgador de instancia y posibilidades de revisión en recurso
 7. Las periciales médicas, en particular de personal facultativo forense
 8. La autorización judicial de determinadas periciales que pudieran vulnerar derechos fundamentales
 9. Las periciales informáticas o electrónicas
 10. La pericial caligráfica
- Referencias bibliográficas



Da mihi factum, dabo tibi ius.

Adagio latino

1. La diversidad y amplitud de la pericial en el orden social

En muchos casos, la resolución de un conflicto judicial tiene como dificultad principal no el derecho sustantivo de aplicación, ni la jurisprudencia que lo interpreta, que pueden obtenerse fácilmente con un clic en bases de datos, sino la prueba de unos hechos. Y dentro de los diferentes medios de prueba, se produce la paradoja de que un proceso como el social, que tiene como principio esencial la oralidad, los dictámenes técnicos son esenciales. No pocas resoluciones judiciales en la jurisdicción laboral se basan en un detallado y razonado informe pericial para la redacción de los hechos declarados probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

Es obvio que la prueba pericial se utiliza extensamente en el orden social. El ejemplo más evidente está en los pleitos de incapacidad o sobre la valoración de la discapacidad, en los que es un elemento imprescindible, por basarse en un cuestionable e insatisfactorio sistema para las personas justiciables y los órganos judiciales, donde a la postre un órgano judicial experto en derecho debe decidir sobre cuestiones médicas. En los pleitos por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, un minucioso informe pericial es casi imprescindible para interpretar y determinar el complejo baremo de accidente de tráfico, al igual que también en los pleitos de graduación de discapacidades que cuentan también con un baremo de valoración poco inteligible para las personas profanas en cuestiones clínicas. Además, las periciales contables pueden, entre otros ejemplos, permitir entender balances mercantiles y determinar la posible justificación de una medida de restructuración empresarial y su incidencia en el volumen de empleo o valorar adecuadamente determinadas operaciones societarias en grupos.

En otro orden de cosas, las periciales instrumentales están adquiriendo cada vez mayor importancia. Un exponente clásico de las periciales que aparecen como mecanismo de apoyo de otros medios de prueba son las caligráficas o de cotejo de letras, que pueden servir como elemento para dotar de valor probatorio a pruebas documentales. En algún caso, la pericial instrumental ya no es que sea conveniente, sino que deviene imprescindible para la aportación de determinados medios de prueba, como ocurre con los discos táctografos, donde se ha sentado doctrina sobre su necesaria interpretación a través de

prueba pericial, pues su lectura y contenido son de imposible apreciación sin disponer de los conocimientos científicos o prácticos necesarios¹.

Sin embargo, además de estas clásicas periciales instrumentales, cada vez son más importantes los peritajes digitales para garantizar la exactitud y autenticidad de correos electrónicos, mensajería instantánea o mensajes en las redes sociales, registros del ordenador, e indagación en todo tipo de archivos o medios de reproducción de la palabra, imagen o sonido. El teletrabajo y la digitalización de las relaciones laborales han hecho que determinados dispositivos y el contenido de los mismos sean un elemento de prueba imprescindible, pero, en claro contraste, la forma de realizar y aportar al proceso las periciales no cuenta con directrices claras.

Otros elementos conflictivos que atañen a la prueba pericial se relacionan con temas clásicos y no cerrados, pese a los intentos de la legislación en la regulación de la prueba pericial en el artículo 93 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), como es la intervención del médico/a forense. La posición poco pacífica de las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) continúa planteando dudas cuando quien lo solicita goza del beneficio de justicia gratuita *ope legis*.

Por si ello no fuera suficiente, la situación de pandemia ha acelerado algunos cambios como la posibilidad de juicios telemáticos no regulados normativamente, pero donde se han establecido guías de actuación², en los que resulta difícil articular un equilibrio entre los clásicos principios de oralidad y de intermediación propios del orden social y la práctica de pruebas periciales y testificales con las debidas garantías³.

2. Peculiaridades de la prueba pericial en el orden social frente al proceso civil

El carácter escueto de la regulación de la prueba pericial en el proceso laboral, contenida en un único precepto general, el artículo 93 de la LRJS, comporta que la más amplia regulación prevista en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para este tipo de prueba (arts. 335 y ss.) se proyecte en el ámbito del proceso laboral, si bien con notables especialidades.

¹ Al respecto, han precisado diversas sentencias que en ningún caso resulta admisible que los discos se acompañen de un listado de jornadas y horas extraordinarias realizadas por una persona trabajadora sin la debida pericial. Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de noviembre de 2016, rec. 1961/2015, y Auto del TS de 27 de marzo de 2019, rec. 4112/2016.

² *Vid.* la aprobación en mayo de 2020 por parte del Consejo General del Poder Judicial de la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas».

³ Sobre las dificultades y posibles soluciones para los diferentes medios de prueba, *vid.* Gómez Esteban (2020).

La primera particularidad es que no es exigible que las partes que pretendan utilizar prueba pericial acompañen los dictámenes a la demanda o a la contestación a esta, sino que normalmente en el proceso laboral se presentan directamente en la vista oral (Alfonso Mellado, 2002, pp. 21 y 23). En algún caso es preceptivo enviar el informe pericial previamente en el orden social, como en la modalidad procesal de impugnación de un despido colectivo para pruebas de especial complejidad (art. 124.10 LRJS)⁴. Sin embargo, con carácter general, el artículo 93 de la LRJS establece que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio. De hecho, lo más frecuente en el orden social es su aportación directa a la vista como estrategia procesal de no dar pistas al contrario hasta el juicio de las pruebas utilizadas por cada parte. Ello no es óbice de que a veces también las periciales se pueden aportar con la demanda, como, por ejemplo, suele ocurrir en demandas de solicitud de determinadas prestaciones de Seguridad Social.

Ello introduce una notable diferencia con lo previsto en los artículos 265.1.4.^a y 336 de la LEC, que establecen que los dictámenes periciales en los que las partes apoyen sus pretensiones deben acompañar a la demanda o a la contestación a esta, con tres alteraciones, a saber: en primer lugar, la excepción prevista en el artículo 337 de la LEC⁵; en segundo lugar, la petición de una parte de designación judicial de una pericial cuando lo estime conveniente o necesario conforme a lo previsto en el artículo 339 de la LEC; y, en tercer lugar, también se exceptúa del principio de aportación de parte en la demanda o contestación el supuesto de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso deberá simplemente anunciar sus periciales en la demanda o en la contestación a esta.

La segunda especialidad es que el proceso laboral apostó decididamente por los informes a instancia de parte para evitar los complejos trámites establecidos en la antigua LEC para el nombramiento de peritos/as. De ahí que, en textos anteriores, se hiciera referencia expresa a la inaplicación de la insaculación de peritos/as prevista en la LEC de 1881, que es un sistema de gran complejidad procedimental⁶. Este método de insaculación de peritos/as

⁴ Se impone la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto del juicio, de la prueba documental o pericial de la que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.

⁵ Este precepto prevé que, si no fuera posible la aportación de dictámenes por las partes:

[...] junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso 5 días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.

Este sistema de aportación a la audiencia previa o a la vista también se prevé para los dictámenes cuya procedencia se determine a partir de actuaciones procesales posteriores a la demanda conforme a lo previsto en el artículo 338 de la LEC.

⁶ *Vid.* base 19 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de bases del procedimiento laboral, que aludía a que no era aplicable al orden social la insaculación de peritos/as.

desapareció del orden civil y se introdujo en la LEC de 2000⁷ un procedimiento diferente de nombramiento de peritos/as para auxiliar al órgano judicial, con un sistema de designación judicial, previendo primero la posible designación de común acuerdo de las partes (art. 339.4 LEC), y, a falta de acuerdo, por el sistema de sorteo y después de lista corrida previsto en el artículo 341 de la LEC. Sin embargo, dicho procedimiento de designación judicial de perito/a tiene una aplicación muy residual en el orden social (Ollé Sesé, 2016), fuera de los casos de titulares del beneficio de justicia gratuita y del recurso al médico/a forense, que, por otra parte, se aparta del sistema de designación judicial de peritos/as previsto en la LEC.

El sistema resultante en la LRJS, si bien es acorde con el principio de concentración y celeridad, presenta algunos inconvenientes, esencialmente porque al no fragmentarse en dos momentos, la proposición y práctica de la prueba, hay un cierto elemento de sorpresa, y resulta difícil contratar las periciales presentadas por la otra parte. Segalés Fidalgo (2003) insiste en que la propia fugacidad del juicio oral provoca un especial protagonismo del órgano judicial y una apertura hacia el principio inquisitivo propio del orden penal. Sin embargo, el autor critica una excesiva propensión por garantizar el principio de celeridad en el proceso de trabajo, en particular en cuanto al control de pertinencia de las pruebas, que va en menoscabo de las debidas garantías y del descubrimiento de la verdad material. Ello es consecuencia del carácter fuertemente concentrado del juicio laboral, donde la proposición y la práctica de la prueba se realizan en un mismo momento (pp. 5-6 y 45).

No obstante, la LRJS ha establecido determinados mecanismos correctores frente a la imprevisibilidad de determinadas pruebas periciales presentadas directamente a la vista, pero ha de advertirse que estas previsiones han tenido un desigual uso.

La primera de estas salvaguardas es el traslado previo entre las partes de la prueba pericial de la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.4 de la LRJS, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo. Se establece que, de oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de una prueba pericial de estas características. Sin embargo, lógicamente, esta posibilidad exige que se prevea la presentación de esta prueba pericial, lo que no siempre es posible anticipar.

El segundo mecanismo corrector del principio de concentración en juicio de la proposición, admisión y práctica de la prueba, mucho más solicitado en la práctica, es la posibilidad de realizar conclusiones complementarias, por escrito, en soporte preferiblemente informático, sobre pruebas periciales complejas o voluminosas. Esta posibilidad, que no

⁷ Dicha ley en su exposición de motivos señaló precisamente que una de las reformas esenciales de la ley de 2000 fue la introducción de los dictámenes de peritos/as designados por las partes y la reserva de la designación por el tribunal de perito/a para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario.

derecho, está prevista en el artículo 87.6 de la LRJS. Dicho precepto, no obstante, depende de la aquiescencia del órgano judicial, pues el órgano judicial podrá o no concederlo.

3. ¿Quién puede ser perito/a?

Es común afirmar que, respecto a las condiciones que debe reunir un perito/a y la obligación de juramento y promesa, son plenamente aplicables las reglas de la LEC al proceso social. De entrada, se exige que posea la titulación oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen (art. 340 LEC). Ahora bien, una cuestión que suscita alguna duda es si el perito/a ha de estar colegiado en todos los supuestos para poder actuar en juicio, dado que en el orden social no es habitual la figura del perito/a testigo, por ejemplo, al utilizarse personas empleadas de una empresa con conocimientos técnicos para realizar periciales a favor de la misma. Lo cierto es que el artículo 335 de la LEC exige que el perito/a aportado por las partes posea los conocimientos, no que tenga la colegiación. El artículo 341 de la LEC establece un sistema que otorga prevalencia a los peritos/as colegiados a los efectos de efectuar una designación judicial del perito/a⁸, pero, como se ha indicado anteriormente, este sistema de designación judicial tiene aplicación residual en el orden social. Por otra parte, el apartado segundo del artículo 341 de la LEC prevé la posibilidad de designar judicialmente a personas con conocimientos prácticos o entendidas en una materia, si bien con carácter residual y sujetas a los requisitos establecidos en el artículo 341 de la LEC. Lo cierto es que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha venido a reconocer que la colegiación para actuar como perito no es obligatoria en algunos casos⁹. Concretamente, no se exige colegiación si el perito/a es entendido en un área donde no se requiere en todo caso colegiación oficial, salvo que sea un perito/a designado judicialmente¹⁰.

En otro orden de cosas, ha de aclararse que a través de la prueba pericial se trata, en general, de incorporar máximas de experiencia a la causa laboral, aunque existen periciales con un objetivo distinto, como la fijación del valor de unos bienes, en el caso de los peritos/as

⁸ En este sentido, el artículo 341.1 de la LEC señala:

En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos [...].

El sistema ha sido completado por la [Instrucción 4/2003 del Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales](#).

⁹ Para un comentario en el proceso civil, *vid.* Orellana de Castro (2020, p. 31).

¹⁰ La titulación del perito/a solo es exigible cuando se refiere a los peritos o las peritas designados judicialmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de enero de 2005, rec. 850/2003). En cambio, el artículo 335 de la LEC, cuando se refiere a los peritos/as designados por las partes, indica que deben poseer los conocimientos correspondientes sin aludir a requisitos de titulación (Sentencia del TSJ –STSJ– de Madrid de 15 de julio de 2013, rec. 481/2013).

tasadores de bienes en fase de ejecución, o la concreción del alcance de una condena en la ejecución de una sentencia de conflicto colectivo (art. 247.1 g) LRJS). Esta última pericial trata de determinar las personas trabajadoras afectadas y las cantidades objeto de condena a través de una pericial, remitiéndose al trámite incidental del artículo 238 de la LRJS si se discute la misma (Molins García-Atance, 2018).

Pero fuera de estos casos, las periciales tienen la finalidad de exponer sobre hechos, cuya debida apreciación por parte del órgano judicial requiere de una persona experta en un saber técnico, artístico, científico o práctico. La exigencia de declarar sobre hechos implica que no caben periciales de derecho, pues, por una parte, el derecho no está, como regla general, necesitado de prueba, ni siquiera, aunque este sea complicado. De manera que, en no pocas ocasiones, se han rechazado como pruebas y llevado a la carpeta de *instructa* informes de catedráticos/os de derecho por considerar, con razón, su aportación como prueba improcedente e irrelevante.

Por otra parte, los conocimientos de derecho son, por definición, los únicos excluidos de prueba por juicio de autoridad. No se olvide además que, a través de una pericia, se trata de aportar un saber del cual el órgano judicial no dispone, por lo que los conocimientos en derecho se presuponen, conforme al principio *iura novit curia*.

4. Aportación de parte y motivos de denegación de la práctica de periciales

La aportación de las periciales corresponde a cada parte, de acuerdo con la regla general en materia de carga de la prueba. Cada parte designa sus peritos/as (art. 336.1 LEC), salvo personas beneficiarias de justicia gratuita con derecho a prueba pericial conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En principio, ello presupone una solicitud por la persona beneficiaria de una prueba pericial determinada. En los casos en los que no fuera posible la prestación de asistencia pericial por peritos/as dependientes de los órganos jurisdiccionales o por personal dependiente de la Administración, si el órgano judicial lo estima pertinente, en resolución motivada, se procederá al sistema de designación previsto en los artículos 341 y siguientes de la LEC para quienes gozan del beneficio de justicia gratuita (art. 339 LEC). El sistema de designación judicial de peritos/as, fuera de estos casos de personas beneficiarias de justicia gratuita, prácticamente no se ha utilizado nunca en el orden social, aunque sí se ha recurrido a él en algún caso, cuando precisamente el dispositivo sobre el que se quería practicar la pericia no estaba en poder de ninguna de las partes¹¹.

¹¹ Vid. STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003 (rec. 1759/2003). En el supuesto se discutía el registro de un ordenador de un trabajador despedido por visionar pornografía, entre ella, pornografía infantil con el ordenador de la empresa. En el caso se había designado un perito por designación judicial siguiendo el sistema de sorteo. La sentencia rechazó que dicha designación judicial vulnerara las reglas específicas en materia de prueba pericial previstas en la norma forense en el orden social.

En relación con recepción judicial de estas pruebas aportadas de parte, la regla general es su admisibilidad, salvo las siguientes excepciones. En primer lugar, que las pruebas periciales se consideren impertinentes o inútiles, es decir, que no guarden relación con el pleito o no contribuyan a esclarecer los hechos (arts. 283 LEC y 87.1 LRJS). En segundo lugar, tampoco han de admitirse las pruebas periciales que se hayan obtenido ilícitamente vulnerando derechos fundamentales. En este caso, ante un cuestionamiento de este tipo, ha de seguirse el procedimiento previsto en el artículo 90.2 de la LRJS. En tercer lugar, la regla general de admisibilidad de las pruebas periciales propuestas por las partes tiene una importante excepción con la solicitud de intervención del personal con conocimientos médicos forenses, a la que luego se hará referencia.

La admisión de pruebas solicitadas en la demanda no comporta necesariamente la práctica, ya que la admisión de la prueba propiamente se ha de realizar al acabar el trámite de alegaciones y previo recibimiento del pleito a prueba¹². La admisión de una prueba no permite reclamación o protesta de ningún tipo, salvo que se alegue que en su obtención se han violado derechos fundamentales (art. 90.2 LRJS). Cuando se produzca esta impugnación, el órgano debe resolver lo que proceda, tras oír a las partes, que pueden practicar prueba sobre esta cuestión y, en caso de que se estime necesario por el órgano judicial, acudir a diligencias finales (art. 88 LRJS). Si se deniega que la prueba propuesta haya vulnerado derechos fundamentales en ese momento, contra esta decisión del órgano judicial cabrá interponer remedio de reposición oralmente en el mismo acto de juicio, que será resuelto, también de forma oral, en ese mismo acto, sin perjuicio de que luego pueda recurrirse contra la sentencia.

¹² En este sentido, el TS ha señalado en Sentencia de 17 de enero de 2007 (rec. 16/2005):

[...] a pesar de que la recurrente se queja de que le fue admitida una prueba y después no fue practicada, la realidad no fue la que ella alega por cuanto lo que hizo la parte, en cumplimiento de lo previsto en el art. 90.2 LPL, fue solicitar la colaboración judicial para la práctica de una prueba que le interesaba, y lo que hizo la sala fue prestar esa colaboración que no tiene otra razón de ser que la de facilitar la posible celebración del juicio con todas las garantías, pero en ningún caso se puede sostener que ese acto de colaboración equivalga a una decisión de admisión de tal medio de prueba por cuanto, tanto la proposición como la práctica de cualquier medio de prueba solo puede tener lugar después del trámite de alegaciones y después del recibimiento del juicio a prueba en cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 87 y concordantes de la LPL; hasta ese momento las partes habrán podido anunciar su interés en la práctica de determinados medios probatorios, cual suelen hacer de hecho en las demandas (y aquí se produjo), y habrán podido solicitar la colaboración judicial para hacer posible la aportación y práctica de algunas pruebas que de otra manera sería imposible llevar a la práctica, pero el auténtico momento procesal para proponer esas pruebas es el posterior al trámite de alegaciones, pues solo entonces puede conocer con plenitud cada parte la posición procesal definitiva de la contraria y también el tribunal hasta el punto de que se han podido prever con antelación pruebas que luego resulten innecesarias (cual ocurre si hay expreso reconocimiento de hechos concretos) al igual que puede surgir sobre la marcha la necesidad de nuevos medios con los que no se contó desde el principio. Por lo tanto, no estamos en términos procesales auténticos en presencia de una prueba admitida y no practicada, como sostiene la recurrente, sino ante una formal proposición y admisión de pruebas hechas ambas de forma irregular y en tiempo inadecuado, lo que se corrobora en el hecho de que en la propia «proposición» no se mencionara ni cuáles habían de ser los documentos ni quiénes los testigos.

El sistema previsto en dicho precepto no acaba de resultar satisfactorio, pues en la práctica normalmente el órgano judicial necesitará admitir y practicar dicha prueba para dilucidar si ha habido vulneración de un derecho fundamental, lo que comporta dos consecuencias.

En primer lugar, que este asunto se resolverá normalmente en la sentencia, pues lo más habitual es que el órgano judicial postergue a ese momento la decisión de si una prueba ha violado o no derechos fundamentales conforme al juicio de proporcionalidad. De manera que, en la práctica, lo usual es que se deje realizar la prueba, reservándose el órgano judicial la apreciación *a posteriori* de si la prueba practicada vulnera derechos fundamentales. Si se estima dicha vulneración, se priva de valor a la prueba practicada, declarándolo así en la sentencia que se dicte.

En segundo lugar, que, de haberse practicado la prueba en el juicio, como es lo habitual, la eventual vulneración de los derechos fundamentales se habrá materializado aún más, pues junto a la obtención de una prueba ilícita se producirá también su práctica, aunque luego se la prive de valor. La insatisfacción que ha provocado este sistema ha conducido a propuestas de cambio de la regulación, quizá realizando un incidente de inadmisión específico sobre pruebas que violen derechos fundamentales.

En todo caso, frente al rechazo judicial de una prueba pericial, la parte podrá formular la correspondiente protesta si entiende que no hay causa para ello (art. 87.2 LRJS). Dicha protesta deberá constar en la grabación o en el acta del juicio, consignando la prueba propuesta, la denegación y las razones aducidas por el órgano judicial para fundamentar la misma. Dicha protesta previa es requisito *sine qua non* para alegar la denegación de la prueba como motivo de recurso contra la sentencia que se dicte y que este motivo pueda prosperar y declarar una eventual nulidad de actuaciones procesales en un recurso de suplicación ex artículo 193 a) de la LRJS o en sede de recurso de casación (art. 207 c) LRJS). Los motivos de denegación están tasados, sin que se admitan otros, como la extemporaneidad de la aportación de una prueba pericial antes del juicio (a), el carácter parcial de un perito o una perita (b) o la falta de habitualidad de una prueba en el orden social (c).

- (a) En cuanto a la no aportación previa del peritaje, recuérdese que solo en un caso es preceptivo enviar el informe pericial previamente en el orden social. Se trata del proceso de impugnación de un despido colectivo para pruebas de especial complejidad (art. 124.10 LRJS), donde se impone la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto del juicio. Sin embargo, la falta de cumplimiento de dicho plazo no podrá comportar la inadmisión de la prueba¹³.

¹³ STS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 97/2013), con voto particular de seis magistrados de la sala. Se enjuiciaba un despido colectivo en el Ayuntamiento de Estepona en el que la representación de las personas trabajadoras no había aportado pruebas con el plazo de 5 días de antelación a la fecha de la vista (se presentó 1 día antes del inicio). En instancia, el TSJ consideró que no se había aportado con

- (b) En cuanto al carácter parcial de la perita o del perito, no es un motivo que pueda fundamentar la falta de admisión de una prueba pericial propuesta por la parte. De hecho, cuando se ha rechazado por esta razón la práctica de la prueba pericial, ello ha conducido a la nulidad del juicio, siempre previa protesta de la parte perjudicada por esta inadmisión por causarle indefensión¹⁴.
- (c) Como quiera que el principio general ha de ser la admisión de la prueba pericial propuesta por la parte en garantía de su derecho de defensa (art. 24 Constitución española –CE–), no cabe descartar ningún tipo de prueba por inhabitual que resulte la misma. De este modo, aunque las pruebas periciales más usuales son las de reconocimiento médico, las contables, las caligráficas y las informáticas, no resultan imposibles en el orden social otras pruebas, como las de ADN a través de saliva o sangre para identificar a un sujeto¹⁵. Obviamente, estas pruebas, al afectar derechos fundamentales, requerirán autorización judicial conforme a lo previsto en el artículo 90.4 de la LRJS cuando estas resulten necesarias conforme al principio de proporcionalidad y seguir la normativa de protección de datos biométricos [art. 9.1 Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos].

En todo caso, más que la denegación de una prueba pericial, suele ser común que el órgano judicial no la valore en uso de sus facultades de apreciar los medios probatorios con arreglo a la sana crítica. Ahora bien, dentro de este amplio margen de discrecionalidad judicial, no cabe que el órgano judicial realice una denegación genérica, sino que se exige una justificación, para que quepa un cierto control por el órgano judicial superior¹⁶.

la anticipación debida y que tenía complejidad suficiente para que el resto de partes tuviesen oportunidad de estudiarla con dicha antelación. Sin embargo, el TS revocó esta sentencia y declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la prueba no se había rechazado motivadamente por su posible inutilidad o impertinencia, sino por una causa de extemporaneidad en su propuesta que no está amparada razonablemente en las normas procesales aplicables (FJ 8.^o).

¹⁴ STSJ de Galicia de 27 de julio de 2000 (rec. 4303/1997), donde se anuló el juicio al rechazarse la prueba pericial.

¹⁵ STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2000 (rec. 1564/2000). El tribunal superior anuló el juicio por haberse rechazado indebidamente la prueba de huellas dactilares o pruebas de ADN para identificar al autor/a de unos mensajes con insultos y fotografías pornográficas que se recibieron en una empresa en varios sobres escritos a mano y dirigidos a los distintos departamentos de la compañía, en los que se contenía un escrito realizado en ordenador en papel similar al utilizado habitualmente en la correspondencia de la empresa. El texto previsiblemente fotocopiado y sobreimpreso en una fotografía pornográfica, que igualmente fotocopiada y difuminada, le servía de fondo, prácticamente solo permitía la identificación del autor/a o autores mediante este tipo de pruebas.

¹⁶ Se ha señalado, por ejemplo, que:

El criterio de libre apreciación judicial no puede conducir a soluciones inmotivadas o no razonables y así, por ejemplo, no basta para negar valor probatorio a estos medios el único motivo de que una de las partes niegue el reconocimiento de su voz en una grabación, cuando existe un informe pericial que confirma que la cinta no ha sido objeto de alteración ninguna (STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de febrero de 2003, rec. 3314/2003).

Ciertamente, el órgano judicial ha de expresar sus elementos de convicción y si se ha apoyado en una concreta pericial o la ha desestimado. Es decir, es conveniente que dé razones tanto de la estimación, como de la desestimación, para evidenciar que no ha hecho una selección puramente arbitraria de los medios de prueba. Ello se ha aplicado en relación con pruebas periciales en juicios de incapacidad, cuando en la sentencia no se razona nada sobre las periciales médicas aportadas por las partes, limitándose a una somera mención de que «la convicción judicial se ha alcanzado de la valoración de los informes médicos y de las declaraciones de los peritos». Ello comportaría la nulidad de la sentencia por falta de constancia de los elementos de convicción al vulnerarse la exigencia de motivación de las sentencias derivadas del artículo 120.3 de la CE¹⁷.

5. La práctica de la prueba pericial en el juicio oral

Conviene introducir algunos aspectos de la práctica de la prueba pericial, pues presenta ciertas singularidades frente a otros medios probatorios. De entrada, hay elementos previos al propio juicio, que conviene tener en cuenta ya en la contratación de la perita o del perito. Por ejemplo, es recomendable contar con una clara hoja de encargo con detalle de conceptos a minutar. Así, es particularmente útil el pormenorizar la asistencia o no al acto de vista, con o sin contradicción. Y, en este último sentido, es bueno prever de antemano el efecto de las frecuentes suspensiones de la vista. Otras cuestiones vienen referidas a la ratificación del informe, la presentación oral de las conclusiones del mismo, las posibles estrategias frente a la pericial presentada de contrario y la forma de cuestionar a las peritas o los peritos, mediante tacha o recusación.

¹⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 2010 (rec. 780/2009), donde se anula la sentencia para que explicita la selección y valoración de los distintos medios de prueba practicados a instancia de las partes, a los efectos de alcanzar el órgano judicial a *quo* la conclusión de hechos declarados probados. En su razonamiento, señala la mencionada sentencia:

[...] en el concreto litigio, que versa sobre el tema de la determinación de dolencias definitivas, la prueba pericial es medio casi insustituible para poder intentar discrepar de la descripción de dolencias que se impugna mediante la interposición de la demanda. De tal manera que, si se omite una cierta reflexión, se debe de insistir, por somera que sea, sobre el valor que se atribuye al contenido de dicha prueba médica pericial, y sobre su alcance probatorio, se está dejando casi vacía de contenido la efectividad de la tutela judicial, que parte de la concesión a las partes de la posibilidad de la utilización y ejercicio de medios de prueba idóneos a la finalidad perseguida. Que, sin duda, no tiene por qué ser una respuesta que acepte el contenido y alcance de la pericia practicada, pero que, sí que tiene que dar una cierta explicación a la parte, tiene que darse un cierto razonamiento, por mínimo que sea, de su no toma en consideración, o de la preferencia de otros distintos medios de prueba sobre ese. De tal manera que la parte pueda entender el proceso selectivo realizado, y también, se insiste, en su caso, los posteriores órganos judiciales que puedan intervenir en control de tal proceso, confirmándolo o, por el contrario, modificándolo, en los términos que permite el artículo 191 b) LPL.

5.1. La ratificación del dictamen

La prueba pericial se basa en la presentación en juicio de los informes y su ratificación. El sistema típico es la presentación de un informe escrito, en línea con el artículo 346 de la LEC, que hace referencia a la emisión escrita del informe de la perita o del perito, aunque en el orden social también se ha admitido excepcionalmente la realización de periciales orales en algún caso¹⁸.

La ratificación en el juicio tiene el sentido de que la autora o el autor del dictamen garantice la exactitud y perfecto conocimiento de lo afirmado en el informe. La vigente redacción del artículo 93 de la LRJS parece deducir que, fuera de los peritajes del personal médico o inspector que obren en los expedientes o sean de aportación preceptiva, en el resto de supuestos, la perita o el perito ha de comparecer en la vista oral para ratificar su informe. Sin embargo, ello contradice la práctica, donde muchos peritos/as suelen cobrar un precio por el informe escrito y otro por su ratificación en el juicio. Lo cierto es que alguna sentencia ha señalado que la falta de ratificación del informe será una cuestión valorada por el órgano judicial, de modo que, en los casos de peritajes realizados por peritos/as privados, puede ocurrir que se niegue la validez de un peritaje si la autoría del dictamen no lo ha ratificado¹⁹.

Como ya se ha anticipado en el orden social, conforme al artículo 93.1 de la LRJS *in fine*, la ratificación en juicio no se exige cuando se trate de informes, actuaciones obrantes en autos y documentos administrativos de aportación preceptiva según la modalidad que se trate, por ejemplo, respecto al personal médico o inspector cuyas actuaciones consten en la tramitación administrativa. La referencia a las modalidades donde existe una aportación preceptiva de informes obliga a traer a colación los casos de la modalidad procesal de clasificación profesional (art. 137 LRJS), o procesos de seguridad social por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 142.2 LRJS). Sin embargo, generalmente estos informes escritos se habían tratado como una prueba diferenciada, la prueba de informes, y, por tanto, no asimilables a la prueba pericial. Por consiguiente, una correcta inteligencia del precepto estaría referida a informes o pruebas periciales que obraran ya en autos, esencialmente por contenerse en expedientes administrativos, que deben, a su vez, aportarse al proceso. Se trataría, por ejemplo, de dictámenes de las unidades de evaluación de incapacidades o de inspectores/as que ya constan en el expediente administrativo que ha de aportarse al juicio en los procesos de seguridad social, y que, por tanto, ya son conocidos por la parte.

La novedad introducida en la LRJS de 2011 en cuanto a la no necesidad de ratificación de ciertos dictámenes fue relativa. En puridad, la doctrina judicial de suplicación ya venía entendiendo que la regla de la necesaria presencia en el acto de la vista oral de la perita o del perito, cuando se negaba el carácter pericial de informes médicos escritos no ratificados en

¹⁸ STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 1997 (rec. 1153/1997).

¹⁹ STSJ de Asturias de 14 de julio de 2020 (rec. 621/2020).

el acto del juicio por no haber sido sometidos a contradicción en la vista oral, no se aplicaba a los dictámenes de las Unidades de Valoración de Incapacidades (UVAMI)²⁰.

En todo caso, la supresión de las meras ratificaciones innecesarias del personal médico o inspector en sus previas intervenciones durante las tramitaciones administrativas responde a un principio de razonabilidad económica y funcionalidad para la Administración. Sin embargo, también ha sido objeto de críticas, que apuntan certeramente, por ejemplo, que la valoración médica del EVI del Instituto Nacional de la Seguridad Social, aun gozando de la naturaleza de prueba pericial, queda exenta de este trámite de ratificación:

[...] con lo que el criterio del médico evaluador queda inmunizado frente a cualquier tipo de inquisición oral y contradictoria. Ello [...] se nos antoja un privilegio para con esta difícilmente armonizable con el derecho constitucional a la igualdad de armas en el proceso (Vigo Serralvo, 2020).

5.2. La presentación oral y escrita del informe

La presentación del informe pericial puede hacerse por escrito o de forma verbal, pero es siempre recomendable en los casos de informe oral el apoyo de un dictamen escrito. Es conveniente que el escrito proporcione indicaciones de las premisas o elementos de base, del método y de los documentos de apoyo, y que se elaboren siempre unas conclusiones que sinteticen los aspectos esenciales; todo ello para facilitar la labor del órgano judicial. Aunque el artículo 347 de la LEC permite diferentes formas de practicar la prueba pericial: exposición del dictamen al completo, explicación del dictamen o de alguno o algunos puntos, respuesta a preguntas y objeciones sobre el método, premisas, conclusiones y ampliaciones, entre otras; lo usual será en el orden social que el órgano judicial pida a la perita o al perito que se centre en sus conclusiones o que directamente aclare algún punto oscuro, no debiendo caer en la tentación de reproducir oralmente en la vista el informe escrito.

En cuanto a la presentación oral del informe y las preguntas sobre el mismo, ha de recordarse la conveniencia de su preparación conjunta con el letrado/a, sobre todo de los aspectos más técnicos que interesa dejar acreditados en la vista. Uno de los errores más burdos en la presentación del oral de un dictamen es que el letrado/a pida al perito/a la realización de valoraciones jurídicas. Recuérdese que corresponde a los peritos/as únicamente describir hechos que requieren de un saber técnico. Por ejemplo, la calificación de una patología como ajustada a un grado de incapacidad es una competencia que no incumbe

²⁰ Así, por ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000), se desecha como argumento para hacer prevalecer un informe médico de parte sobre el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) el hecho de que hubiera sido ratificado el primero en el juicio oral.

a los peritos/as con conocimientos médicos, que han de circunscribirse a la descripción de enfermedades, o secuelas que padezca la persona trabajadora, correspondiendo íntegramente la valoración jurídica a los órganos judiciales²¹.

5.3. Actuaciones frente a la pericial de contrario

Un aspecto delicado es la conveniencia del interrogatorio del perito/a de la parte contraria. En muchos casos, en el orden social, resulta difícil elaborar las repreguntas a los peritos/as, pues los informes no se aportan hasta la vista oral, sin que exista la obligación de incorporarlos o anunciarlos en la demanda como ocurre en el procedimiento civil, donde el artículo 337 de la LEC impone el anuncio de los dictámenes periciales que no se puedan aportar en la demanda o en la contestación. En todo caso, si en el acto del juicio un letrado/a se topa directamente con una prueba pericial que por su volumen o complejidad resultara difícil someter a un juicio de contradicción con premura, resulta siempre conveniente solicitar la realización de conclusiones complementarias por escrito de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 87.6 de la LRJS.

Algunos letrados y letradas versados en los juicios laborales aconsejan directamente no preguntar, salvo que se tenga la certeza de una respuesta favorable y segura a los intereses de la parte. Lo cierto es que las repreguntas son difíciles por la inmediatez de la práctica pericial, puesto que no hay audiencia previa en el proceso laboral, con lo que han de formularse rápidamente y requieren una valoración casuística. Sin embargo, en algunos casos se puede tratar de descubrir el talón de Aquiles de la pericial ofrecida de contrario, bien a través de las repreguntas, bien en fase de conclusiones. Entre otros aspectos, se puede incidir en la falta de experiencia o especialidad del perito o la perita (por ejemplo, un médico/a general frente a un especialista); la carencia de validez de los peritajes jurídicos; la falta de credibilidad de peritajes con referencias indirectas o de terceras personas, fotografías o similares, tales como no examinar a la persona directamente, sino únicamente realizar una pericial sobre la base de documentos elaborados por otras personas. También suele criticarse que quien ha elaborado el informe no lo ratifique o sea directamente una persona distinta quien declara sobre el mismo. Otro posible elemento para cuestionar una prueba pericial es poner en duda la cadena de custodia o destacar la posibilidad de manipulación de una prueba cuando esta ha sido facilitada por una de

²¹ STS de 20 de marzo de 1981. Señala respecto a la valoración de la prueba pericial:

Corresponde al juez o tribunal, que es quien tiene que decidirla, no estando obligados a sujetarse al parecer de los peritos, quedando esa prueba sometida a la discrecional apreciación del juzgador de instancia, por lo que no puede combatirse en casación, ya que, como tiene dicho con reiteración esta sala, la calificación de las incapacidades permanentes escapa de las facultades concedidas a los peritos médicos, los que han de limitarse a describir las secuelas o enfermedades que padezca el trabajador, correspondiendo íntegramente aquella función a los tribunales.

las partes; por ejemplo, una máquina que es examinada para saber si tenía amianto, habiendo facilitado la empresa fabricante al laboratorio técnico el propio modelo de máquina, en la que podía haber hecho desaparecer la capa de amianto o fabricarla sin ella, etc.

Obviamente, los ataques al perito o la perita presentados por la parte contraria para restar credibilidad deben ser contrarrestados por el letrado o la letrada en fase de conclusiones, por ejemplo, con una exposición de dictámenes en casos similares o destacando las aptitudes y experiencia del perito o la perita aportados, la fiabilidad del método y el carácter razonado y detallado de las argumentaciones y conclusiones.

5.4. ¿Es posible tachar a un perito/a o proceder a su recusación en el orden social?

La tacha de peritos o peritas en el orden social es una cuestión controvertida frente a la que existirían dos posiciones posibles.

Conforme a la primera, cabría admitir la aplicación de la tacha de peritos/as prevista en el artículo 343 de la LEC al orden social, si bien, en un proceso oral de única instancia como en el proceso social sin audiencia previa, la tacha de peritos/as debe plantearse directamente en el acto del juicio, conforme a lo previsto en el artículo 343 de la LEC.

La segunda tesis argumentaría que, al igual que los o las testigos en el orden social no pueden ser tachados, tampoco pueden serlo los peritos o las peritas; únicamente en trámite de conclusiones, las partes pueden hacer las observaciones que tengan por conveniente sobre la veracidad, solvencia o las circunstancias que concurran en el peritaje practicado (Vicente Herrero *et al.*, 2012, p. 14).

En mi opinión, esta segunda posición es la que más se ajusta al devenir práctico de la prueba pericial en los órganos judiciales del orden social, donde la falta de tacha se presupone, puesto que se admite la intervención como peritos o peritas de médicos o médicas de la entidad gestora, de una mutua o peritos/as de parte cuyos servicios son obviamente contratados por esta. Argumento que se refuerza por cierta doctrina del TS que ha señalado que el cuestionamiento de un perito/a no debe resolverse en el acto de la vista, sino que ha de resolverse en la sentencia, al valorar el órgano judicial la prueba practicada en el juicio, pero no cabe impedir practicar la prueba en el acto del juicio por su parcialidad²².

²² Vid. STS de 29 de noviembre de 1993 (rec. 856/1992), en un caso en el que se cuestionó una pericial en la que el perito era presidente del comité de empresa y tenía interés en el pleito. El órgano judicial alteró la calificación de esta prueba en la sentencia valorándolo como un mero testigo. En la misma línea, la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2000 (rec. 2119/1997) apunta que «la tacha traslada la cuestión a la fase de valoración de la prueba en la sentencia, sin impedir, por tanto, la emisión del dictamen».

Diferente de la tacha es la posibilidad de recusación del perito/a que, aunque referenciada en la norma forense laboral, en concreto, en el artículo 89.4 c) 4.º de la LRJS, respecto al contenido del acta de un juicio, tiene escasa aplicación en la práctica. Las razones son que en el artículo 341 de la LEC la recusación de un perito/a está exclusivamente prevista para la designación judicial de un perito/a, no para los peritos/as de parte, que únicamente pueden ser objeto de tacha (arts. 124 y 343 LEC). Como quiera que la designación judicial es residual en el orden social, la recusación iría en paralelo. De hecho, en alguna sentencia donde el órgano judicial de instancia recusó de oficio a un perito/a de parte, la sentencia fue anulada por un claro defecto procesal²³. Tampoco, cuando erróneamente se ha recusado a los peritos/as de parte por la otra parte, ello no debe ser admitido por el órgano judicial²⁴.

Lo que obviamente sí cabe es que el órgano judicial, ante las acusaciones de parcialidad de un perito/a, por ejemplo, aportado por una mutua o un perito/a que había sido asesor/a de la empresa que efectuaba los despidos que se enjuiciaban²⁵, valore dicha prueba conforme a su libre apreciación judicial, sin que esta valoración pueda motivar la nulidad de la sentencia por defectos procesales²⁶.

²³ STSJ de Galicia de 24 de abril de 2000 (rec. 2119/1997). En el caso de autos se impugnaba un alta médica por un trabajador, habiendo propuesto la mutua demandada una prueba pericial, que no le fue admitida en juicio. En el acta del juicio constaba literalmente: («SS.ª declara pertinente la prueba propuesta por las partes, acordando unir la documental aportada, excepto la pericial médica por manifestar la mutua ser el perito empleado de la misma y estar así incurso en causa de recusación en los términos previstos en la LECiv. Por la letrada desea hacer constar su protesta»). En fase de suplicación, dicha recusación judicial fue considerada motivo de anulación del proceso.

²⁴ STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2015 (rec. 2631/2015).

²⁵ STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2015 (rec. 279/2015).

²⁶ SSTSJ de Cataluña de 22 de enero de 2002 (rec. 851/2001), Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2001 (rec. 87/2001) y Cataluña de 27 de febrero de 2015 (rec. 7015/2014). En el segundo pronunciamiento se explica con claridad meridiana:

[...] eran causas legítimas de recusación de los peritos, entre otras, la de haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. Tal pretensión carece de sentido en el procedimiento laboral, donde los peritos son propuestos por la propia parte que tiene interés en la práctica de dicha prueba, lo que comporta, de una u otra manera, una relación, o de dependencia, o de confianza, en la persona del técnico que se propone, y, además, también un cierto conocimiento del contenido de la pericia y de su favorabilidad a la postura mantenida en el litigio. Puesto que, en otro caso, obviamente, no sería propuesta, si su resultado fuera desfavorable al interés de la parte proponente. En definitiva, que, de aceptar la tesis del recurrente, todos los peritos serían recusables en lo laboral, dado que el pago de sus honorarios es exclusiva carga de la parte que lo propone y presenta al acto de juicio. Es decir, que existe, por mínima que sea, una relación de dependencia retributiva, respecto al cobro de los honorarios, del proponente, que invalidaría entonces toda actuación pericial, si se considerara acertada la postura mantenida por el recurrente al respecto. En definitiva, que la situación de quien se encuentre incorporado como facultativo, a la plantilla de una mutua, e intervenga como perito a su propuesta, no es distinta de la del perito que es propuesto por cualquier otra parte. Todo ello, al margen de que, indudablemente, pueda ser resaltada dicha situación en trámite de alegaciones, al igual que el resto de circunstancias de los demás intervinientes en el pleito. En suma, que, en el proceso laboral, de acuerdo con el artículo 93 de la Ley procesal laboral, la práctica de dicha prueba tiene un fundamento distinto,

6. Valoración de las periciales por el órgano juzgador de instancia y posibilidades de revisión en recurso

La apreciación de la prueba está basada en la libre apreciación judicial, que valorará la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). Respecto a este concepto, la Sala Primera del TS, en Sentencia de 15 de diciembre de 2015 (rec. 2006/2013), ha recogido su propia doctrina señalando que en la valoración de la prueba por medio de dictamen pericial se vulneran las reglas de la sana crítica:

- 1.º Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1996 [rec. 3162/1992].
- 2.º Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1996 [rec. 3398/1992].
- 3.º Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal con base en los mismos llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes. STS 7 de enero de 1991.
- 4.º Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

Respecto a la valoración de la prueba pericial en relación con otros medios probatorios, como quiera que en todo pleito existen diversas pruebas, no puede considerarse siempre que la pericial tenga más valor. Se ha dicho, en una muy citada STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 1998 (rec. 1542/1994):

[...] que debe de valorarse a través del conjunto de la prueba, ya que no existe una «regina probatorum», sobre todo en la prueba pericial cuando hay dictámenes distintos o contradictorios, como es el caso y cuando se ha valorado la situación de hecho del demandante en otras decisiones judiciales.

Y ya en el orden social, se ha señalado que para seleccionar entre las diferentes periciales: «la prueba pericial más apropiada es aquella que resulta mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia, debiendo, por tanto, tenerse como prevalentes, en principio, las conclusiones dotadas de superiores explicaciones racionales»²⁷.

al no serle aplicables las reglas generales sobre insaculación de los peritos. Y, por tanto, no serle tampoco de aplicación las que son inherentes a ese modo de designación, como es la posibilidad de recusar al que haya resultado elegido.

²⁷ STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000).

En fase de recurso resulta difícil la impugnación de la prueba pericial, lo que ha sido reconocido tanto en el orden civil²⁸, como en el social. Respecto a este último, la libre apreciación judicial de la prueba pericial, y los principios de inmediación y contradicción complican su aplicación como base de la revisión de los hechos declarados probados en el recurso de suplicación, pues, como es sabido, en fase de recurso de casación, no es posible una revisión sobre la base de prueba pericial.

La revisión en suplicación es difícil por varias razones. En primer lugar, porque siempre existen otras pruebas, y, singularmente, periciales contradictorias. En segundo lugar, por el principio de valoración conjunta de la prueba que corresponde al órgano judicial de instancia en virtud de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la LRJS y el artículo 348 de la LEC, no estando obligado a sujetarse al parecer de ninguno de los peritos o peritas. La excepción al carácter discrecional de la apreciación judicial de las pruebas periciales sería la existencia de un error palmario, evidente y manifiesto en la elección del informe pericial. Pero ello no ocurre en la mayoría de casos, pues también es común aseverar en sentencias de suplicación que no es posible modificar el relato fáctico sobre la base de prueba documental o pericial ya examinada por el órgano judicial *a quo*²⁹.

De este modo, suele contestarse a la parte recurrente que no se evidencia error del órgano judicial, sino una distinta valoración de la prueba, donde la visión imparcial de aquel debe prevalecer sobre la subjetiva de las partes. Así, una frase repetida hasta la saciedad es que:

En los supuestos de dictámenes médicos contradictorios, debe respetarse el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el juez *a quo* a no ser que se demuestre palmariamente el error en que este hubiera podido incurrir con la elección, por tener el postergado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción y acredite, en todo caso, el error judicial de modo irrefutable y manifiesto³⁰.

²⁸ En palabras de la STS de 3 de diciembre de 2016 (rec. 22/2014), citando jurisprudencia anterior:

[...] resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de jueces y tribunales, en cualquier caso «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la «sana crítica», y, de otro lado, porque el artículo 348 de la LEC no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.

²⁹ Por todas, STS de 11 de octubre de 1990.

³⁰ SSTS de 24 de noviembre de 1986 y 18 de julio de 1989.

En el caso de una valoración judicial errónea del peritaje inducida por la falsedad del perito/a, han de aplicarse algunas reglas generales. Así, en el caso de los peritos/as que falten a la verdad, se aplican similares consecuencias que para los o las testigos (arts. 458 a 462 Código Penal –CP–). Concretamente, la falsa pericia se encuentra tipificada en el artículo 459 del CP. El examen de los repertorios judiciales del orden penal evidencia que los casos de peritos/as condenados por falsa pericia son excepcionales, pues se requiere una clara conducta maliciosa del perito/a, no bastando la equivocación, ni el contraste con otros dictámenes periciales que evidencia la incerteza del peritaje³¹.

En el caso de que se evidenciare que un perito o perita ha incurrido en falsedad, cabría la revisión de la sentencia en los estrictos términos del artículo 510.1.3.º de la LEC, que exige que la sentencia hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los o las testigos o los peritos/as hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

7. Las periciales médicas, en particular de personal facultativo forense

En los procedimientos judiciales de reconocimiento de un grado de discapacidad o en los de prestaciones de incapacidad, es muy frecuente que la litis verse sobre la exacta determinación de la aptitud psicofísica de un sujeto o su proyección sobre sus facultades laborales. La aportación de informes del órgano administrativo dependiente de la comunidad autónoma o de la entidad gestora, así como los informes de médicos o médicas públicos o privados, suelen incurrir en contradicción, lo que obliga al juzgador/a a seleccionar sus elementos de convicción. Sin embargo, los informes de medicina privada, cuando además conllevan su ratificación en acto de juicio, suelen implicar un desembolso monetario que no siempre es posible para las personas beneficiarias, o bien tienen un carácter poco objetivo. De este modo, la pericial del personal médico forense es extraordinariamente relevante si se carece de medios económicos. Pero también, si se ha recurrido al dictamen de facultativos/as de parte, previa contratación de los servicios de los mismos, pero cuyas conclusiones podrían quedar reforzadas si fueran en el mismo sentido que las del facultativo/a forense. En

³¹ Según ha establecido el TS, Sala de lo Penal, en Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (rec. 1422/2008):

El tipo delictivo del art. 459 CP tutela un bien jurídico general cual es la correcta administración de justicia, y del mismo modo que en el art. 458 con los testigos, en este se persigue garantizar la fidelidad del dictamen del perito como elemento de relevancia que coadyuva a dictar una sentencia justa. El elemento objetivo del injusto consiste en faltar a la verdad en el dictamen, es decir, que el contenido del mismo sea contrario a la realidad. El elemento subjetivo exige que la actuación del perito sea «maliciosa», o sea, que el dictamen sea dolosamente emitido, conscientemente falso.

En el mismo sentido, *vid.* SSTS, Sala de lo Penal, de 18 de febrero de 2009 (rec. 638/2008) y 29 de octubre de 2013 (rec. 273/2013).

definitiva, esta pericial pública tiene gran importancia en el proceso laboral, de ahí que sea mencionada específicamente en la norma procesal.

Se puede proponer de oficio o a instancia de parte, debiendo en este caso decidir el órgano judicial si accede a la misma o no, conforme a lo previsto en el artículo 93.2 de la LRJS, que establece que: «El órgano judicial, de oficio o a petición de parte, podrá requerir la intervención de un médico forense [...]». La realidad forense evidencia que hay algunos juzgados de lo social donde se accede siempre que se pide, y en otros donde no. La LRJS pareció querer delimitar los casos en los que se podrá acordar esta intervención, pero el objetivo se ve traicionado porque la norma vigente sigue recurriendo a conceptos indeterminados como la «necesidad de su intervención en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad, requerida, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones». Lo cierto es que la LRJS perdió la oportunidad de diferenciar en la redacción del artículo 93.2 la intervención del médico/a forense de la asistencia pericial gratuita regulada en la Ley 1/1996 y en el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Ello no ha dejado de suscitar interrogantes, como, en particular, si es una facultad discrecional del juez/a o si, por el contrario, puede ser invocado como un derecho de las personas beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita, teniendo en consideración que las personas trabajadoras y titulares de prestaciones de la Seguridad Social ostentan *ope legis* tal beneficio de gratuidad. Se trataría de una presunción *iuris et de iure* de pobreza, un trato de favor o discriminación positiva que por vía legislativa se otorga a las personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social (Virolés Piñol, 2011), que no se reputó inconstitucional, según dictaminó tempranamente nuestro Tribunal Constitucional (TC)³².

De entrada, la pericial del médico/a forense en palabras del TS es una facultad discrecional del órgano judicial, pero no totalmente. Ello parece un contrasentido que requiere de cierta explicación. Al respecto, el TS en Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (rec. 2565/2004), en relación con la posibilidad de un órgano judicial de practicar esa prueba, entendió que:

La simple lectura del precepto podría llevar al ánimo del intérprete la idea de que la decisión sobre la práctica de esta prueba es una facultad discrecional del juez en cuanto dice que este «podrá» requerir la intervención de un médico forense, sin necesidad de manifestar las razones de su rechazo, pero esa conclusión no es la que mejor cuadra a la finalidad de la norma y a la de otras de nuestro ordenamiento positivo.

³² Por todas, Sentencia del TC (STC) 114/1983, de 6 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico II.2 se lee:

[...] la presencia de presunciones legales de riqueza y pobreza, respectivamente, que de manera razonable se basan en la comprobada situación material de dichas partes –empresario y trabajador– y en la diferencia sustancial que manifiestan, que está plenamente justificada por regla general.

Esta sentencia versaba sobre un caso en el que una trabajadora agrícola pedía el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta, o subsidiariamente total, y como sustento probatorio de dichas peticiones, la pericial del médico forense aducía en la demanda insuficiencia de recursos. El Juzgado de lo Social declaró no haber lugar a la prueba pericial propuesta, «sin perjuicio de acordarse como diligencia final si se considerase necesaria». En el acto de juicio, la parte actora reiteró la petición de la práctica de la prueba pericial interesada en la demanda como diligencia para mejor proveer para el caso de su inadmisión. La parte actora causó una protesta en el juicio frente a la inadmisión en el acto de la vista, sin que el juzgado acordara su práctica, ni dictara resolución alguna al respecto. Frente a la protesta en el juicio, en la sentencia el órgano judicial venía a razonar que la intervención del médico/a forense era discrecional y que la parte actora no había acreditado esa insuficiencia de recursos. La parte actora interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, solicitando que se declarase la nulidad de actuaciones, dada la indefensión en que se le situó al denegar la práctica de la prueba pericial solicitada. La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 22 de abril de 2004, desestimó el recurso de suplicación. Contra esta sentencia se interpuso por la demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando para el contraste la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia de 14 de septiembre de 1999, que sí declaró la nulidad de actuaciones. El TS ratificó la posición de la sentencia de contraste, considerando que no se había razonado el rechazo de la prueba, y declaró la nulidad de actuaciones desde la citación al juicio.

El órgano judicial puede rechazar la intervención del médico/a forense, por ejemplo, si se siente suficientemente ilustrado sobre unos hechos. La discrecionalidad judicial está limitada en un triple sentido; por una parte, se exige siempre la correspondiente motivación para el rechazo judicial de la intervención del médico/a forense; en segundo lugar, esta libertad queda matizada cuando la persona beneficiaria goce del beneficio de justicia gratuita y cabe revisión por el órgano *ad quem*. Este margen de decisión es una manifestación concreta de la soberanía que el poder legislativo atribuye al órgano judicial de instancia sobre la admisión, práctica y valoración de la prueba en el proceso jurisdiccional social. En todo caso, de acordarse su práctica, dicha prueba pericial ha de ser sometida a la posibilidad de contradicción por las partes. Por consiguiente, puede ser motivo de nulidad de actuaciones la falta de trámite de alegaciones sobre un informe del médico/a forense emitido en diligencias para mejor proveer³³.

Sin embargo, esta sentencia del TS de 2005 no despejó totalmente la cuestión de si la decisión de solicitar dictamen del médico/a forense era una facultad del órgano judicial a la que podía negarse siempre que lo pidiera un letrado/a de oficio. Las personas trabajadoras y las beneficiarias de prestaciones de seguridad social tienen *ope legis* el beneficio de gratuidad, pero no estaba claro que todas las que ostentasen dicho beneficio tuvieran el derecho subjetivo a la pericial del médico/a forense. Al respecto, una STS de unificación de doctrina de

³³ STS de 15 de abril de 2003 (rec. 2276/2002).

7 de febrero de 2007 (rec. 2450/2005) señala expresamente que no puede confundirse la intervención del médico/a forense, que es una decisión discrecional del órgano judicial, con la designación del perito/a que resulte adecuado en cada caso, prevista en el artículo 6.6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, en el que no se prevé la designación de un médico/a forense, sino la del perito/a, y ha de pedirse a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. En esta posición, hay también algunas Salas de lo Social del TSJ, que vienen a señalar:

[...] una cosa es, pues, que por ministerio de la ley se tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita para la defensa en juicio, independientemente de los medios de fortuna personal, y otra la prueba pericial gratuita, que exige acreditar la carencia de medios económicos y que conforme al art. 6.6 no alcanza, *per se*, a todos los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, sino solo a aquellos que acrediten una insuficiencia material de medios económicos³⁴.

No obstante, en doctrina judicial de suplicación de otras Salas de lo Social³⁵, se está haciendo una interpretación parcialmente distinta, entendiendo que, si un/a justiciable tiene el beneficio de justicia gratuita, goza *per se* del derecho a la intervención del médico/a forense, sin que se reserve a quienes tengan acreditada una insuficiencia patrimonial, y la denegación de este derecho vulnera el derecho de defensa. La raíz del problema es que el artículo 339.1 de la LEC establece que podrá pedirse la designación judicial de un perito o perita si se tiene el beneficio de asistencia jurídica gratuita. En muchos TSJ se parte de la base de que el artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita establece que forma parte del contenido material de tal derecho la asistencia pericial gratuita, y que dicho precepto prevé la designación de un perito/a dependiente de los órganos judiciales –que habitualmente será un médico/a forense– o bien una pericial objetiva por un funcionario/a u organismo dependiente de las Administraciones públicas. Conforme a esta posición sostenida en doctrina judicial de suplicación, habría dos supuestos:

- Los de los que tienen el beneficio de justicia gratuita, donde el órgano judicial debería acceder a que interviniese el médico/a forense u otro funcionario/a, y si no se accediese de forma inmotivada, la parte podría oponer la correspondiente protesta.
- El resto de casos, donde sería facultativo para el órgano judicial.

En relación con el peritaje de quienes tienen el beneficio de justicia gratuita, ha de precisarse que el peritaje no puede entenderse cubierto con los informes de los servicios públicos

³⁴ STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (rec. 1563/2001).

³⁵ Entre otras, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2006 (rec. 65/2005); Castilla y León/Valladolid de 25 de noviembre de 2014 (rec. 1515/2014), y de 18 de noviembre de 2009 (rec. 1685/2009); y Extremadura de 15 de junio de 2006 (rec. 230/2006).

de salud que obran en el expediente³⁶. Aunque alguna sentencia señala que sí pueden ser una vía para obtener periciales gratuitas³⁷, ello no es compatible, pues no suelen ser exploraciones elaboradas *ad hoc* para su valoración como prueba en un juicio determinado. Ello no obsta para que los informes de facultativos/as de servicios públicos de salud suelen ser valorados por los órganos judiciales por el carácter presumiblemente objetivo de quienes los emiten.

Esta misma valoración se ha trasladado a otros entes. Así, en alguna sentencia se ha incidido en que la composición de las UVAMI hace presuponer su carácter objetivo³⁸. Y alguna sentencia ha reconocido el carácter imparcial de los dictámenes de los facultativos/as del Ministerio de Sanidad u órganos equivalentes de las comunidades autónomas. En los casos de periciales privadas, en la valoración de una prueba, el mayor rigor científico puede

³⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de noviembre de 2014 (rec. 1468/2014).

³⁷ En la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 (rec. 2019/2009), se señala:

[...] no resulta antinómico sino más bien lógico, como dos etapas de un mismo proceso deductivo e interpretativo de los hechos juzgados, señalar que el derecho a asistencia pericial gratuita es sin duda el derecho a solicitar la intervención del forense ante el juzgador de lo social (fase primera), pero no es menos cierto que es el juzgador el que podrá, y por tanto discrecionalmente decidirá, admitir o no la práctica de dicha prueba (segunda fase), siendo posible que no la admita si entiende que ya dispone de elementos probatorios suficientes para formar su convicción. Al margen de ello, es claro que la pericial de forense no es la única prueba de la que puede valerse quien goce del beneficio de justicia gratuita, pues puede acudir a la sanidad pública para pedir un informe gratuito sobre su estado de salud.

³⁸ STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000). En dicha sentencia se señala respecto a la valoración del dictamen UVAMI:

El argumento de la juzgadora de instancia sobre los hechos que dan origen a la estimación de una invalidez permanente total –haciendo caso omiso a la sentencia de esta sala y del dictamen de la EVI– es que la prueba pericial es de mayor rigor frente al informe de la UVMI, y cuya base es que ha sido practicada bajo los principios de intermediación y contradicción. En cuanto a la contradicción es un principio sin el cumplimiento del cual el proceso no existirá como tal («audiatur et altera pars») y en lo referente a la intermediación, se evidencia que el juicio oral es, en esencia, básico de la inmediatez. Pero debemos de fijarnos en la expresión de mayor rigor, sin que se explique en qué se ha basado la juzgadora para dar mayor eficacia a la prueba pericial que al dictamen de la Comisión de Evaluación de Incapacidades desarrollada por el RD 1300/1995, de 21 de julio. En esta Comisión está formada por un médico inspector, un facultativo médico, un inspector de trabajo y un funcionario que ejerce las funciones de secretario (art. 2.3 del citado RD) y, en su caso, un experto en recuperación, rehabilitación o seguridad e higiene en el trabajo. De tal suerte que no puede dudarse de la profesionalidad, objetividad y eficacia de la Comisión de Evaluación de Incapacidades que, además, tiene a la vista el dictamen médico emitido por la Unidad de Valoración Médica. El TS, en Sentencias de 29 de abril y 23 de noviembre de 1994, 24 de marzo de 1995 y 18 de marzo de 1997, ha dicho que «una constante jurisprudencia ha venido subrayando que los dictámenes procedentes de órganos o departamentos especializados del M.º de Sanidad y Consumo –u órganos equivalentes de la comunidad autónoma– ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas propias de otras pruebas periciales».

derivarse de un seguimiento habitual del o de la paciente y del proceso de su dolencia³⁹, o de que quien siguió la patología era jefe/a de servicio de una especialidad médica⁴⁰.

8. La autorización judicial de determinadas periciales que pudieran vulnerar derechos fundamentales

Una de las novedades introducidas en la LRJS fue la autorización judicial de determinados medios de prueba que pudieran vulnerar derechos fundamentales en el artículo 90.4 y 5. En el artículo 90.4, se prevé la posibilidad de autorización judicial de determinadas pruebas sensibles que puedan afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental. Podría ser el supuesto de una reproducción de unas cámaras no debidamente informadas, el registro de archivos personales en un ordenador, la grabación de conversaciones, etc. En muchos casos, este tipo de pruebas requieren una pericial instrumental que garantice la autenticidad de la información obtenida, la ausencia de manipulación, etc.

En el orden social, la autorización judicial previa de pruebas que puedan implicar vulneración de derechos fundamentales ha sido infrautilizada en la práctica. El hecho de que muchas actuaciones empresariales sean previas a un proceso judicial contribuye a que muchas de las medidas de vigilancia se realicen sin ningún tipo de autorización judicial. Y ello pese a que las posibilidades de vulneración de derechos fundamentales se han incrementado notablemente con sistemas de vigilancia electrónica en los puestos de trabajo. Ciertamente, una autorización judicial de toda medida que fuera más allá del marco previsto en la Ley orgánica de protección de datos sin duda ofrecería una mayor seguridad jurídica, pero ello a cambio de judicializar y sobrecargar a la Administración de Justicia. Lo cierto es que sentencias como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso López Ribalda (STEDH de 17 de octubre de 2019) potencian esta infrautilización del sistema de autorización judicial de pruebas que puedan vulnerar derechos fundamentales, al validar la interpretación de los tribunales españoles de permitir vigilancias empresariales ocultas con base en sospechas empresariales fundadas de la comisión de actos ilícitos, pero, sobre todo, al admitir que las pruebas obtenidas por sus propios medios por sujetos privados puedan superar el test de proporcionalidad. De hecho, el interesantísimo voto particular de la sentencia López Ribalda incide precisamente en que este análisis sobre la base del caso concreto no contribuye a crear un marco seguro y previsible frente a los daños a la privacidad que la tecnología puede multiplicar⁴¹. Se señala que la única garantía que existía en

³⁹ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (rec. 3308/2002).

⁴⁰ STSJ de Baleares de 12 de julio de 2011 (rec. 105/2011).

⁴¹ El voto particular de la STEDH López Ribalda aboga por un sistema menos intrusivo de vigilancia empresarial y critica que con la posición mayoritaria se está animando a las empresas a resolver esto con sus propias manos. Así, se señala:

la legislación española era la de informar previamente al tratamiento de datos, que no admitía excepciones.

Aunque teóricamente una autorización judicial al amparo de los artículos 76.4 y 90.4 y 5 de la LRJS de una prueba pericial instrumental que vaya más allá del marco normativo de vigilancia empresarial, por ejemplo, vigilancias ocultas, no informadas, permitiría tutelar mejor los derechos fundamentales y solventar los problemas apuntados, ello no se aplica en la práctica. Es más, en doctrina de suplicación se duda de que pudiera haber una pretensión empresarial que buscara el garantismo, solicitando, por ejemplo, autorización judicial previa a la instalación de las cámaras sin conocimiento de las personas trabajadoras afectadas⁴². Y ello pese a la minuciosidad de lo previsto en los artículos 76.4 y 90.4, 6 y 7 de la LRJS y

The national courts had to consider which alternative measures could have been used by the employer to pursue its legitimate aim –measures which would simultaneously have had a less invasive impact on the employees' right to respect for their private life. The employer had two legitimate aims: firstly, it wanted to stop further theft, for which purpose a warning about the installed video-surveillance system would have been sufficient. Secondly, it wanted to find out who was responsible for the losses it had sustained over the past months; here, prior notice of the visible and covert video-surveillance would not have proven useful. Nevertheless, since the theft committed was a criminal offence, the employer could have, and should have, gone to the police prior to taking such measures on its own initiative. The need to elucidate an offence does not justify private investigation, including in the form of covert video-surveillance, which amounts to an excessively intrusive measure and an abuse of power. By not condemning such behaviour committed by private parties, the Court is encouraging individuals to take legal matters into their own hands.

Se critica acertadamente la diferenciación entre ligeras sospechas, que no legitimarían el uso de videovigilancia encubierta, y sospechas razonables. Serían conceptos inseguros, que unidos a la falta de salvaguardas claras, podrían provocar amplias lesiones de la privacidad. Se tiene en cuenta también que, en el caso de las sospechas razonables en el ámbito penal, hay mayores garantías.

In our view, in the absence of a requirement of clear procedural safeguards, the existence of «reasonable suspicion of serious misconduct» is not sufficient as it may result in private investigations and might be used as justification in an unacceptably large number of cases. While, in principle, the requirement of «reasonable suspicion» is an important safeguard, it is not sufficient to protect privacy rights when faced with electronic surveillance of a covert nature. Under circumstances such as those in the present case, where an employer uses covert video-surveillance without giving prior warning to its employees, there is a need for additional procedural safeguards; similar to those required under the Convention in the use of secret surveillance in criminal proceedings. Procedural requirements allowing for a reliable verification, by a third party, of the existence of a «reasonable suspicion of serious misconduct», and guarantees against the justification for the surveillance being given «after the fact», should be a requirement under article 8 of the Convention. It is only with the implementation of these procedural safeguards that we could readily accept the majority's judgment.

Concluye el voto particular con una crítica a los tribunales nacionales y al TEDH, que no han establecido seguridad jurídica. El tribunal, se viene a decir, ha consentido un uso ilimitado de la videovigilancia encubierta sin establecer suficientes salvaguardas, permitiendo tomarse la justicia por su mano a particulares.

⁴² Vid. SSTSJ de Madrid de 9 de febrero de 2015 (rec. 886/2014) y Canarias/Las Palmas de 22 de diciembre de 2016 (rec. 1026/2016).

el reconocimiento por algún ponente del TS de que estos preceptos se habían establecido en dicho sentido⁴³.

En el caso de las pruebas periciales médicas o psicológicas, interesa resaltar específicamente la autorización judicial prevista en el artículo 90.5 de la LRJS, que permite dar cobertura legal a difícil decisión del órgano judicial cuando en procesos de acoso moral o sexual, o por daños o perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la parte demandada interesa en uso legítimo de su derecho de prueba el examen médico o psicológico del o de la demandante, que afecta a su derecho fundamental a la intimidad. La norma viabiliza la exploración, pero con cuatro garantías: la reserva de confidencialidad, el uso exclusivamente procesal, que el interesado/a pueda acompañarse del o de la especialista de su elección y la posibilidad de exigir copia del resultado. Esta última exigencia intenta evitar la tendenciosidad de que solo una parte sea conocedora de las conclusiones de la pericial.

Además, la LRJS prevé cuándo no es necesaria esta autorización, recogiendo una conocida doctrina contenida en una sentencia del TC sobre una trabajadora de Iberia a la que se le detectó consumo de cannabis en un reconocimiento médico (STC 196/2004, de 15 de noviembre). En concreto, no será necesaria la autorización judicial si la actuación viniera exigida por las normas de prevención de riesgos laborales, por la gestión o colaboración en la gestión de Seguridad Social, por la específica normativa profesional aplicable, o por norma legal o convencional aplicable en la materia (art. 90.5 LRJS). Ahora bien, ha de precisarse que no cualquier previsión convencional de reconocimientos médicos permite que se dé validez a pruebas médicas y psicológicas realizadas sin las debidas garantías⁴⁴, por ejemplo, las previsiones convencionales sobre control de las incapacidades temporales.

9. Las periciales informáticas o electrónicas

Las periciales informáticas o electrónicas están adquiriendo cada vez mayor protagonismo. Sin embargo, no están reguladas específicamente en el orden social. La autorización judicial previa de registros que pueden lesionar derechos fundamentales no se utiliza en la práctica. De esta manera, la interpretación judicial es la que, en una valoración *ad causam*, da validez a la prueba pericial realizada sobre un dispositivo. Al respecto, se cuenta solo con

⁴³ Vid. STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2013); ponente: Fernando Salinas Molina, que fue una de las personas participantes en el anteproyecto de la LRJS y que, en dicha sentencia, aludía a las posibilidades de intervención judicial introducidas en la mencionada ley como solución legislativa a los problemas planteados.

⁴⁴ A título de ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (rec. 1232/2004), se sometió a una trabajadora a un reconocimiento médico y a una entrevista por un médico cuyo trabajo fue encargado por el empresario, realizando preguntas sobre temas personales de carácter sexual y desenvolvimiento de la persona en determinados ámbitos y negándose el facultativo a entregar informe a la paciente.

doctrina que ha excluido la regulación del registro de taquillas a los efectos del registro del ordenador u otros ordenadores puestos a disposición, pero sin aclarar otras cuestiones. No existe un procedimiento claro sobre cómo formular las periciales de registros técnicos sobre determinados dispositivos tecnológicos. Entre las cuestiones más dudosas están las de cómo realizar la cadena de custodia para garantizar que no ha habido manipulaciones, si se exige o no la intervención notarial⁴⁵, la puesta a disposición de la información obtenida, las garantías de confidencialidad y el derecho de información de la otra parte, donde, como se ha expuesto anteriormente, la autorización judicial *ex ante* brilla por su ausencia.

Pero, además, han existido dudas sobre qué parte tiene la carga de probar la idoneidad de una prueba electrónica mediante la correspondiente pericial. En estos casos, las periciales suelen actuar como garantía de la autoría, o autenticidad de los mensajes. Y respecto a esta cuestión se producen variaciones entre la jurisprudencia de la Sala Cuarta y de otras salas del TS. Así, en la STS de 19 de mayo de 2015, la Sala de lo Penal del Alto Tribunal determinó en un caso de abusos sexuales a menores, donde se aportó como prueba de dichos abusos pantallazos de wasaps entre el presunto acosador y la víctima, que debía existir una posición de cautela respecto a este tipo de pruebas, por la posible manipulación de archivos, problemas de anonimato y falta de acreditación de la autoría; por lo que en estos casos la prueba pericial era una base esencial para la parte que quisiera aprovechar la idoneidad de la prueba a los efectos de fijar la identidad subjetiva y la integridad del contenido de los mensajes. Sin embargo, si bien la jurisprudencia penal ha establecido con claridad que resulta necesaria una prueba pericial en el orden penal en los casos en los que una prueba digital es impugnada por la parte contraria, esta doctrina no tiene un exacto traslado al orden social. La razón es que en el orden social cada parte ha de probar la certeza de los hechos que alega y determinados preceptos de la LEC refuerzan esta posibilidad dual que tienen ambas partes⁴⁶. Si bien ello puede ser perfectamente razonable, presenta la desventaja de forzar a realizar un desembolso económico para practicar periciales a los dos partes del proceso, que conduce, en no pocas ocasiones, a que las partes con menos

⁴⁵ Así, por ejemplo, el TS no ha privado de validez a un registro informático, por la falta de custodia del ordenador por un notario/a. Un exponente es el caso de la STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 1121/2015), sobre el hallazgo de fotocopias de unas transferencias irregulares, que provocó un registro del ordenador y el despido de un trabajador. El TS señaló que, aunque fuera conveniente la presencia de un notario/a o del trabajador sancionado o sus representantes, la falta de esta no privaba de validez a la pericial informática de registro.

⁴⁶ El artículo 382.2 de la LEC establece la posibilidad de aportar dictámenes y medios de prueba al presentar pruebas de reproducción de la palabra, imagen y sonido que la parte proponente estime convenientes, y en términos similares a las partes que cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El artículo 384 de la LEC, en relación con los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, prevé que serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. El artículo 384 se remite al artículo 382 de la LEC en cuanto a la posibilidad de presentar pruebas instrumentales.

recursos económicos renuncien a las mismas o que deban realizar la petición a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y acreditar la insuficiencia de medios.

Por consiguiente, las periciales tecnológicas plantean no poca conflictividad jurídica en cuestiones tales como la forma correcta de realizar una pericial, cómo cuestionar debidamente una prueba pericial presentada de contrario, o, simplemente, qué parte ha de aportar una pericial de refuerzo de su tesis probatoria cuando un medio de prueba es impugnado en cuanto a su fiabilidad. El hecho de que en el orden social se aporten las pruebas directamente al acto del juicio, con base en los principios de concentración y celeridad, puede comportar cierto elemento de sorpresa e imprevisión, que, si bien puede tener ventajas para garantizar la verdad material y evitar el retraso en la solución de los pleitos, también plantea algunos inconvenientes. Por otra parte, el principio de valoración judicial de la prueba, a partir de las pruebas periciales aportadas a cada parte, refuerza la tesis de que lo aconsejable es que, por ejemplo, la parte que aporte una prueba tecnológica afiance tempestivamente su valor probatorio mediante la correspondiente pericial y la parte que pretenda cuestionar dicha prueba –previendo que la otra la aportará en juicio– presente, a su vez, otra pericial. En todo caso, se trata de una cuestión que está planteando no poca inseguridad jurídica y que es valorada casuísticamente. La digitalización está incrementando los problemas de muchas periciales, no solo médicas, sino de carácter informático, que requieren un importante desembolso económico de las partes para remunerar a los peritos/as. La falta de medios técnicos de apoyo a la justicia provoca una relativización del principio de gratuidad. Aunque las personas trabajadoras y beneficiarias del sistema de Seguridad Social gozan *ope legis* del beneficio de justicia gratuita, la designación de un perito/a gratuito exige una solicitud específica a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y la acreditación de la insuficiencia de medios.

A los problemas anteriores cabe sumar otros derivados de la cadena de custodia y la dificultad de plantear periciales de parte. La digitalización de buena parte de las relaciones laborales ha multiplicado el uso de dispositivos tecnológicos (ordenador, teléfono, *wearables*, etc.) y, en muchos casos, estos no se encuentran en poder de la parte que quiere pedir la prueba. Algunos de los problemas que se plantearán cada vez con mayor frecuencia son los relativos a la impugnación de decisiones semiautomatizadas mediante algoritmos protegidos por propiedad intelectual, por ejemplo, en casos de ascensos o discriminaciones retributivas en el ámbito de la empresa o de la actuación de las Administraciones públicas en materia inspectora⁴⁷. El marco legal comunitario prohíbe decisiones absolutamente automatizadas, sin intervención humana, y garantiza el derecho de las personas interesadas a un tratamiento leal y transparente de los datos utilizados en decisiones automatizadas [art. 22 Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos], pero fuera de esta cuestión se

⁴⁷ Todolí Signes (2020) analiza varios casos de utilización de algoritmos en el ámbito social, entre otros, la Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (Rechtbank Den Haag) en los Países Bajos, de fecha 5 de febrero de 2020 (ECLI:NL: RBDHA: 2020:865), que declara ilícito el uso de un algoritmo para establecer probabilidades de incumplimiento de ciudadanos/as que perciben prestaciones de la Seguridad Social.

abren multitud de problemas para la tutela de una persona trabajadora o beneficiaria, como quién ha de afrontar el coste de una pericial sobre un sistema algorítmico, cómo habilitar la posibilidad de que el órgano judicial pueda permitir pericial sobre un sistema algorítmico y el establecimiento de garantías para proteger la propiedad intelectual del sistema cuando la lógica informática o el algoritmo está protegido por patentes, secretos industriales, etc. Ciertamente, el sistema de designación judicial de peritos/as previsto en la norma forense civil podría ser un recurso para solventar en parte estas cuestiones, pero ocurre que el sistema de designación judicial de un perito/a ha sido infrautilizado en la práctica en el orden social, hasta el punto de ser prácticamente anecdótico. En estos casos, la existencia de un cuerpo técnico de peritos/as informáticos y la designación judicial de estos peritos/as, al estilo de lo que ocurre con los médicos/as forenses, sería una posibilidad muy interesante.

10. La pericial caligráfica

La pericial caligráfica se ha utilizado esencialmente como instrumento para reforzar documentos o determinadas manifestaciones de expresión, como pintadas⁴⁸, cuando su autenticidad ha sido impugnada (art. 326.2 LEC). En relación con la prueba pericial caligráfica, se aplica la regulación prevista en los artículos 349 y 350 de la LEC. Esencialmente, si una parte se muestra disconforme con las conclusiones aportadas por dicha prueba, debe solicitar actividad probatoria, previa impugnación del documento, realizando su propia pericial caligráfica o proponer el cotejo de letras conforme al artículo 349 de la LEC. Obviamente, no es de recibo argumentar la prueba negativa, es decir, que los hechos estimados como probados por el juzgador/a *a quo* no lo fueron suficientemente⁴⁹, o limitarse a cuestionar la pericial practicada de contrario⁵⁰.

Cuando se alegue una falsedad documental, la vía que cabe seguir es la prevista en el artículo 86.2 de la LRJS, sin que esta vía pueda ser sorteada y alterada por el cauce de presentar una pericial caligráfica en el recurso de suplicación⁵¹, y ello por cuanto, además, el artículo 233 de la LRJS permite la aportación excepcional de documentos nuevos, no de pruebas periciales. Recuérdese que la pericial caligráfica puede interrumpir la prescripción de una sanción disciplinaria⁵².

⁴⁸ Vid., por ejemplo, STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2007 (rec. 9223/2006), donde fueron tenidas en cuenta para valorar la autoría de unas pintadas aparecidas en la fachada de un centro con insultos al empresario.

⁴⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de junio de 2016 (rec. 348/2016).

⁵⁰ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 2015 (rec. 585/2014).

⁵¹ STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2011 (rec. 4430/2010).

⁵² STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de enero de 2015 (rec. 585/2014) y Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ponferrada de 4 de febrero de 2020 (proc. núm. 322/2019).

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, Carlos Luis. (2002). La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de enjuiciamiento civil. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 135, 17-25.
- Gómez Esteban, Jesús. (2020). Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social, ¿utopía transformada en realidad apresurada? *Diario La Ley*, 9662. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/22/juicios-telematicos-en-el-orden-jurisdiccional-social-utopia-transformada-en-realidad-apresurada>.
- Molins García-Atance, Juan. (2018). La responsabilidad civil del empresario derivada de los accidentes de trabajo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 27-52.
- Ollé Sesé, Manuel. (2016). Procedimiento ordinario. En *Practicum. Proceso laboral 2016*. Lex Nova.
- Orellana de Castro, Rafael. (2020). Aspectos conflictivos de la prueba pericial. *Especial atención a la pericial caligráfica*. Wolters Kluwer.
- Segalés Fidalgo, Jaime. (2003). *La prueba en el proceso laboral tras la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*. Comares.
- Todolí Signes, Adrián. (2020). Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *REGAP. Revista Gallega de Administración Pública*, 59(1), 79-102. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/4354/6453>.
- Vicente Herrero, María Teófila (Coord.^a); Moreno Torres, Pilar (Coord.^a); Jiménez Aguilar, Encarna; Capdevila García, Luisa M.; López González, Á. Arturo; Ramírez Íñiguez de la Torre, María Victoria; Terradillos García, María Jesús y Torres Alberich, J. Ignacio. (2012). *La prueba pericial médica en el ámbito de lo social*. Tirant lo Blanch.
- Vigo Serralvo, Francisco. (2020). La asistencia pericial médico forense en el proceso jurisdiccional de Seguridad Social en materia prescricional. ¿Discrecionalidad judicial o derecho del beneficiario? *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 227, 195-222.
- Virolés Piñol, Rosa María. (2011). Cuestiones prácticas. *Actum Social*, 48.

El registro salarial o retributivo

Santiago García Campá

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Jaume I

gcampa@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-8887-2780>

Extracto

El derecho a recibir la misma retribución por un trabajo de igual valor y la consecuente prohibición de discriminación por razón de sexo cuentan con una larga trayectoria de tutela multinivel. Sin embargo, esta protección no impide que los indicadores europeos y españoles todavía muestren una persistente brecha salarial entre mujeres y hombres. El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, ha modificado el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para introducir un mecanismo inédito de transparencia en nuestro derecho del trabajo: el registro salarial. Con la nueva regulación, todas las empresas están obligadas a tener este registro, mientras que solo aquellas con una plantilla de cincuenta personas o más deben cumplir una obligación especial adicional de justificar determinadas diferencias salariales entre trabajadoras y trabajadores. El contenido del registro comprende dos dimensiones o más: una cuantitativa, compuesta por la relación entre tres variables (valores retributivos medios, sexo y clasificación profesional), y una cualitativa, solo aplicable a las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad y su auditoría retributiva, consistente en justificar las diferencias que alcancen al menos el 25 % entre las retribuciones globales de las trabajadoras y los trabajadores. Se efectúa una propuesta sobre la periodicidad en la elaboración del registro ante el silencio normativo sobre esta cuestión particular. Quienes tienen derecho a conocer su contenido, aunque con distinto alcance, son: la representación unitaria de la plantilla en la empresa, las personas trabajadoras directamente cuando la anterior no exista, las personas delegadas sindicales y la comisión negociadora del plan de igualdad de la empresa. También se identifican las infracciones y sanciones que pueden derivarse de su incumplimiento. El estudio revela algún contenido reglamentario que desborda o contraría el artículo 28 del ET, detalla el contenido del registro y evidencia la defectuosa coordinación interna entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 28 del ET.

Palabras clave: igualdad de trato; discriminación sexual; transparencia retributiva; registro; derechos de acceso e información.

Fecha de entrada: 07-12-2020 / Fecha de aceptación: 15-12-2020

Cómo citar: García Campá, Santiago. (2021). El registro salarial o retributivo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 79-115.



Salary register

Santiago García Campá

Abstract

The principle of equal pay between men and women for equal work or work of equal value, and the prohibition of gender pay discrimination, have a long history of multilevel guardianship that, however, has not prevented European and Spanish indicators from showing a persistent gender pay gap. Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, developed by Royal Decree 902/2020, of October 13, has modified article 28 ET to introduce an unprecedented mechanism of transparency in Spanish Labor Law: the salary register. With the new regulation, all companies are required to have this register, while only those with fifty employees or more have a special obligation to justify certain differences in remuneration between women and men. The content of the register comprises two dimensions: a quantitative one, made up of the relationship between three variables (average remuneration values, gender and professional classification), and a qualitative one, only applicable to companies required to draw up an equality plan and their equal pay audit, consisting of justifying the differences between the global remuneration of male and female workers that reach at least 25 %. The periodicity of the register is proposed due to the regulatory silence on this particular issue. There are four subjects with the right to know its content, although with different scope: the unitary representation of workers in the company, the workers directly when the previous one does not exist, the union delegates and the negotiating committee of the company's equality plan. Infractions and sanctions that may arise from non-compliance with the salary register duties are also identified. The study reveals some regulatory contents that goes beyond, or contradicts, article 28 ET; details the content that the registry must comply with; and, finally, appreciates that the internal coordination between section 2 and section 3 of article 28 ET is defective.

Keywords: equal treatment; sex discrimination; transparency of pay; register; rights of access and information.

Citation: García Campá, Santiago. (2021). Salary register. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 79-115.



Sumario

1. Introducción
2. El RDL 6/2019, de 1 de marzo
 - 2.1. La extraordinaria y urgente necesidad del RDL 6/2019
 - 2.2. La justificación del registro salarial en la igualdad entre mujeres y hombres y la transparencia en materia retributiva
 - 2.3. El contenido de la reforma del artículo 28 del ET
3. La obligación general de todas las empresas de tener un registro retributivo
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Naturaleza
 - 3.3. Titularidad
 - 3.4. Objeto
4. La obligación especial de ciertas empresas de justificar determinadas diferencias retributivas
5. El contenido del registro retributivo
 - 5.1. La dimensión cuantitativa del registro retributivo: las tres variables
 - 5.1.1. La primera variable: los valores retributivos medios
 - 5.1.2. La segunda variable: los datos desagregados por sexo
 - 5.1.3. La tercera variable: la clasificación profesional
 - 5.2. La dimensión cualitativa del registro retributivo: la justificación de las diferencias salariales desde el 25 %
6. La periodicidad del registro retributivo
7. El acceso al registro retributivo
 - 7.1. El derecho de las personas trabajadoras a acceder al registro retributivo
 - 7.2. El derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a recibir información sobre el registro retributivo
 - 7.3. Las personas delegadas sindicales
 - 7.4. La comisión negociadora del plan de igualdad
8. Infracciones por incumplir la obligación de tener el registro retributivo

Referencias bibliográficas

Facts do not cease to exist because they are ignored.

Aldous Huxley. *Complete Essays*, Vol. II: 1926-1929

1. Introducción

La lucha internacional contra la discriminación retributiva de las mujeres ha alcanzado 70 años de existencia, al menos si tomamos como punto de arranque el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina (1951).

El derecho de trabajadoras y trabajadores a recibir la misma retribución por un trabajo igual o de igual valor también cuenta con una larga trayectoria en el derecho de la Unión Europea. Se remonta nada menos que al artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (actual art. 157.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007) y tiene un hito destacable en la Directiva 2006/54, cuyo artículo 21.4 contiene una tímida pero incipiente referencia al suministro de información sobre los salarios y las diferencias salariales entre mujeres y hombres dentro del diálogo social. En los últimos años, el Consejo Europeo¹, el Parlamento Europeo² y, sobre todo, la Comisión Europea han elegido la transparencia retributiva como estrategia esencial para combatir la discriminación retributiva por razón de sexo. Entre sus contribuciones destaca sin ninguna duda la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, y el anuncio de la propuesta de una nueva directiva para reforzar el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres a través de la transparencia en 2020³.

¹ Si la Decisión de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, contiene una primera referencia general a la transparencia salarial, las Conclusiones de 13 de junio de 2019 instan a la Comisión Europea a considerar la necesidad de modificar la Directiva 2006/54 para incluirla entre sus contenidos.

² Con inicio en la Resolución de 18 de noviembre de 2008, el Parlamento Europeo ha aprobado varias resoluciones con recomendaciones en materia de transparencia salarial, que han culminado en la Resolución de 30 de junio de 2020, sobre la brecha salarial de género, en la que pide de nuevo a la Comisión Europea su inclusión como medida vinculante como contenido de una futura directiva.

³ En el momento de escribir estas líneas, la Comisión ha finalizado el proceso de consulta pública sobre una nueva directiva en materia de transparencia retributiva y la publicación de su propuesta, prevista para finales de 2020, todavía se espera.

La Constitución española (CE) de 1978 también reconoce expresamente, junto con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), la interdicción específica del sexo como «categoría sospechosa» de discriminación en el terreno retributivo (art. 35.1 CE).

Sin embargo, la tutela multinivel esbozada no ha impedido que los datos sigan mostrando la persistencia de una brecha retributiva entre mujeres y hombres. Los datos de Eurostat para el conjunto de los 27 Estados miembros cifran la brecha salarial sin ajustar en el 14,8 % en 2018. En España, la Encuesta cuatrienal de estructura salarial más reciente del Instituto Nacional de Estadística (INE), con datos referidos también a 2018, fija en el 78,6 % lo que representa el salario anual medio de las trabajadoras (21.011,9 €) con respecto al de los trabajadores (26.738,19 €), situando la brecha salarial bruta nacional en torno al 20 %. Los principales indicadores muestran que su tendencia es decreciente, pero con un ritmo a «paso de tortuga», que incluso se detiene, cuando no da marcha atrás, en periodos de crisis económica (Instituto Europeo para la Igualdad de Género, 2020).

La actividad parlamentaria durante la X legislatura⁴ prestó una atención particular a la discriminación retributiva por razón de sexo, que desembocó en la XII legislatura con la aprobación de dos mociones –una para que el Gobierno aprobara una ley de igualdad salarial y otra para que diera cumplimiento a la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014⁵–, y con la presentación de tres proposiciones de ley sobre igualdad retributiva⁶.

El Real Decreto-Ley (RDL) 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, ha modificado el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), dedicado a la igualdad de retribución por razón de sexo, para incorporar un mecanismo inédito en nuestra ordenación del contrato de trabajo: el registro salarial. Recientemente, el Gobierno ha dado cumplimiento a su desarrollo reglamentario (disp. final primera RDL 6/2019)

⁴ Entre otras referencias, Proposición no de ley del PSOE sobre actuaciones por la igualdad salarial entre mujeres y hombres (BOCG, Congreso de los Diputados, 49, de 6 de marzo de 2012); Proposición no de ley del PSOE sobre el establecimiento de un plan especial para la igualdad salarial entre mujeres y hombres (Diario de Sesiones, 602, de 25 de junio de 2014); Proposición no de ley del PSOE sobre la igualdad salarial entre mujeres y hombres (BOCG, Congreso de los Diputados, 10, de 9 de febrero de 2016).

⁵ Moción 173/16, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, 237, de 21 de febrero de 2017) y Moción 173/51, del Grupo Parlamentario Podemos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, 237, de 26 de octubre de 2017).

⁶ Se trata de las siguientes proposiciones de ley: igualdad retributiva entre mujeres y hombres, del Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 171-1, de 10 de noviembre de 2017); garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva, del Grupo Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 214-1, de 2 de marzo de 2018); e integral de igualdad y transparencia retributiva entre mujeres y hombres, del Grupo Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 326-1, de 19 de octubre de 2018).

con la aprobación del Real Decreto (RD) 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, cuya entrada en vigor se ha aplazado hasta el 14 de abril de 2021⁷.

El objetivo principal de este artículo es desarrollar un examen detallado del régimen legal y reglamentario sobre el registro salarial o retributivo –una denominación que se empleará de manera indistinta en la medida en que el RD 902/2020 ha variado la denominación del registro salarial para referirse exclusivamente a él como «registro retributivo» (art. 3.3)–. En el apartado segundo se examinan tres cuestiones: primero, el contexto en que se aprobó el RDL 6/2019 y las dudas que se ciernen sobre su constitucionalidad; seguidamente, la justificación del registro salarial teniendo en cuenta el derecho a la no discriminación por razón de sexo y su relación con la transparencia retributiva; y, en tercer lugar, los contenidos que el RDL 6/2019 reforma en el ET y la Ley orgánica (LO) 3/2007, de 22 de marzo. En el apartado tercero se aborda la obligación de todas las empresas de llevar un registro salarial y se estudia su naturaleza imperativa, su ámbito subjetivo de aplicación y su objeto principal de regulación. En el apartado cuarto se aprecia la existencia de una obligación especial para ciertas empresas de justificar en el registro retributivo las diferencias salariales que alcancen una cuantía del 25 % o más. En el apartado quinto se estudia el contenido del registro y se distinguen sus dos dimensiones: una dimensión cuantitativa, formada por tres variables desagregadas (valores retributivos medios, sexo de las personas perceptoras y clasificación profesional aplicable), y una dimensión cualitativa, consistente en la justificación de las diferencias salariales iguales o superiores al 25 % entre trabajadoras y trabajadores de la empresa. En el apartado sexto se advierten las lagunas en la regulación de la periodicidad del registro salarial y se realizan algunas propuestas para cubririrlas. En el apartado séptimo se identifica a quienes tienen derecho a acceder al registro (trabajadoras/es) y derecho a recibir información sobre su contenido (representantes legales, personas delegadas sindicales y comisión negociadora del plan de igualdad). En el octavo y último epígrafe se muestran las infracciones que pueden desprenderse del incumplimiento de las obligaciones que se derivan del registro salarial y las sanciones a que pueden dar lugar.

2. El RDL 6/2019, de 1 de marzo

2.1. La extraordinaria y urgente necesidad del RDL 6/2019

El registro salarial ha sido incorporado al artículo 28.2 del ET a través de uno de los reales decretos-leyes aprobados en los denominados «viernes sociales», según expresión

⁷ El RD 902/2020, junto con el RD 901/2020, también de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, dan cumplimiento íntegro al Acuerdo adoptado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Igualdad y los sindicatos UGT y CC. OO. para el desarrollo de la igualdad efectiva en el trabajo entre mujeres y hombres, celebrado el 30 de julio de 2020.

acuñada por el propio Gobierno de España en las fechas previas a las elecciones generales de 28 de abril de 2019. Su convalidación fue aprobada por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en su sesión celebrada el 3 de abril⁸.

Sobre este texto legislativo pende el recurso de inconstitucionalidad número 2206-2019, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Popular en el Congreso, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) el 7 de mayo de 2019. No obstante, como es sabido, se trata de una disposición plenamente vigente y aplicable hasta el momento que el Alto Tribunal resuelva su conformidad con el texto constitucional –Sentencia del TC (STC) 29/1982, de 31 de mayo (FJ 2.º)–.

Un buen número de las contribuciones doctrinales ha manifestado severas dudas sobre el cumplimiento del requisito constitucional de «extraordinaria y urgente necesidad» a que obliga el artículo 86.1 de la CE (Ballester Pastor, 2019a, pp. 17-18; Lousada Arochena, 2019, p. 80; Molina Navarrete, 2019, pp. 5-8). Sin poner en ningún momento en cuestión la oportunidad de su contenido, las objeciones se han centrado en que la necesidad de su aprobación fuera verdaderamente «extraordinaria y urgente», hasta el punto de justificar la intervención del Gobierno como legislador extraordinario –además, en las semanas anteriores inmediatamente a la celebración de las elecciones generales–. Sin embargo, la doctrina sobre la «presentación explícita y razonada por parte del Gobierno de la situación de extraordinaria y urgente necesidad», aplicada por el TC en el examen del recurso de inconstitucionalidad formulado contra el RDL 7/2019, de 1 de marzo –aprobado el mismo «viernes social»–, permite atemperar, aunque solo en cierta medida, la intensidad de estas críticas –STC 14/2020, de 28 de enero (FJ 4.º)–.

2.2. La justificación del registro salarial en la igualdad entre mujeres y hombres y la transparencia en materia retributiva

La imposición de un nuevo deber empresarial consistente en llevar un registro salarial puede justificarse acudiendo a tres referentes legales distintos, aunque estrechamente relacionados.

En primer lugar, en un plano estrictamente laboral, encuentra su fundamento inmediato en el deber empresarial de pagar a sus trabajadoras y trabajadores la misma retribución por la prestación de un trabajo igual o de igual valor, sin que la empresa pueda incurrir en ninguna discriminación retributiva por razón de sexo, todo ello de acuerdo con el artículo 28.1 del ET. La obligación de llevar el registro salarial resulta, pues, una obligación

⁸ Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RDL 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.

derivada o secundaria de la principal establecida en el apartado 1 del mismo precepto. Como garantía mediata del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, la fundamentación del registro salarial radica tanto en el artículo 4.2 c) del ET (derecho a no sufrir discriminación directa o indirecta por razón de sexo), como en su desarrollo en el artículo 17 del ET, que declara nulas y sin efecto las decisiones de la empresa en materia retributiva que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (Sánchez Trigueros, 2018). Precisamente, su conexión con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, en tanto derecho fundamental reconocido por el artículo 14 de la CE, justifica que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, el criterio teleológico adquiera una especial relevancia a la hora de interpretar y aplicar esta regulación en caso de duda, en la medida en que debe prevalecer la interpretación que «dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental» –SSTC 69/1984, de 11 de junio (FJ 4.º), 1/1989, de 16 de enero (FJ 3.º), y 32/1989, de 13 de febrero (FJ 2.º)–.

En segundo lugar, en el plano del derecho antidiscriminatorio, este deber empresarial también está relacionado con la obligación prevista en el artículo 45.1 de la LO 3/2007, según la cual todas las empresas deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, entre las que ahora se encuentra la llevanza de un registro salarial⁹. Se trata de una obligación directamente relacionada con el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres enunciado en el artículo 5 del mismo texto orgánico, cuyo contenido debe ser garantizado en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas (Garrigues Giménez, 2007). No puede olvidarse que el artículo 4 de este mismo texto legal convierte la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en un principio informador del ordenamiento jurídico que debe observarse a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas (Lousada Arochena, 2018b). Se trata de un artículo al que ha acudido el Tribunal Supremo (TS) para hablar de la «interpretación de la perspectiva de género» –Sentencia del TS (STS) 580/2020, de 2 de julio (FJ 4.º)– o, más correctamente, «interpretación con perspectiva de género» –STS 908/2020, de 14 de octubre (FJ 3.º)–, y que refuerza todavía más la apreciación hermenéutica finalista efectuada en el párrafo anterior.

Sin abandonar este mismo plano, el registro salarial constituye, en tercer lugar, un mecanismo o una herramienta propia de la estrategia de la transparencia retributiva, en línea con la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, que resulta funcional para estimar si la empresa está cumpliendo o no con su obligación de no discriminar

⁹ El artículo 45.1 de la LO 3/2007 prevé que tales medidas deberán negociarse y, en su caso, acordarse con la representación legal de las personas trabajadoras «en la forma que se determine en la legislación laboral». Como el nuevo artículo 28.2 del ET no establece nada al respecto, puede concluirse que esta previsión no resulta de aplicación al registro salarial, sin perjuicio de la libertad de las partes para incluirlo en su negociación colectiva de las medidas de igualdad (art. 85.1 ET) o, en el caso de empresas obligadas a adoptar un plan de igualdad, en la nueva auditoría salarial que debe formar parte de su contenido (art. 46.2 e) LO 3/2007).

retributivamente a las personas de uno u otro sexo y, en consecuencia, para facilitarles que puedan apreciar la existencia de discriminación retributiva directa¹⁰ y, en tal caso, formular una demanda (Ballester Pastor, 2018b, p. 25; López Balaguer y Rodríguez Rodríguez, 2019; Sáez Lara, 2020, p. 14). Este es el motivo por el que el RD 902/2020 concibe el registro retributivo como uno más de los instrumentos que permiten aplicar el principio de transparencia retributiva en la empresa, junto con la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo y el derecho de información de las personas trabajadoras (art. 3.3) (Sánchez Pérez, 2020).

2.3. El contenido de la reforma del artículo 28 del ET

El artículo 28 del ET modificado, dedicado a la igualdad de remuneración por razón de sexo, ya se encontraba en la redacción inicial del ET⁸⁰¹¹. Se trata de un precepto incluido sin duda como consecuencia de los tratados internacionales suscritos por España¹², como también por la previsión enunciada en el artículo 35.1 de la CE, que establece una prohibición específica de la discriminación por razón de sexo en la remuneración, adicional a la cláusula general enunciada en el artículo 14 de la CE (Ventura Franch, 1999).

La redacción original del artículo 28 del ET estaba formada por un único párrafo, en el que se obligaba al empresario a pagar el mismo salario –incluyendo tanto el salario base como los complementos salariales– «por un trabajo igual», sin admitir ninguna discriminación por razón de sexo.

¹⁰ El párrafo I de la exposición de motivos del RDL 6/2019 no puede ser más parco a este respecto, limitándose a señalar que su contenido se inscribe en el contexto de la Recomendación de 2014 y, en particular, su definición del concepto de «trabajo de igual valor», sin ninguna referencia expresa al registro salarial.

¹¹ El precepto preconstitucional inmediatamente anterior fue el artículo 10.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, que establecía en su sección IV, dedicada específicamente al trabajo de las mujeres, su derecho a percibir las mismas retribuciones que los hombres a «igualdad de trabajo».

¹² El artículo 14.2 del Convenio 117 de la OIT, sobre política social (normas y objetivos básicos), de 1962, ratificado por España el 8 de mayo de 1973, fue expresamente citado para defender su redacción, en aquel momento ubicada en el artículo 26 del Proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores, en el trámite de enmiendas al precepto celebrado en la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 53, de 13 de diciembre de 1979, Serie A-62, pp. 3.606-3.608). En cambio, no se acudió ni al Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina, de 1951, ratificado por España el 6 de noviembre de 1967, ni al artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977. Con posterioridad a la aprobación del ET80, puede indicarse el artículo 4.3 de la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España el 6 de mayo de 1980, y, especialmente, el artículo 11 d) del Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 (CEDAW), ratificado por España el 5 de enero de 1984.

La evolución de este artículo ha sido calificada por Ballester Pastor como «vacilante, tardía, poco comprometida y algo tortuosa» (2017, p. 66). En efecto, la redacción del precepto fue modificada por primera vez por el artículo 3.2 de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que suprimió el concepto de trabajo igual por el de «trabajo de igual valor», pasando con esta redacción al Real Decreto legislativo (RDleg.) 1/1995, de 24 de marzo. La siguiente modificación fue efectuada por el artículo único de la Ley 33/2002, de 5 de julio, nada menos que con la finalidad de trasponer correctamente la Directiva 75/117/CE. La reforma reemplazó la referencia al salario para incluir la retribución en su comprensión más amplia posible, es decir, «satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial».

Han tenido que pasar casi dos décadas para alumbrar una reforma en profundidad del artículo 28 del ET. El artículo 2.7 del RDL 6/2019 introduce un segundo párrafo al apartado uno, que define el trabajo de igual valor y lo convierte en un concepto jurídico determinado¹³, y dos nuevos apartados, dos y tres, que tienen como objeto directo el registro salarial. Mientras el nuevo artículo 28.2 regula dos contenidos principales, una nueva obligación general para la empresa de llevar un registro salarial y el derecho de acceso de las personas trabajadoras al mismo, el nuevo apartado 3 establece una obligación especial, solo aplicable a empresas con al menos cincuenta personas empleadas, consistente en justificar ciertas diferencias salariales entre trabajadoras y trabajadores cuando sean iguales o superiores a un 25 %.

No puede olvidarse que el RDL 6/2019 introduce dos novedades adicionales directamente relacionadas con el registro salarial, aunque su regulación se desplace a dos artículos distintos al 28 del ET. En primer lugar, el artículo 2.Quince del RDL 6/2019 modifica el artículo 64.3 del ET para incluir, dentro del derecho de información del comité de empresa –y de las personas delegadas de personal, ex art. 62.3 ET– en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, el registro salarial, con una periodicidad en su recepción al menos anual. En segundo lugar, ya fuera del ET, el artículo 1.Dos del RDL 6/2019 modifica el artículo 46.2 de la LO 3/2007 para incluir los datos del registro salarial como materia del diagnóstico negociado que la empresa debe facilitar a su comisión negociadora con carácter previo a la elaboración del plan de igualdad. Además, estos datos resultan especialmente útiles para la elaboración de la auditoría salarial, también introducida por el RDL 6/2019 como nuevo contenido del diagnóstico previo al plan de igualdad empresarial (art. 46.2 e) LO 3/2007)¹⁴.

Debe subrayarse desde el inicio la estrecha relación entre todas las modificaciones legales señaladas, tanto las introducidas en el ET como las efectuadas en la LO 3/2007, entre las que el registro salarial aparece como un presupuesto necesario para todas las demás: sin él carece de sentido el derecho de acceso de las personas trabajadoras, la obligación especial de justificar ciertas diferencias salariales entre empleadas y empleados,

¹³ El concepto de trabajo de igual valor, definido en el artículo 28.1 del ET, se desarrolla en el artículo 4.2 y 3 del RD 902/2020.

¹⁴ El contenido de la auditoría salarial se desarrolla en los artículos 7 y 8 del RD 902/2020.

el derecho de información del comité de empresa sobre su contenido y el derecho de la comisión negociadora del plan de igualdad a recibir sus datos. De esta forma, el registro salarial constituye el eje sobre el que las restantes disposiciones legales pivotan y se convierte en el requisito imprescindible para no vaciarlas de contenido.

3. La obligación general de todas las empresas de tener un registro retributivo

3.1. Introducción

El contenido del artículo 28.2 del ET puede analizarse mejor si se diferencia adecuadamente el objeto que regula cada uno de sus dos párrafos. Si el primer párrafo establece una nueva obligación empresarial, el deber de llevar un registro salarial, el segundo reconoce a continuación un derecho derivado del cumplimiento de esta obligación: el derecho de acceso al contenido del registro por las personas trabajadoras, si bien a través de sus representantes legales en la empresa.

El análisis de cada uno de estos dos objetos, así como la relación que puede establecerse entre ellos, no puede olvidar, como ya se ha señalado, que el RDL 6/2019 también ha reformado el artículo 64.3 del ET, para añadir «el registro incluido en el art. 28.2» como nuevo contenido del derecho de información de la representación legal de las personas trabajadoras en materia de igualdad. Es importante relacionar adecuadamente estos tres contenidos porque, de lo contrario, existe el riesgo de confundir el derecho de acceso de las personas trabajadoras al registro con el derecho de información de sus representantes legales sobre el mismo¹⁵ –un riesgo que el desarrollo reglamentario no ha logrado evitar por completo, como se apreciará–.

3.2. Naturaleza

Resulta indudable que el primer párrafo del nuevo artículo 28.2 del ET impone una nueva obligación a las empresas en materia salarial: llevar un registro cuyo contenido debe cumplir con las características que prevé el mismo párrafo –y que se estudiarán más adelante–.

¹⁵ Una razón que justifica esta distinción se encuentra en la Recomendación de 7 de marzo de 2014, donde se enuncian dos medidas diferentes dirigidas a los Estados en materia de transparencia salarial: garantizar que los empleados pueden solicitar información sobre niveles salariales (párrafo 3) y obligar a las empresas con cincuenta personas trabajadoras o más a informar periódicamente de la remuneración media a sus personas trabajadoras, sus representantes y a la interlocución social (párrafo 4). Desde luego, una mejor justificación del contenido de la reforma en la exposición de motivos del RDL 6/2019, que se limita a indicar que el texto legislativo de urgencia se inscribe en el contexto de la Recomendación de 2014, ayudaría con el examen de esta cuestión.

La naturaleza obligacional o imperativa para la empresa se trasluce en la redacción de los tres apartados del artículo 28 del ET: según su apartado 1, «El empresario está obligado...»; también en el apartado 2, «El empresario está obligado...»; y, de acuerdo con el apartado 3, «El empresario deberá...». Esta naturaleza se traslada al RD 902/2020, por el que todas las empresas «deben tener» un registro retributivo (art. 5.1). La literatura jurídica ha coincidido en su carácter prescriptivo de manera unánime (Ballester Pastor, 2019a, p. 25; Blázquez Agudo, 2019, p. 5; Gimeno Díaz de Atauri, 2019, p. 156; Sáez Lara, 2020, p. 14), de tal modo que su incumplimiento supondrá una infracción en el orden social y, además, podrá ser exigido judicialmente.

3.3. Titularidad

La parte del contrato de trabajo que es titular de esta obligación es la empresa, de forma que su ámbito subjetivo de aplicación es general, pues se aplica a cualquier empresa, con independencia de su tamaño –a diferencia de la previsión contenida en el art. 28.3 ET y del contenido del párrafo 4 de la Recomendación de la Comisión de 2014, que cifra en cincuenta personas trabajadoras el tamaño de las empresas obligadas a informar sobre los salarios, una mejora que es recordada en el párrafo II de la parte expositiva del RD 902/2020–.

El RD 902/2020 no ha querido dejar lugar a dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de esta obligación cuando se refiere a «todas las empresas»¹⁶ y cuando persigue garantizar el acceso a la información retributiva de las empresas «al margen de su tamaño» (art. 5.1). Incluso las Administraciones públicas, en tanto que empleadoras de personal laboral, resultan obligadas a contar con un registro retributivo, sin perjuicio de las peculiaridades que se deriven de su legislación específica (disp. adic. cuarta RD 902/2020). Goñi Sein (2020, pp. 102-103) ha observado con acierto que esta obligación debe ser cumplida por las empresas de trabajo temporal respecto de sus personas trabajadoras cedidas a las empresas usuarias (art. 15.1 Ley 14/1994, de 1 de junio) y por las empresas contratistas o subcontratistas con respecto a sus personas empleadas (art. 42 ET). Por contra, el registro presenta una primera limitación en su afán de tutela por cuanto que las personas trabajadoras cedidas por las empresas de trabajo temporal no podrán conocer la retribución percibida por las de la plantilla de la empresa usuaria, lo que les dificultará de forma sobresaliente apreciar si existe una discriminación retributiva en comparación con estas (Goñi Sein, 2020, p. 104)¹⁷.

¹⁶ Nótese que, a pesar de la diferente nomenclatura empleada por el artículo 28 del ET, que se refiere al «empresario» en sus tres apartados, y la manejada en el RD 902/2020, que habla de «las empresas» en todo momento, el desarrollo reglamentario no introduce ninguna variación en el ámbito subjetivo de la obligación, más allá de la disparidad terminológica. Sin duda, el uso de la noción «el empresario» en el artículo 28.1 del ET motivó el mantenimiento de la misma terminología en los nuevos apartados introducidos por el RDL 6/2019, en lugar de provocar su modificación para evitar un uso sexista del lenguaje jurídico, como en cambio sí ha cumplido su desarrollo reglamentario.

¹⁷ Cfr. STS 930/2020, de 20 de octubre.

La extensión del ámbito subjetivo de esta obligación, por otra parte, no resulta nada forzada sino completamente natural si se tiene en cuenta que la empresa es el sujeto del contrato de trabajo obligado a satisfacer la retribución de su plantilla (art. 1.1 ET), hasta el punto que constituye su obligación principal durante la ejecución del contrato de trabajo (art. 45.2 ET). De este modo, cuando el artículo 1.1 del ET define las personas trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación a partir de su nota o carácter retribuido, la cuantía de la retribución que la empresa satisfaga a mujeres y hombres deberá ser la misma cuando se trate de un trabajo igual o de igual valor (art. 28.1 ET) y, tras la reforma del RDL 6/2019, deberá quedar reflejada en un registro de forma desglosada según la clasificación profesional, los componentes retributivos y el sexo de sus perceptores (art. 28.2 ET).

3.4. Objeto

La nueva obligación empresarial consiste en un hacer, en realizar cierta conducta: llevar un registro salarial. En cambio, el RD 902/2020 modifica el verbo empleado y obliga a «tener» un registro retributivo.

Con el objetivo de delimitar el alcance de la obligación empresarial, resulta necesario conocer el significado que debe atribuirse al verbo empleado en el artículo 28.2 del ET, «llevar», para lo que podemos acudir al *Diccionario de la lengua española*, elaborado por la Real Academia. Si, de acuerdo con su octava acepción, llevar significa «tener, estar provisto de algo», la acepción decimoséptima se refiere a «ejercitar una acción determinada». Mientras que según su primer significado llevar un registro consistiría en el producto o resultado material del cumplimiento de la obligación, de acuerdo con la segunda llevar un registro se centraría más en el modo de llevar a cabo la acción y no tanto en su resultado. Si se opta por una interpretación que integre ambas acepciones, la obligación empresarial de llevar un registro comprende tanto el modo de cumplir con esta obligación (la empresa debe llevar el registro salarial en la forma prevista en el art. 28.2 ET), como el resultado que debe desprenderse con su cumplimiento (la empresa debe disponer del registro salarial con el contenido previsto en el art. 28.2 y 3 ET). Realizar esta distinción es útil, al menos en términos analíticos, porque si el registro como resultado cuenta con un tratamiento detallado en el artículo 28.2 y 3 del ET, por ejemplo, a la hora de definir su contenido, el registro como acción o conducta no ha merecido tanta atención, en especial a la hora de establecer su periodicidad, el plazo temporal para conservar sus datos o el papel de la negociación colectiva al respecto –a diferencia del nuevo art. 34.9 ET, sobre el registro de la jornada laboral–.

El desarrollo reglamentario no ha hecho sino confirmar definitivamente esta configuración, pues dedica su atención principalmente en el producto de la obligación, el registro, y en mucha menor medida en el objeto de la obligación, su llevanza, pues de nuevo ha desarrollado mucho más el contenido del primero (art. 5, apdos. 1 a 5, y art. 6) que del segundo (art. 5.6).

En definitiva, la nueva obligación empresarial se configura como una obligación de resultado: la empresa está obligada a tener o disponer de un registro.

4. La obligación especial de ciertas empresas de justificar determinadas diferencias retributivas

El artículo 28.3 del ET establece lo siguiente:

Quando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25 % o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Se trata de una nueva obligación empresarial, pero, a diferencia de la establecida en el artículo 28.2 del ET, puede considerarse especial, tanto si se tiene en cuenta su relación con la obligación de llevar un registro salarial, como si se atiende a las empresas que son sus titulares. También se trata de un deber sujeto a condición, pues solo debe cumplirse si los valores registrales alcanzan ciertas diferencias entre las trabajadoras y los trabajadores.

Se trata de una obligación especial en relación con la general de llevar un registro salarial, pues, solo como consecuencia del cumplimiento de esta, tiene sentido la previsión de aquella. Su incumplimiento también dará lugar a la comisión de una infracción en el orden social, por un lado, y a la posibilidad de que se reclame judicialmente su realización, por otro.

También lo es porque su titularidad se limita a ciertas empresas, y no a todas como la llevanza del registro salarial: solo deberán cumplir con esta obligación las empresas con al menos cincuenta personas trabajadoras¹⁸, el resto no resultarán obligadas por más que sus datos registrales incurran en los márgenes que señala el artículo 28.3 del ET. De esta forma, mientras la obligación de llevar el registro, dar acceso a las personas trabajadoras e informar sobre su contenido a sus representantes legales vincula a cualquier empresa, esta obligación especial solo lo hace con aquellas cuyo personal alcanza al menos cincuenta personas empleadas. Debe señalarse que la cifra elegida, una plantilla con cincuenta personas, se corresponde, por un lado, con la empleada en la Recomendación de la Comisión de 2014 para señalar las empresas obligadas a informar a su plantilla sobre la remuneración media,

¹⁸ Según los datos de la Dirección General de Industria, y de la Pequeña y Mediana Empresa de octubre de 2020, solo el 1 % de las empresas en España resulta afectado por esta obligación especial en materia de registro salarial.

y, por otro, con la utilizada para determinar las empresas que deberán contar con un plan de igualdad y acometer una auditoría salarial a partir del 7 de marzo de 2022 (art. 1.Tres RDL 6/2019). Las empresas con un tamaño menor, si los resultados del registro arrojan alguna diferencia retributiva del 25 % o mayor, solo deberán justificarla ante una eventual demanda por discriminación retributiva. En este supuesto, la constatación de una diferencia con la magnitud señalada puede considerarse que constituye una prueba indiciaria suficiente como para invertir la carga de la prueba y activar en sede judicial la obligación de la empresa de acreditar que dicha diferencia responde a motivos no relacionados ni directa ni indirectamente con el sexo de la persona trabajadora.

Finalmente, se trata de una obligación sujeta a condición, pues solo deberán cumplirla las empresas con al menos cincuenta personas en plantilla si en su registro aparece una diferencia retributiva promediada de un 25 % o más entre las trabajadoras y los trabajadores que la componen.

5. El contenido del registro retributivo

Si, como hemos apreciado, el registro salarial se ha configurado como una obligación empresarial de resultado, consiste en tener o disponer de un registro, resulta lógico que su regulación aborde con cierto detalle qué contenido debe cumplir. Sus características se enuncian en la segunda parte del primer párrafo del artículo 28.2 y en el artículo 28.3 del ET, y se desarrollan en los artículos 5 y 6 del RD 902/2020. Se trata, por tanto, de un contenido reglado o tasado en la propia norma legal y reglamentaria y, como tal, cuenta con carácter imperativo y no dispositivo.

Como el artículo 28.2 del ET no distingue entre la empresa y sus centros de trabajo, el registro mostrará la situación retributiva en el conjunto de la empresa –lo que, como veremos, plantea algunos inconvenientes a la hora de determinar a través de qué representantes legales la plantilla accederá al registro o qué ocurre cuando los centros aplican distintos convenios colectivos–.

El registro salarial debe expresar las retribuciones de toda la plantilla por grupo, por categoría e, incluso, por puesto de trabajo, según los valores medios percibidos por los trabajadores y las trabajadoras encuadrados en cada uno de ellos. El contenido del registro da como resultado la comparación entre las siguientes cifras: el valor medio del salario profesional, de cada uno de los complementos salariales y de cada una de las percepciones extrasalariales percibidas por el conjunto de las trabajadoras de un grupo, categoría o puesto de trabajo, y el valor medio correspondiente a cada una de estas mismas percepciones del conjunto de los trabajadores en ese mismo grupo, categoría o puesto de trabajo (art. 28.2 ET). El precepto en ningún momento hace referencia a valores retributivos individualizados, sino agrupados y mediados en dos grupos, trabajadoras y trabajadores, según el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa.

El ámbito subjetivo al que debe extenderse esta información es toda la plantilla, incluido el personal directivo y, a pesar de los términos del RD 1382/1985, de 1 de agosto, los altos cargos (art. 5.1 RD 902/2020). Esta especificación, junto con la aplicación del RD 902/2020 a todas las relaciones laborales reguladas en el ET (art. 2), obliga a examinar caso por caso la aplicación del registro retributivo a las personas trabajadoras sometidas a las relaciones laborales de carácter especial (art. 2 ET), según la relación de supletoriedad en materia retributiva que cada régimen jurídico especial establezca con el ET, teniendo en cuenta supuestos tan singulares como el del personal empleado al servicio del hogar familiar.

En el caso de empresas desde cincuenta personas trabajadoras, el registro salarial también deberá incluir una justificación cuando exista una diferencia del 25 % o más en el promedio de las retribuciones satisfechas a las personas empleadas de uno de los dos sexos (art. 28.3 ET).

La regulación del registro salarial no ha previsto nada sobre el papel de la representación legal de la plantilla sobre su contenido, a diferencia de la regulación del registro horario contenida en el artículo 34.9 del ET, introducida por el RDL 8/2019, de 8 de marzo. Este silencio ha sido cubierto, de manera un tanto sorprendente, por el artículo 5.6 del RD 902/2020, que establece la obligación empresarial de consultar con al menos 10 días de antelación su elaboración –se entiende su elaboración documentada, según el art. 5.1 del mismo decreto– con dicha representación legal. También impone la misma obligación cuando el registro se modifique como consecuencia de la variación sustancial de cualquiera de sus elementos (art. 5.4 RD 902/2020). El hecho de que sea una previsión acertada, efectuada en términos parecidos a los previstos para el registro de jornada, que obligan a la empresa al menos a consultar con la representación legal de la plantilla con carácter previo a la organización y documentación del registro, no impide manifestar las dudas sobre el carácter *ultra vires* de esta nueva obligación empresarial de consulta impuesta por vía reglamentaria, pues no aparece de manera más o menos expresa ni en el artículo 28 del ET ni en el artículo 64.5 del ET, un precepto este segundo inmodificado por el RDL 6/2019.

El RD 902/2020 tampoco ha fijado en un anexo el formato en que debe organizarse este contenido, admitiendo la libertad de forma en la documentación de los datos del registro salarial, siempre que se organicen y presenten de tal modo que la información sea suficiente y significativa (art. 3.1 RD 902/2020), así como fiel y actualizada (art. 5.1 RD 902/2020). En su artículo 5.5 se anuncia la publicación de un modelo o formato en las webs oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, que puede ser utilizado pero que, en ningún caso, es vinculante para las empresas.

Los términos que se emplean en los dos nuevos apartados del artículo 28 del ET, y el hecho de que su regulación esté separada en dos números distintos, permite diferenciar dos tipos de contenidos en el registro salarial: uno cuantitativo, en los términos expresados en el artículo 28.2 del ET, y otro cualitativo, según la regulación del artículo 28.3 del ET.

5.1. La dimensión cuantitativa del registro retributivo: las tres variables

Pueden diferenciarse tres variables en el contenido cuantitativo del registro salarial: la primera de tipo retributivo, la segunda de carácter sexual y la tercera acerca del sistema de clasificación profesional (arts. 28 ET y 5 RD 902/2020).

Podrían haberse incluido otras variables adicionales, como la subdivisión de los datos por el tipo de jornada (completa o parcial, incluidas las reducciones de jornada por conciliación), la modalidad contractual (duración indefinida o determinada), los centros de trabajo, los convenios colectivos aplicables o el valor de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias, entre otras. Ni el artículo 28.2 del ET ni el artículo 5 del RD 902/2020 obligan a expresar variables adicionales, pero tampoco lo impiden, pudiendo desempeñar un papel importante a este respecto las disposiciones en materia de igualdad de los convenios colectivos (art. 85.1 ET) y, especialmente, los planes de igualdad de las empresas (art. 46 LO 3/2007). También el trámite de consulta a la representación unitaria antes de elaborar el registro retributivo introducido por el artículo 5.6 del RD 902/2020 puede ser una buena ocasión para proponer variables adicionales. En particular, las empresas obligadas a confeccionar una auditoría retributiva pueden contemplar estas y otras variables para apreciar si producen diferencias retributivas que puedan estimarse discriminatorias (art. 8.1 a) 2.ª RD 902/2020).

5.1.1. La primera variable: los valores retributivos medios

La primera variable, retributiva, se regula mediante una enumeración de tres conceptos: los salarios, debiéndose entender por tales el salario base profesional o interprofesional, según corresponda; los complementos salariales, según se regulan en el artículo 26.3 del ET y, en consecuencia, dependientes de su previsión en el convenio colectivo de aplicación o en los contratos de trabajo de la plantilla; y las percepciones extrasalariales, de acuerdo con su enumeración en el artículo 26.2 del ET.

Como ha señalado Ballester Pastor (2018a, p. 68), esta enumeración incurre en cierta redundancia, que reproduce la contenida en la descripción de la retribución que efectúa el artículo 28.1 del ET. En efecto, si el concepto de retribución del apartado 1 ya incluye estos tres tipos de percepciones salariales, no puede llegarse a otra conclusión distinta en su apartado 2, incluso si empleara únicamente la noción de retribución, al menos desde un punto de vista gramatical, lógico y sistemático.

Quizás puede estimarse que la reincidencia en la enumeración cuenta con una finalidad, primero, pedagógica, para recordar a quienes deben aplicar e interpretar la norma legal todos y cada uno de los elementos que conforman la retribución, sin que pueda alegarse de ninguna forma la exclusión de alguno de ellos. Y, en segundo lugar, práctica o aplicativa, que enuncia cada uno de los elementos retributivos que deben aparecer oportunamente

explicitados o desagregados en el registro para evitar una presentación agrupada en alguno de ellos que desvirtúe o, al menos, dificulte la finalidad comparativa del registro salarial, que no es otra que detectar la existencia de discriminaciones retributivas en la empresa.

Una segunda crítica, formulada también por Ballester Pastor (2019a, p. 24), valora negativamente el uso de la noción de salario tanto para denominar al registro como para enunciar los valores económicos que deben formar parte de su contenido. Según la autora, la noción de retribución hubiera sido más adecuada, especialmente si se toma en consideración el artículo 28.1 del ET y la normativa comunitaria. Este razonamiento es el que puede explicar mejor el cambio de denominación que introduce el RD 902/2020 cuando habla del «registro retributivo» (arts. 3.3, 5 y 6)¹⁹.

La cumplimentación de esta variable en el registro salarial puede dar lugar al menos a los siguientes problemas:

- En primer lugar, la estimación de los tres conceptos retributivos como una mera enunciación o ejemplificación que, posteriormente, puede dar lugar a un único dígito o cuantía salarial según el sexo de las personas trabajadoras y las clasificaciones profesionales existentes en la empresa. Se trata de una interpretación que no encuentra apoyo en una interpretación literal, ni sistemática ni, mucho menos, teleológica del nuevo artículo 28.2 del ET. Literalmente, porque la norma distingue cada uno de estos conceptos retributivos y los vincula con la conjunción copulativa «y», de forma que quien interpreta la ley también los debe distinguir. En segundo lugar, porque si su percepción individual debe contener con la debida claridad y separación las diferentes percepciones de la persona trabajadora (art. 29.1 ET), parece razonable sostener que también puede hacerlo el registro salarial. Y, finalmente, si el registro salarial es una herramienta para detectar la discriminación retributiva, debe servir para detectarla en cada uno de los conceptos retributivos, salariales y extrasalariales, pues la confusión entre todos ellos puede, primero, ocultar la existencia de un trato discriminatorio por razón de sexo en alguno de ellos, y, segundo, como consecuencia directa de lo anterior, impedir la adopción de las medidas necesarias para impedirlo, de carácter individual o colectivo. El desarrollo reglamentario no ha hecho sino confirmar esta interpretación, al requerir que se establezca en el registro retributivo los valores «en cada uno de estos conceptos» y exigir a continuación que los datos estén desagregados «en atención a la naturaleza de la retribución, incluyendo el salario base, cada uno de los complementos y cada una de las percepciones extrasalariales, identificando de modo diferenciado

¹⁹ Lo acertado de esta objeción no impide observar que la opción elegida a la hora de redactar los apartados 2 y 3 del artículo 28 ha tenido en cuenta la terminología empleada en el propio ET, que titula la sección 4.ª del capítulo II de su título I «Salarios y garantías salariales», y que emplea de forma reiterada la noción de salario a lo largo de sus artículos 26 a 32.

cada percepción» (art. 5.2 RD 902/2020). Como puede estimarse que el abuso del adjetivo «cada» es completamente intencionado en este precepto –pues el término correcto para denotar la opción de elegir entre alguno de ellos sería «cualquiera»–, la consecuencia directa es que el registro salarial deberá diferenciar los valores medios de cada uno de los conceptos retributivos que enumera: el salario, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales.

- En segundo lugar, los problemas derivados de la consideración de una percepción como salarial o extrasalarial, que no proceden en sentido estricto de la regulación del registro salarial, sino que cuentan con un carácter previo. La empresa deberá diferenciarlo según lo fijado en el artículo 26.2 del ET y el convenio colectivo de aplicación y, si existe algún problema sobre su categorización, simplemente se arrastrará a los datos del registro salarial. Lo que no puede hacerse de ninguna forma es alterar la naturaleza asignada a una percepción en su liquidación y pago ordinario a la hora de confeccionar el registro salarial, pues esta práctica tendría como consecuencia alterar su resultado.
- En tercer lugar, la interpretación y aplicación que deba darse a la expresión «valores medios». La primera cuestión radica en que, bajo esta noción, se incluye sin ninguna dificultad la media o el promedio de los valores retributivos, pero puede plantearse si, al emplear el término «valores medios», también debe incluirse su mediana –no en vano, la nueva redacción del art. 64.3 ET que proponían las proposiciones de ley de los Grupos Parlamentarios Podemos y Popular se referían a ella–. Una interpretación literal y sistemática permite llegar a esta solución. En la medida en que el artículo 28.2 del ET se ha referido a los valores medios, y no concretamente a su promedio o a su media, puede entenderse que su significado puede comprender ambos. El hecho de emplear dos nociones distintas en los dos nuevos apartados, como se ha señalado, permite inferir que se trata de conceptos diferentes, el primero más amplio y el segundo más específico, en correspondencia con la naturaleza general y especial de las respectivas obligaciones. Adicionalmente, una interpretación teleológica de la norma, atenta fundamentalmente a la estrategia a la que responde el registro salarial, la transparencia retributiva, y su finalidad última, facilitar la detección de discriminaciones retributivas, así como integradora de la perspectiva de género (art. 4 LO 3/2007), admite incluir en la noción de valores medios empleada en el artículo 28.2 del ET tanto la media aritmética como su mediana, pues, en definitiva, proporcionan mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, como se ha razonado previamente. La regulación de la variable retributiva del registro en el artículo 5.2 del RD 902/2020 ha resuelto en buena medida esta duda interpretativa. Junto con la media aritmética, ha extendido la información también a la mediana de los valores retributivos. Esta ampliación permitiría sostener un desarrollo reglamentario *ultra vires* si no fuera por los tres criterios interpretativos, expuestos inmediatamente antes, que permiten admitir una interpretación extensiva de la noción de «valores medios» empleada en el primer párrafo del artículo 28.2 del ET y, en consecuencia, que justifican la validez de su desarrollo reglamentario.

La segunda cuestión es dilucidar qué hacer cuando no pueden calcularse valores medios, lo que puede suceder en tres supuestos, especialmente en las empresas más pequeñas: si existe una única persona en el grupo, categoría o puesto de trabajo correspondiente; si solo concurren dos personas, una trabajadora y un trabajador; y, finalmente, si se trata de tres personas, dos de un sexo y una del otro. En ninguno de los tres casos pueden obtenerse valores medios según la literalidad normativa: en el primero, porque solo hay un valor retributivo que registrar; en el segundo, porque la desagregación de los valores medios por sexo lo impide –y, además, porque resulta imposible obtener la mediana–; y, en el tercero, porque los valores medios podrán obtenerse en el caso de las dos personas del mismo sexo, pero resultará imposible con la del otro, pues de nuevo no hay otra retribución más con que operar matemáticamente. El problema que se plantea en estos tres casos radica en que serían objeto de registro e información las cuantías salariales reales, no promediadas, percibidas por una persona empleada determinada, es decir, se trataría de datos de carácter personal que permitirían su identificación inmediata –art. 4.1 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril–. Mientras la respuesta al primer supuesto se ofrece en el próximo subapartado, en los otros dos casos podrían calcularse los valores medios de todas las percepciones a pesar de tratarse de personas de distinto sexo, calculando la media de los importes percibidos por la trabajadora y el trabajador en el segundo caso, o la media y la mediana de la adición de las cuantías correspondientes a las tres personas empleadas en el tercero, para mostrar a continuación el margen o la diferencia entre el valor medio obtenido y el realmente percibido por cada individuo.

5.1.2. La segunda variable: los datos desagregados por sexo

La segunda variable es categórica, de manera que producirá un resultado de medias o medianas retributivas desagregado en mujeres y en hombres.

Esta variable está justificada por el tipo de discriminación que proscribe el artículo 28 del ET, aquella por razón de sexo, y no otras causas también discriminatorias previstas tanto en el artículo 4.2 c), como en el 17 del ET (Ballester Pastor, 2019b). La legitimidad de esta variable circunscrita al sexo está apoyada por la normativa internacional (Lousada Arocheña, 2018a) y europea (Ballester Pastor, 2018b), pero también, en el plano interno, por el artículo 35.1 de la CE y el artículo 5 de la LO 3/2007, que tienen como objeto la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación por razón de sexo y la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, respectivamente.

Una cuestión particular se plantea cuando la empresa cuenta con una única persona trabajadora, mujer u hombre, en alguno de sus grupos, categorías o puestos (por ejemplo, personal de alta dirección), o cuando estos solo están integrados por mujeres u hombres (por ejemplo, en empresas con una plantilla muy pequeña). Mientras el segundo supuesto

ofrece menos problemas, pues en definitiva podrían obtenerse los valores medios de todas las personas trabajadoras del mismo sexo, en el primero puede sostenerse que los valores retributivos correspondientes podrían excluirse del contenido del registro. En apoyo de esta solución acuden una interpretación literal del precepto, pues los datos no pueden ser desglosados materialmente por sexo; lógica, pues parece razonable que no aparezca esta información si tampoco lo hará un concepto retributivo que no se satisface (por ejemplo, un complemento salarial determinado) o un puesto de trabajo que no existe en la empresa; y, especialmente, teleológica, porque si la finalidad del registro es facilitar una comparación de las retribuciones recibidas por las personas trabajadoras de cada sexo, no podrá producirse si solo está presente uno de los dos, de forma que puede prescindirse de su consignación en el registro²⁰. Esta solución cobra todavía más fuerza si se advierte que nos encontramos ante un dato personal, en este caso una información numérica, que permitiría su identificación inmediata, en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679.

5.1.3. La tercera variable: la clasificación profesional

La tercera y última variable es la que aborda la clasificación profesional. De nuevo encontramos una enumeración según la cual el registro salarial debe distribuir los valores medios –como ha especificado su desarrollo reglamentario, tanto la media aritmética, como la mediana– en cada concepto retributivo enumerado, desagregados por sexo y desglosados en grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Como ya apreciamos en la enumeración de la variable salarial, también ahora el primer párrafo del nuevo artículo 28.2 del ET desglosa los tipos clasificatorios profesionales en que deberán distribuirse los valores medios y desagregarse por sexo. La duda interpretativa que surge es si los datos deben ser desglosados en cada uno de estos tipos o la empresa cuenta con la facultad para elegir uno de ellos. Consideramos que la interpretación no debe ser distinta respecto de la empleada en la primera enumeración del mismo apartado, referida a los componentes retributivos, según un criterio lógico: no tendría sentido formular ahora una interpretación distinta a la empleada en la primera parte del mismo apartado. Desde una perspectiva literal, el artículo 28.2 del ET ha dispuesto que los valores medios sean distribuidos, no agrupados, y, a continuación, ha distinguido cada uno de estos tres tipos de clasificación profesional, de manera que también debe hacerlo quien interprete y aplique

²⁰ Además, en casos como los enunciados, no existiría ni un interés individual de alguna persona empleada para apreciar si existe una discriminación salarial por razón de su sexo, ni tampoco uno colectivo dirigido a analizar y corregir la concurrencia de un trato retributivo discriminatorio por la parte empresarial, lo que permite sostener la omisión del valor retributivo correspondiente. Solo en caso de determinar la existencia de algún otro puesto de trabajo de igual valor, como consecuencia de la aplicación de los artículos 28.1 del ET y 4 y 6 a) del RD 902/2020, la empresa vendría obligada a documentar el valor retributivo correspondiente a pesar de contar con una o varias personas del mismo sexo.

el texto legal. En tercer lugar, sistemáticamente se trata de tres criterios directamente relacionados, pero no completamente coincidentes: el grupo como instrumento del sistema de clasificación profesional (art. 22.1 ET); la categoría profesional como tipo de clasificación profesional en la medida en que todavía está presente en la regulación del ET (por ejemplo, arts. 34.7, 36.1, 40.4 y 46.5 ET), pero sobre todo en la negociación colectiva (Montoya Melgar, 2016); y, finalmente, el puesto de trabajo como criterio para la definición de los grupos profesionales (art. 22.3 ET). Y, en cuarto lugar, debe llegarse a la misma conclusión desde una perspectiva teleológica, pues si el registro salarial es un instrumento de la transparencia salarial, su interpretación debe contribuir a garantizarla, no a dificultarla, de tal manera que, de acuerdo con el artículo 3.2 del RD 902/2020, permita obtener información suficiente y significativa sobre el valor de las retribuciones, lo que se conseguirá con un desglose, no con una agrupación, de los datos referidos a la clasificación profesional. El desarrollo reglamentario ha avalado esta interpretación del artículo 28.2 del ET cuando enuncia, de nuevo de forma pormenorizada y acudiendo otra vez al adjetivo «cada», que los datos promediados se desglosen «en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable» (art. 5.2 RD 902/2020).

La tercera variable del registro salarial está directamente vinculada con el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa, en la medida en que descienda a grupos, categorías, niveles, puestos o cualquier otro parámetro que sistematice la clasificación profesional en la empresa. Precisamente, el registro salarial puede ayudar en buena medida a completar el análisis correlacional que requiere el renovado artículo 22.3 del ET, también introducido por el artículo 2.6 del RDL 6/2019, y desarrollado por los artículos 4.4 y 9 del RD 902/2020.

Un problema particular se desprende de la referencia a los puestos de trabajo «de igual valor». Por un lado, porque la empresa deberá identificarlos específicamente, pues no son objeto de tratamiento en la negociación colectiva. Y, por otro lado, porque el desarrollo reglamentario ha ignorado esta figura en la enumeración de los contenidos generales del registro que efectúa su artículo 5.2, para recuperarla más tarde en su artículo 6, cuyo ámbito de aplicación se restringe al contenido cualitativo del registro salarial y, por consiguiente, a la obligación especial que solo ciertas empresas deben cumplir (art. 28.3 ET). En efecto, según el desarrollo reglamentario, solo las empresas con cincuenta o más personas trabajadoras están obligadas a incluir como contenido del registro salarial los valores medios retributivos –de nuevo, tanto la media, como la mediana– correspondientes a «las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa», exonerando de su desagregación a las empresas de tamaño inferior. Esta regulación, dirigida, sin duda, a simplificar el contenido del registro para las empresas de menor tamaño, se aparta, sin embargo, del tenor literal del artículo 28.2 del ET, que incluye los puestos de trabajo de igual valor entre las variables profesionales a contemplar en cualquier registro.

En relación con la primera dificultad, el RD 902/2020 es muy consciente de ella e introduce dos mecanismos destinados a ayudar en la identificación de los puestos de trabajo

de igual valor. En primer lugar, sobre la base del nuevo párrafo segundo del artículo 28.1 del ET, que conceptúa cuándo un trabajo tendrá igual valor que otro, el artículo 4 del RD 902/2020 define cada uno de los parámetros que deben tenerse en cuenta para efectuar la comparación entre trabajos para determinar, en su caso, su equivalencia: la naturaleza de sus funciones o tareas, las condiciones educativas, las condiciones profesionales y de formación y las condiciones laborales y otros factores estrictamente relacionados con el desempeño. En segundo lugar, al mismo fin sirve la correcta valoración de los puestos de trabajo, una tarea que se asigna a las mesas negociadoras de los convenios colectivos y de la que puede desprenderse la identificación de los puestos de trabajo de igual valor (arts. 4.3 y 4, y 9 RD 902/2020).

De lo que no cabe duda es de que cualquier empresa, y no solo las obligadas a satisfacer el contenido cualitativo del registro previsto en el artículo 28.3 del ET y desarrollado por el artículo 6 del RD 902/2020, deberá expresar los valores medios de las retribuciones de los trabajos de igual valor cuando así hayan sido declarados por una resolución judicial²¹. En efecto, si una sentencia firme ha declarado la existencia de discriminación salarial tras el reconocimiento de que dos trabajos en la empresa son de igual valor, puede sostenerse, de acuerdo con la dicción literal del artículo 28.2 del ET, que tiene la obligación de registrar los valores medios de las retribuciones de los puestos cuyo valor ha sido reconocido equivalente.

5.2. La dimensión cualitativa del registro retributivo: la justificación de las diferencias salariales desde el 25 %

Como ya se ha expuesto, en las empresas con al menos cincuenta personas trabajadoras, si los resultados del registro salarial muestran una diferencia del 25 % o más en el promedio de las retribuciones satisfechas a sus trabajadoras en comparación con sus trabajadores, bien referida al conjunto de la masa salarial, bien a la media de las percepciones satisfechas, existe la obligación de justificar que esa diferencia responde a motivos diferentes al sexo de sus personas perceptoras.

La redacción de este apartado (art. 28.3 ET) presenta algunos defectos, procedentes, por un lado, de la excesiva repetición de cierto término y, al mismo tiempo, por otro, de la utilización de distintas nociones en materia retributiva que no facilitan su interpretación. En primer lugar, la obligación de justificar nacerá cuando el promedio de las retribuciones sea

²¹ Por ejemplo, este sería el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Almería de 19 de noviembre de 2018, que declaró la discriminación retributiva de las envasadoras (todas mujeres) de una comercializadora hortofrutícola por considerar su trabajo de igual valor que el de los mozos (todos hombres), pues realizaban las mismas funciones en ciertas líneas de trabajo, los reemplazaban en caso de enfermedad y realizaban tareas de limpieza conjuntamente, declarando ilegal la cláusula del convenio colectivo de aplicación y condenando a la empresa a abonarles el mismo salario por hora que a los mozos.

igual o superior al 25 % entre personas empleadas de uno y otro sexo, tomando dos parámetros para su cálculo: el conjunto de la masa salarial o «la media» de las percepciones satisfechas. Esta redacción da lugar a tomar en consideración «el promedio [...] de la media de las percepciones satisfechas», lo que produce una redundancia que puede evitarse fácilmente: el valor que debe tomarse como referencia es el promedio o la media de dos parámetros: el conjunto de la masa salarial o el de las percepciones satisfechas. Por otro lado, en el mismo apartado se emplean los términos retribuciones, masa salarial y percepciones, lo que, por una parte, contrasta con el uso del salario en el apartado 2, y, por otra, puede sugerir distintos significados en cada caso. Finalmente, surge el interrogante de si la diferencia debe establecerse en términos globales, es decir, a partir del promedio satisfecho a mujeres y hombres en relación con el conjunto de la masa salarial o a partir de la media global de las percepciones satisfechas, o si, en este segundo caso, debe ser desglosada en cada una de tales percepciones, siguiendo la interpretación efectuada en el artículo 28.2 del ET.

El contenido de este apartado da un paso más tanto en la estrategia de la transparencia como en los mecanismos de derecho antidiscriminatorio en materia retributiva. Si la imposición de un registro salarial a las empresas en el artículo 28.2 del ET pretende evitar la existencia de sistemas retributivos opacos, en cuyo caso la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1989 (asunto 109/88, Danfoss) ha estimado que constituye un indicio suficiente de discriminación como para invertir la carga de la prueba (Cabeza Pereiro, 2012), el mecanismo introducido por el artículo 28.3 del ET cuantifica la diferencia retributiva relativa entre trabajadoras y trabajadores (al menos el 25 %) que permite seguir presumiendo la existencia de una discriminación por razón de sexo a pesar de que la empresa informe sobre sus retribuciones. Es decir, se configura como una especie de transparencia adicional o añadida a la que representa el registro por sí mismo. Al mismo tiempo, el artículo 28.3 del ET admite que la empresa desactive esta presunción siempre y cuando pueda justificar la disparidad porcentual con motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras (por ejemplo, reducciones de jornada, nuevas contrataciones que carecen de algún complemento retributivo, complementos por objetivos individuales, suspensiones contractuales durante el año de referencia, despidos, etc.). Por el contrario, no resultarían justificadas las desigualdades retributivas motivadas por la aplicación de un convenio colectivo que no retribuyera igual los puestos de trabajo de igual valor (STC 250/2000, de 30 de octubre), por la menor retribución del personal a tiempo parcial que no esté basada en factores objetivos (STC 79/2020, de 2 de julio) y por la exclusión o reducción de ciertos complementos retributivos como consecuencia de la suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento y por riesgo durante el embarazo y la lactancia (SSTS 43/2017, de 24 de enero, y 589/2019, de 16 de julio) (Sáez Lara, 2020, pp. 16-25).

La elección del 25 % como diferencia porcentual mínima que condiciona el nacimiento de esta obligación especial puede estar relacionada con la brecha salarial bruta existente en España. Así, según los datos de la Encuesta cuatrienal de estructura salarial del INE disponibles en la fecha de aprobación del RDL 6/2019, referidos al año 2014, el salario anual medio bruto de las trabajadoras españolas (19.744,8 €) representó el 76,7 % del correspondiente

a los trabajadores (25.727,2 €), rondando una brecha del 25 %. La actualización de la encuesta en 2020, con datos referidos a 2018, ha reducido la estimación hasta el 78,6 %, mostrando una tendencia descendente que se aproxima al 20 %. Otras contribuciones reducen la brecha incluso por debajo del 15 % desde hace algunos años (Cerviño Cuerva, 2018; Díaz Martínez y Simó i Noguera, 2016). De esta forma, el valor relativo mínimo del 25 % elegido por la norma ha quedado desfasado desde el mismo momento de su aprobación, al menos si resulta acertada su conexión con el correspondiente a la brecha salarial bruta. Esta apreciación confirma la estimación de Miñarro Yanini, para quien se trata de una «diferencia abultada» (2019, p. 152). Además, resulta un tanto extraño elegir el valor correspondiente a la brecha salarial bruta o no ajustada en el artículo 28.3 del ET inmediatamente después de haber optado por valores retributivos netos o ajustados en el artículo 28.2 del ET (Martínez Moreno, 2019, pp. 17 y ss.), de tal manera que la justificación exigida por el artículo 28.3 del ET tome unos indicadores de brecha retributiva dispares con respecto a los empleados en el artículo 28.2 del ET. La coordinación interna del precepto resulta claramente defectuosa desde este punto de vista.

El RD 902/2020 ha efectuado una regulación extensiva de los términos empleados por el artículo 28.3 del ET para referirse al valor promedio que debe utilizarse para calcular la diferencia porcentual del 25 %, pues incluye tanto la media aritmética como la mediana (art. 6 b). Si con ocasión del examen del contenido cuantitativo del registro, regulado en el artículo 28.2 del ET, esta interpretación tenía como punto de partida el uso de la noción «valores medios» en dicho precepto, lo que facilitaba desde el primer momento la admisión en su desarrollo reglamentario de estas dos formas para su cálculo, los términos empleados por el artículo 28.3 del ET no lo permiten en la misma medida, pues se habla claramente del «promedio de las retribuciones» y de la «media de las percepciones satisfechas», sin incluir la mediana en ningún momento. En esta ocasión, parece que la posibilidad de un desarrollo reglamentario *ultra vires* resulta más difícil de impedir, al menos con una interpretación literal de la norma.

En cambio, el artículo 6 b) del RD 902/2020 otorga un tratamiento restrictivo al nivel de desglose de los conceptos retributivos con respecto al efectuado en su artículo 5.2. La justificación se requiere únicamente cuando la media o la mediana «de las retribuciones totales» alcance al menos una diferencia del 25 %. Como puede apreciarse, a diferencia tanto de la redacción del artículo 5.2, como del 6 a) del propio RD 902/2020, en este caso no se exige que las retribuciones estén desglosadas o desagregadas según cada uno de sus elementos, como tampoco su clasificación según la variable profesional correspondiente (Gimeno Díaz de Atauri, 2019, p. 163; Goñi Sein, 2020, p. 108; Sáez Lara, 2020, p. 15). Esta regulación, además de dar lugar a un tratamiento diferenciado con respecto al contenido cuantitativo del registro referido a la variable retributiva, también lo produce con respecto a los valores de comparación entre los puestos de trabajo de igual valor (arts. 5.2 y 6 a) RD 902/2020). Adicionalmente, la existencia de alguna diferencia del 25 % o más en algún elemento de las retribuciones en alguno de los grupos de clasificación profesional pasará posiblemente desapercibida una vez que su valor haya quedado diluido en la cuantía de las retribuciones

totales percibidas por las trabajadoras y los trabajadores, respectivamente, lo que no contribuye en absoluto a proporcionar la información suficiente y, sobre todo, significativa que deben caracterizar la transparencia retributiva (art. 3.1 RD 902/2020).

La justificación se exige únicamente cuando se alcanza una diferencia en el promedio de las retribuciones del 25 % o superior, de modo que no resulta obligatoria cuando su cuantía porcentual descienda del 25 %. El hecho de que la justificación no sea obligatoria en estos casos no impide estimar su conveniencia, especialmente cuando la cifra alcance dígitos muy próximos al mínimo legal establecido. La solidez de la justificación contribuirá no solo a que la empresa cumpla con la finalidad del registro, la transparencia salarial, sino también a que reduzca el riesgo de recibir alguna demanda por discriminación salarial, en la medida en que los sujetos con acceso al registro serán conocedores de la existencia de una diferencia retributiva próxima al 25 % que, en otro caso, quedaría huérfana de cualquier justificación.

En cuanto al contenido de la justificación, de lo que se trata es de demostrar que la diferencia porcentual, a pesar de su magnitud, no constituye una desigualdad, esto es, no tiene naturaleza discriminatoria en la medida en que no está relacionada con el sexo de quienes perciben las retribuciones. Sáez Lara (2016, pp. 93 y ss.) ha apreciado que el inciso final del artículo 28.3 del ET incurre en cierta confusión entre dos mecanismos de derecho antidiscriminatorio: la inversión de la carga de la prueba y la justificación del carácter no discriminatorio, especialmente de tipo indirecto, de algún criterio retributivo. Según la autora, la justificación empresarial debe radicar en un fin legítimo, con respecto al que la medida retributiva que provoca la disparidad entre los sexos sea necesaria, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. En cambio, si bien con referencia a la Recomendación de la Comisión de 2014, Ballester Pastor (2018b, p. 26) ha afirmado que los datos estadísticos sobre las retribuciones pueden generar una presunción de discriminación (prueba de indicios), «a partir de la cual corresponde al empresario aportar la correspondiente justificación objetiva, razonable y proporcionada», en el sentido elegido por el artículo 28.3 del ET. Si estas consideraciones se incorporan a la exégesis del artículo 28.3 del ET, la justificación empresarial debe motivar que la brecha salarial no está relacionada ni directa ni indirectamente con el sexo de las personas trabajadoras. Es decir, que no está causada ni por una discriminación directa (aquella en que «la persona de un sexo es tratada de modo menos favorable que otra en una situación comparable») ni por una indirecta (aquella en que «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados») (arts. 6 y 7 LO 3/2007). En otro caso, la existencia de esta diferencia retributiva porcentual constituirá un indicio suficiente que invertirá la carga de la prueba sobre las espaldas de la empresa, actuando como una especie de presunción *iuris tantum* de la existencia de una situación discriminatoria (Pastor Martínez, 2019, p. 194). Se trata en cualquier caso de una presunción *iuris tantum* ciertamente peculiar, pues no se formula de manera expresa, sino tácita.

El cumplimiento de la obligación empresarial de justificación tiene como resultado que quien demande contra la empresa por discriminación retributiva deba soportar la carga de su prueba, salvo que pudiera aportar otra prueba indiciaria lo suficientemente relevante para activar de nuevo la presunción, pero a partir de unos indicios que no procederían ya del contenido del registro salarial. La justificación prevista en el artículo 28.3 del ET en ningún caso constituye una especie de «contraprueba» indiciaria que impida la apreciación de discriminación retributiva por razón de sexo, tal y como ha enunciado con nitidez el artículo 10.2 del RD 902/2020, pues no puede aplicarse «para descartar la existencia de indicios de discriminación».

Si la empresa incumple con su obligación justificativa, si lo hace de forma manifiestamente insuficiente o si incurre voluntariamente en fraude, en la medida en que no ha cumplido con la obligación especial que permite destruir los indicios de discriminación retributiva por razón de sexo, la inversión de la carga de la prueba permanecería incólume si se formulara una demanda por discriminación salarial.

Finalmente, la regulación del contenido cualitativo del registro salarial plantea una cuestión adicional. Se trata del grado de sujeción de la empresa en sede judicial a la justificación plasmada en el registro, por ejemplo, ante una demanda por discriminación retributiva en su contra que niegue su veracidad, de tal forma que la empresa no pueda acudir a una distinta de la expresada en el registro para efectuar su justificación. Desde luego la norma procesal no establece nada concreto al respecto, más allá de las reglas generales sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación (arts. 96 y 181.2 Ley reguladora de la jurisdicción social), cuya redacción podría servir para argumentar que, dentro de las «medidas adoptadas» sobre las que la empresa debe cumplir con su carga probatoria, también debería incluirse la justificación realizada como contenido cualitativo del registro, de tal modo que su esfuerzo probatorio versara únicamente sobre tal justificación y no sobre cualquier otra esgrimida con carácter sorpresivo en sede judicial.

6. La periodicidad del registro retributivo

El artículo 28.2 del ET guarda un completo silencio sobre la periodicidad en que debe cumplirse la obligación de llevar un registro salarial, de nuevo a diferencia de la previsión diaria establecida en el registro de la jornada (art. 34.9 ET). En cambio, como consecuencia de la introducción en el artículo 64.3 del ET de la obligación empresarial de informar a la representación legal sobre el registro salarial, su cumplimiento cuenta con una periodicidad al menos anual.

Esta última regulación es la que parece haber prevalecido en la redacción del artículo 5.4 del RD 902/2020, según el cual el periodo temporal de referencia para confeccionar el registro retributivo es el año natural, sin perjuicio de su necesaria actualización con motivo de la variación sustancial de cualquiera de sus elementos. El marco temporal adoptado por el

RD 902/2020, ciertamente amplio, parece que se considera suficiente para cumplir con la finalidad del registro, que no es otra sino proporcionar información retributiva transparente, fiel y actualizada, de acuerdo con los artículos 3.1 y 5.1 del RD 902/2020 (piénsese, por ejemplo, en los complementos salariales ligados a los resultados anuales de la empresa o en la liquidación y pago del salario a comisión al finalizar el año, arts. 26.3 y 29.2 ET, respectivamente). No parece difícil considerar que, como consecuencia de la consulta empresarial sobre la documentación del registro, la representación legal pueda solicitar la reducción del periodo temporal de referencia marcado por el artículo 5.4, pero asumiendo que la empresa habrá cumplido con su deber, aunque no la atienda.

Sin embargo, la periodicidad anual prevista en el artículo 64.3 del ET para la satisfacción del derecho de información de la representación legal de las personas trabajadoras en materia de igualdad presenta inconvenientes para ser trasladada automáticamente a la regulación del artículo 28.2 y 3 del ET, cuyo objeto es definir los términos para la satisfacción de la obligación empresarial de llevar el registro. En efecto, como se vio, el derecho de información de la representación legal ni es coincidente con el deber de registro, sino que depende de este, ni tampoco lo es con el derecho de acceso de las personas trabajadoras, pues se trata de dos derechos –información y acceso– con dos titulares distintos –representantes legales y personas trabajadoras directamente– y dos contenidos también diferentes –cuantía efectiva de las retribuciones y diferencias porcentuales, como se apreciará más adelante–. Además, debe tenerse en cuenta que, si el ámbito temporal del registro se refiere exclusivamente al año natural, y si las personas trabajadoras deben acceder a su contenido a través de sus representantes, sus márgenes temporales condicionarán inmediatamente el derecho de acceso de las personas trabajadoras, quienes conocerán los datos referidos a los 12 meses inmediatamente anteriores, no al momento en que ellos acceden, sino al momento en que tales datos registrales fueron facilitados a su representación legal en la empresa.

Otra lectura del artículo 5 del RD 902/2020 es posible, especialmente si está atenta al objetivo esencial del registro retributivo, esto es, garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones de manera fiel y, sobre todo, actualizada. Bajo este prisma, puede considerarse que el artículo 5.4 del RD 902/2020 no establece que el registro retributivo deba elaborarse solo una vez al año con los datos retributivos del año natural anterior, sino que dicha referencia temporal se refiere realmente al periodo que debe tenerse en cuenta para la obtención y documentación de sus datos. De este modo, los datos del registro comprenderán los 12 meses inmediatamente anteriores con respecto al momento del año en que la empresa debe satisfacer el derecho de información de la representación legal de las personas trabajadoras (art. 64.3 ET). Pero, cuando no exista representación legal y alguna persona trabajadora solicite su acceso (art. 5.3 RD 902/2020), el periodo temporal de referencia será el del año natural previo al momento de satisfacer su derecho de acceso (art. 28.2 ET). En cualquiera de los dos casos, si alguna persona trabajadora demanda por discriminación salarial, puede reclamar no solo las cuantías salariales dejadas de percibir en los 12 meses anteriores (art. 59 ET), sino todas aquellas impagadas durante todo el tiempo en que

se haya producido la discriminación salarial, en concepto de daños morales –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía 246/2018, de 14 de febrero (FJ 7.º)–.

Por último, aunque tampoco se indica nada sobre el tiempo de conservación de los datos del registro ni en el ET ni en el RD 902/2020 –una vez más a diferencia del plazo de 4 años previsto en el art. 34.9 ET en relación con el registro diario de la jornada–, parece aconsejable que la empresa observe el plazo de 4 años previsto en el artículo 21 del RDleg. 5/2000, de acuerdo con un criterio de prudencia.

7. El acceso al registro retributivo

Las personas trabajadoras, sus representantes legales, las personas delegadas sindicales y la comisión negociadora del plan de igualdad de la empresa tienen derecho a conocer los datos del registro, si bien de forma distinta.

7.1. El derecho de las personas trabajadoras a acceder al registro retributivo

En primer lugar, el segundo párrafo del artículo 28.2 del ET reconoce a las personas trabajadoras «el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro de su empresa». Este párrafo reconoce el derecho subjetivo de cualquier persona trabajadora de la empresa a acceder a su registro salarial, pero interpone para su ejercicio la mediación, sin más precisiones²², de sus representantes legales. Esta configuración tan extraña ha provocado que la literatura se interrogue sobre su naturaleza, pues puede tratarse de un requisito o de una condición. En el primer caso, la ausencia de representación legal en la empresa les impediría ejercer su derecho de acceso –vaciándolo de contenido en último término–; y, en el segundo caso, tal ausencia simplemente suprimiría dicha condición, de forma que las personas trabajadoras accederían directamente al registro en la medida en que resulta imposible hacerlo a través de una representación legal inexistente. Una interpretación lógica de la norma, que tiene en cuenta que la titularidad de un derecho individual de las personas trabajadoras no puede depender absolutamente de la existencia de terceras ajenas al derecho –en este caso, la representación legal en la empresa–, como, especialmente, teleológica, que toma en consideración la transparencia

²² En cambio, con mejor técnica legislativa, el artículo 47 de la LO 3/2007, cuando regula la transparencia en la implantación de los planes de igualdad de las empresas, garantiza el acceso de la representación legal de las personas trabajadoras a la información sobre el contenido del plan y el grado de consecución de sus contenidos, para inmediatamente establecer que, en caso de ausencia de representantes legales, el derecho de acceso se activa para las personas trabajadoras de la empresa directamente.

retributiva como medio para facilitar la identificación de discriminaciones y, en consecuencia, la formulación de las reclamaciones correspondientes, abona sin dificultad la segunda opción. Por consiguiente, en el artículo 28.2 del ET la existencia de representantes legales es una condición que, cuando no puede cumplirse, permite el derecho de las personas trabajadoras a acceder directamente al registro. Esta interpretación es la que ha sido convenientemente sancionada por el artículo 5.3 del RD 902/2020²³.

Una vez disueltas las dudas sobre esa cuestión, el artículo 5.3 introduce una nueva condición, imprevista en la redacción del artículo 28.2 del ET, relacionada con el contenido de la información a que tendrán acceso las personas trabajadoras según exista en la empresa representación legal o no. Si tienen representantes legales en la empresa, tienen derecho a «conocer el contenido íntegro del registro» a su través, incluyendo todos y cada uno de los contenidos, cuantitativo y cualitativo, que lo componen. Pero, si no cuentan con tal representación, su derecho se limita a que la empresa les informe de «las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación profesional». A diferencia del primer supuesto, en este caso los datos retributivos se presentan únicamente mediante valores porcentuales, sin detalle de los valores medios absolutos que justifican su determinación a pesar del tenor literal del artículo 28.2 del ET. Este mismo precepto reglamentario tampoco incluye el contenido cualitativo del registro, esto es, la justificación de las diferencias retributivas desde el 25 %, que, como se ha visto, solo afecta a las empresas con cincuenta personas trabajadoras o más (arts. 28.3 ET y 6 b) RD 902/2020). Como consecuencia de esta omisión, no resultarán infrecuentes los casos de empresas con este tamaño de plantilla que carezcan de representantes legales y no faciliten el contenido cualitativo del registro a quienes soliciten su acceso directo al mismo, en cumplimiento estricto de los términos empleados por el artículo 5.2 del RD 902/2020 y a pesar de que la regulación efectuada en el artículo 28 del ET no efectúa tal distinción.

El periodo temporal de referencia para confeccionar los datos del registro a que tienen acceso las personas trabajadoras también es distinto según cuenten con representación legal en la empresa o no. En el primer caso, comprenderá los datos retributivos desagregados del año natural previo a la entrega del registro a la representación legal, mientras en el segundo abarcará las diferencias porcentuales de los 12 meses antecedentes al momento de su solicitud por la persona trabajadora, según se ha propuesto más arriba.

²³ Además, debe tenerse en cuenta que, si se admitiera que la ausencia de representación legal de la plantilla en la empresa impide su acceso al registro, el resultado sería la completa opacidad de los datos registrales, pues ni la empresa informará sobre ellos a la representación legal, pues no existirá (art. 64.3 ET), ni tampoco dará acceso a las personas trabajadoras, pues su derecho dependería de la existencia de tal representación (art. 28.2 ET). Como puede apreciarse, un escenario completamente opuesto al objetivo de transparencia que persigue la implantación del registro salarial.

En definitiva, la mediación en el ejercicio del derecho de acceso del personal laboral al registro se ha trasladado en su desarrollo reglamentario también al contenido de la información que la empresa debe suministrar y al periodo temporal que empleará de referencia.

El reconocimiento de este derecho crea dos obligaciones con dos titulares distintos: la obligación de la representación unitaria de facilitar el acceso al contenido íntegro del registro a quien lo solicite de la plantilla, por un lado, y la obligación de la empresa de transmitir la información porcentual a cualquier persona trabajadora que lo pida cuando no existan representantes legales, por otro lado. En ambos casos, si se incumple la obligación, bien porque no se permite el acceso, bien porque es consentido, pero sin entregar la información retributiva establecida reglamentariamente, la persona trabajadora puede reclamar la protección de su derecho, en el primer caso contra la representación unitaria –sin olvidar la posibilidad de revocarla (art. 67.3 ET)– y en el segundo contra la empresa²⁴. Puede estimarse que la reclamación debería efectuarse a través del procedimiento ordinario, salvo que se apreciara en los motivos de la denegación (por ejemplo, la empresa sostiene que sin representación unitaria no está obligada a dar acceso al registro) la concurrencia de las tres dimensiones que deben cumplirse para plantear un conflicto colectivo, a pesar de tratarse de una petición individual: subjetiva (afecta a toda la plantilla y no solo a quien demanda), objetiva (cuenta con un interés general que trasciende el individual de la persona trabajadora solicitante) e instrumental (deben interpretarse y aplicarse los arts. 28.2 ET y 5 RD 902/2020) (art. 153 Ley 36/2011).

El desarrollo reglamentario ha olvidado –o no ha creído necesario– delimitar el plazo para que la representación legal o, en su defecto, la empresa faciliten a la persona trabajadora solicitante la información prevista en el artículo 5.3 del RD 902/2020. La negociación colectiva está llamada a cubrir esta omisión y determinar este plazo temporal, que debería ser relativamente breve. En caso de la representación legal, podría tomarse como referencia el plazo de 15 días previsto en el artículo 64.6 del ET.

7.2. El derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a recibir información sobre el registro retributivo

La representación legal de las personas trabajadoras tiene el derecho de recibir de la empresa información, al menos anual, sobre el registro salarial previsto en el artículo 28.2

²⁴ Puede plantearse, siquiera como hipótesis, si la empresa estaría obligada a facilitar a alguna persona trabajadora el acceso al registro cuando, habiendo informado sobre su contenido a la representación legal en la empresa, esta no diera acceso a quien lo solicitara, bien porque no le suministra su contenido íntegro o bien porque solo lo hace en parte. Aunque el desarrollo reglamentario no ha contemplado esta posibilidad, sí ha limitado el derecho de acceso directo a «la inexistencia de representación legal» (art. 5.3 RD 902/2020), de manera que, en el supuesto enunciado, la empresa no resultaría obligada a facilitar su acceso, de manera que la persona trabajadora debería reclamar el cumplimiento de tal deber a sus representantes legales.

del ET (art. 64.3 ET), sin perjuicio de que el convenio colectivo de aplicación pueda mejorarla (art. 34.9 ET) o que la auditoría retributiva, como contenido del plan de igualdad de la empresa, prevea una regularidad menor (art. 46.2 h) LO 3/2007), en la medida en que resulte adecuada para «asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo» (art. 7.1 RD 902/2020)²⁵.

La primera duda que suscita esta redacción es si la empresa solo debe informar de los datos desglosados del registro enunciados en el artículo 28.2 del ET, de acuerdo con su tenor literal, o si también debe incluir la justificación, cuando resulte obligada a ello, prevista en el artículo 28.3 del ET. Se considera que la interpretación correcta es la segunda, en la medida en que se ha afirmado que el registro cuenta con dos contenidos, uno cuantitativo, regulado en el artículo 28.2 del ET, y otro cualitativo, ordenado por el artículo 28.3 del ET, de forma que los dos tipos forman parte del registro salarial. En apoyo de esta interpretación, el artículo 6 del RD 902/2020 integra nítidamente como contenido del registro en las empresas obligadas a elaborar una auditoría salarial –aquellas con una plantilla desde cincuenta personas– la justificación de las diferencias porcentuales del 25 % o más, de manera que, como contenido del registro, deberá formar parte de la información a la representación legal de la plantilla.

La relación entre este derecho de información, el deber de sigilo con respecto de cualquier documento entregado por la empresa y el derecho de acceso de las personas trabajadoras al registro también resulta interesante. En efecto, el registro documenta el resultado de los cálculos aritméticos según los criterios de desglose ya estudiados. Se trata, pues, de un documento que, en aplicación del artículo 64.3 del ET, debe ser objeto de información a la representación legal de la plantilla y sobre la que sus integrantes deben cumplir con su deber de sigilo (art. 65.3 ET). Solo en el caso de que alguien del personal solicite su acceso, se excepciona a la representación unitaria de tal deber de sigilo para que pueda accederse «al contenido íntegro del mismo», de acuerdo con el artículo 5.3 del RD 902/2020. La intersección entre estas tres regulaciones suscita varias cuestiones de interés.

²⁵ Durante el primer año de vigencia del RDL 6/2019, la práctica totalidad de convenios colectivos que han incluido una referencia al registro salarial se han limitado a transcribir el contenido del artículo 28 del ET, de manera completa o parcial –por ejemplo, en el ámbito estatal, a nivel sectorial, el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón 2019-2020 (BOE de 9 de julio de 2019), y, a nivel de empresa, el II Convenio colectivo de ADIF/ADIF-AV (BOE de 9 de noviembre de 2019)–. Solamente el Convenio colectivo marco de UGT para 2019-2020 (BOE de 2 de octubre de 2019) ha desarrollado la regulación legal en los siguientes términos: cada organismo del sindicato tiene la obligación de llevar su propio registro salarial; los datos retributivos deben comprender el año natural inmediatamente anterior a la elaboración del registro; los datos deben desagregarse por sexo y distribuirse por grupos profesionales y niveles salariales; su elaboración debe tener lugar durante los meses de enero y febrero de cada año; y, finalmente, debe entregarse una copia del registro a la sección sindical del organismo correspondiente el 1 de marzo.

La primera es determinar si cualquier persona trabajadora, bajo cualquier circunstancia, tiene derecho a acceder al contenido íntegro del registro. La interpretación literal de la norma apunta en este sentido, pues no condiciona de ninguna forma su derecho e, incluso, manifiesta que alcanza al contenido registral íntegro. La duda surge acerca del interés legítimo que la norma atribuye a las personas trabajadoras con esta regulación. Es decir, qué sentido tiene facilitar a cualquier persona trabajadora de la empresa el acceso al contenido íntegro del registro si su interés subjetivo debería alcanzar como máximo el conocimiento de la diferencia retributiva concerniente a su grupo, categoría o puesto de trabajo, siempre con la finalidad de facilitar la formulación de una demanda por discriminación salarial. Quizás la regulación legal esté pensando más en términos de interés general o colectivo, lo que denota cierta desconfianza hacia sus representantes legales a pesar de ser quienes, en definitiva, representan al personal en la empresa (art. 61 ET). En cualquier caso, nada se expresa sobre el deber de sigilo de las personas trabajadoras tras acceder al contenido del registro salarial, aunque su divulgación podría inscribirse sin dificultad en la transgresión de la buena fe contractual (arts. 20.2, 54.2 d) y 58 ET).

Otra cuestión que plantea esta regulación es el desfase entre el ámbito de extensión del registro, la empresa en su conjunto, y el ámbito de representación de las personas trabajadoras, que puede coincidir con el nivel empresarial, en compañías de estructura simple, pero que también puede divergir en el caso de empresas de estructura compleja con varios centros de trabajo. En estos supuestos, la empresa debe facilitar la información del registro a cada una de las representaciones legales de cada centro, pues la regulación no ha distinguido entre ellas, y, de esta manera, facilitar el acceso del personal laboral a su contenido íntegro, teniendo en cuenta que, tanto en un caso como en el otro, los datos serán más amplios que los concernientes a su centro de trabajo. No en vano, como ya ha quedado apuntado, el centro de trabajo no constituye una variable que debe ser tomada en consideración a la hora de desglosar los valores retributivos según la normativa revisada, a pesar de que puedan aplicárseles convenios colectivos distintos (por ejemplo, si están situadas en dos provincias diferentes). De nuevo la negociación colectiva puede resolver esta cuestión particular.

Finalmente, el derecho de información de la representación unitaria sobre el registro salarial no ampara en ningún caso la solicitud a la empresa de los valores salariales individualizados de las personas trabajadoras –STSJ de Cataluña 2745/2020, de 22 de junio (FJ 5.º)–.

7.3. Las personas delegadas sindicales

Las personas delegadas sindicales también tienen derecho a ser informadas del registro salarial, que, en este caso, teniendo en cuenta el volumen de la plantilla, cumplirá con el contenido de los artículos 5 y 6 del RD 902/2020. La razón es que, de acuerdo con el artículo 10 de la LO 11/1985, y siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en él,

tienen derecho a recibir la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa. Pero, a diferencia del comité de empresa, el deber de sigilo no cuenta con ninguna excepción en este caso, pues el derecho de acceso del personal laboral al contenido íntegro del registro debe entenderse que se efectuará a través de sus representantes legales en la empresa, no a través de la delegación sindical, incluso en relación con quienes integren su sección sindical. Si la empresa no se lo facilita, puede reclamar la vulneración de su derecho a la libertad sindical y solicitar que se condene a la empresa a entregárselo (art. 13 Ley orgánica de libertad sindical).

7.4. La comisión negociadora del plan de igualdad

La empresa también facilitará los datos del registro salarial a la comisión negociadora del plan de igualdad con motivo de la elaboración de su diagnóstico, de acuerdo con el artículo 46.2 de la LO 3/2007. También, en este caso, como consecuencia del volumen de empleo en la empresa, su contenido deberá cumplir con los elementos previstos en los artículos 5 y 6 del RD 902/2020.

Como en el anterior supuesto, el acceso de la plantilla al registro no se prevé a través de la comisión negociadora del plan de igualdad, lo que resulta lógico, pues su existencia finaliza con su aprobación, sin perjuicio del seguimiento de su aplicación que puedan hacer las comisiones paritarias (art. 47 LO 3/2007).

8. Infracciones por incumplir la obligación de tener el registro retributivo

El incumplimiento de la obligación de llevar el registro retributivo puede entenderse incluido en la infracción enunciada en el artículo 7.13 del RDL 5/2000, también modificado por el artículo 6 del RDL 6/2019, que clasifica como infracción grave el incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de igualdad establecidas en el ET. Entre ellas cabe situar la llevanza del registro salarial según las siguientes consideraciones: su naturaleza obligatoria se desprende sin ningún esfuerzo tanto de la redacción del artículo 28 del ET, como de su desarrollo reglamentario, como se ha comprobado; su regulación se encuentra en el artículo 28 del ET, sobre la igualdad de remuneración por razón de sexo; y, directamente relacionado con lo anterior, su introducción se ha producido como consecuencia del RDL 6/2019, cuyo título se refiere a la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la ocupación. Como infracción grave, la sanción correspondiente puede ser una multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio, de 1.251 a 3.125 euros; y, en su grado máximo, de 3.126 a 6.250 euros (art. 40.1 b) RDL 5/2000).

En caso de que la empresa llevara el registro salarial, pero de una forma errónea o incurriendo en alguna omisión menor en sus datos desglosados, puede considerarse que incumple con sus obligaciones formales o documentales y, en esa medida, incurre en una infracción leve de las previstas en el artículo 6 del RDL 5/2000 (Blázquez Agudo, 2019, p. 10), sancionada, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y, en su grado máximo, de 311 a 625 euros (art. 40.1 a) RDL 5/2000).

El incumplimiento del deber empresarial de facilitar el registro salarial a la representación legal del personal laboral de la empresa y a las personas delegadas sindicales constituye una infracción grave (art. 7.7 RDL 5/2000); una calificación que también puede aplicarse al mismo incumplimiento en relación con la comisión negociadora del plan de igualdad (art. 7.13 RDL 5/2000), con una sanción de multa con la graduación en su cuantía señalada anteriormente. La misma previsión resultaría de aplicación si la empresa no cumple con el trámite de consulta previa a la representación legal del personal laboral sobre la elaboración del registro salarial, pero, como se ha anticipado, se trata de una obligación imprevista en la reforma del ET efectuada por el RDL 6/2019 y que ha sido introducida por el artículo 5.6 del RD 902/2020, pudiéndose sostener su carácter *ultra vires* y, en consecuencia, su invalidez para provocar una infracción administrativa.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, María Amparo. (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Tirant lo Blanch.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2018a). *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*. Bomarzo.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2018b). La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea. *Documentación Laboral*, 115, 13-31.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2019a). [El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol](#). *Femeris*.
- Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2, 14-38.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2019b). [La transparencia para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 y en el RDL 6/2019, de 1 de marzo: mucho ruido y pocas nueces](#). *Gaceta Sindical*, 33, 201-214.
- Blázquez Agudo, Eva María (2019). [El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación](#). *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 3, 5-10.
- Cabeza Pereiro, Jaime. (2012). [La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica](#). *Lan Harremanak*, 25, 79-89.

- Cerviño Cuerva, Emma. (2018). [La desigualdad salarial de género en España en el contexto de la crisis económica y la recuperación](#). *Panorama Social*, 27, 65-87.
- Díaz Martínez, Capitolina y Simó i Noguera, Carles X (Coords.). (2016). *Brecha salarial y brecha de cuidados*. Tirant lo Blanch.
- Garrigues Giménez, Amparo (Coord.^a). (2007). *Comentarios a la Ley de igualdad*. CISS-Wolters Kluwer.
- Gimeno Díaz de Aauri, Pablo. (2019). Igualdad de remuneración por razón de sexo. Medidas por la equiparación y contra la brecha salarial. En Ana de la Puebla Pinilla y Jesús R. Mercader Uguina (Dirs.), *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (pp. 117-176). Tirant lo Blanch.
- Goñi Sein, José Luis. (2020). La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial. En Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano (Dir.^a), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (pp. 81-115). Aranzadi.
- Instituto Europeo para la Igualdad de Género. (2020). Gender Equality Index 2020. Publications Office of the European Union. https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mhaf20001enn_002.pdf.
- López Balaguer, Mercedes y Rodríguez Rodríguez, Emma. (2019). [La discriminación retributiva por razón de sexo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 431, 41-74.
- Lousada Arochena, Fernando. (2018a). La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. *Documentación Laboral*, 115, 33-51.
- Lousada Arochena, Fernando. (2018b). La integración del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas. En Asunción Ventura Franch y Santiago García Campá (Dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley orgánica 3/2007* (pp. 155-183). Aranzadi.
- Lousada Arochena, Fernando. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y Empresa*, 11, 70-97.
- Martínez Moreno, Carolina. (2019). [Brechas salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas](#). Bomarzo.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2019). [El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos](#). *Revista Galega de Dereito Social* (2.^a ET), 8, 129-166.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). ¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? El «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433, 5-27.
- Montoya Melgar, Alfredo (Dir.). (2016). [Evolución de la clasificación profesional en la negociación colectiva. Adaptación a la reforma laboral de 2012](#). Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Pastor Martínez, Albert. (2019). [Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1.º 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](#). *IUSLabor*. *Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 187-209.

Sáez Lara, Carmen. (2016). ¿Es posible eliminar la brecha salarial de género? En Carmen Sáez Lara (Dir.^a), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas* (pp. 93-120). Laborum.

Sáez Lara, Carmen. (2020). [Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación](#). *Revista Derecho Social y Empresa*, 12, 3-26.

Sánchez Pérez, José. (2020). [Retos pendientes en igualdad de género](#). Temas emergentes

[en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 453, 103-134.

Sánchez Trigueros, Carmen (Dir.^a). (2018). [Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres](#). Boletín Oficial del Estado.

Ventura Franch, Asunción. (1999). *Las mujeres y la Constitución española de 1978*. Instituto de la Mujer.





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

Nancy Sirvent Hernández

Catedrática EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante

nancy.sirvent@ua.es | <https://orcid.org/0000-0003-0269-5486>

Extracto

La situación de pandemia mundial generada por la COVID-19 ha dado lugar a la adopción de reformas legales sustanciales en el plano de la acción protectora de la Seguridad Social que afectan, principalmente, a la expansión de los supuestos tradicionales de incapacidad temporal y a la calificación (profesional) de la contingencia de cara a las prestaciones que puedan derivar de tal patología. Este estudio tiene como objeto identificar los problemas interpretativos y aplicativos que suscita el régimen jurídico implementado a raíz de toda esa nueva normativa y formular propuestas de solución en orden a cohesión esta regulación excepcional con la legalidad ordinaria.

Palabras clave: accidente de trabajo; aislamiento preventivo; COVID-19; personal sanitario y sociosanitario; restricciones de movilidad.

Fecha de entrada: 03-11-2020 / Fecha de aceptación: 09-12-2020

Cómo citar: 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. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 117-151.





Exceptional Social Security measures in the context of the pandemic: the extension of the assumptions to temporal labor inability and legal presumption of professional origin of the disease

Nancy Sirvent Hernández

Abstract

The global pandemic situation generated by COVID-19 has led to the implementation of substantial legal reforms at the level of the protective action of Social Security that mainly affect, to the expansion of the traditional assumptions that make up temporary disability, and to the qualification (professional) of the contingency with regard to the benefits that may derive from such a pathology. The purpose of this study is to identify the interpretative and applicative problems that the legal reform introduced as a result of all these new regulations, and to formulate solution proposals in order to make this exceptional regulation compatible with ordinary legality.

Keywords: work accident; preventive isolation; COVID-19; health and social-health personnel; mobility restrictions.

Citation: Sirvent Hernández, Nancy. (2021). Exceptional Social Security measures in the context of the pandemic: the extension of the assumptions to temporal labor inability and legal presumption of professional origin of the disease. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 117-151.





Sumario

1. Reformas legislativas en el ámbito de la Seguridad Social para preservar la salud pública y la salud laboral
2. La ampliación de las situaciones protegidas por IT y calificación profesional de la contingencia
 - 2.1. Identificación de los nuevos supuestos y régimen jurídico derivado de la protección excepcional
 - 2.2. Incidencia de la regulación ordinaria en materia de accidentes de trabajo e IT
3. El contagio de la COVID-19 por el personal sanitario o sociosanitario y su calificación como accidente de trabajo

Referencias bibliográficas

1. Reformas legislativas en el ámbito de la Seguridad Social para preservar la salud pública y la salud laboral

La profunda crisis sanitaria generada a raíz de la expansión del virus SARS-CoV-2 ha hecho aflorar necesidades nuevas que han requerido la urgente intervención legislativa al objeto de dar respuesta a los múltiples frentes abiertos a consecuencia de esta inédita situación.

El pistoletazo de salida de esta legislación de urgencia tuvo lugar con el Real Decreto (RD) 463/2020, publicado en el BOE el 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, tras la elevación por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 11 de marzo, de la situación de emergencia de salud pública derivada de esta nueva enfermedad al estatus de pandemia internacional. Las medidas contempladas en dicha norma iban dirigidas a proteger la salud y seguridad de la ciudadanía, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública ante una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud.

Progresivamente se han ido aprobando una serie de medidas a fin de hacer frente a los nuevos escenarios que han ido apareciendo a raíz de la pandemia y paliar los efectos colaterales ligados a la crisis sanitaria que afectan a ámbitos muy dispares, en esencia, el económico, el productivo, la salud pública, materia agraria, científica, tributaria o, también, en el plano del empleo y de la Seguridad Social.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo, el grueso de las actuaciones normativas que inicialmente se pusieron en marcha iba dirigido a la paralización de algunas actividades productivas o a la modificación en el modo de desarrollar las mismas al objeto de limitar al máximo posible la concentración de personas trabajadoras en los centros de trabajo donde estas deben prestar servicios, contribuyendo, de ese modo, a contener la propagación del virus. Paralelamente a la asunción de todas estas medidas, se fueron adoptando otras decisiones en el plano laboral y de la Seguridad Social encaminadas a regular las consecuencias que podían derivar de los efectos colaterales de la pandemia, susceptibles de perjudicar tanto los intereses de las empresas como de las propias personas trabajadoras, dando lugar a lo que la doctrina ha calificado como el «derecho del trabajo de la emergencia sanitaria» (Sanguineti Raymond, 2020) o el derecho laboral excepcional «por aluviones» (Fernández Avilés, 2020b).

En el marco de la Seguridad Social, las medidas adoptadas han ido principalmente en la dirección de evitar la propagación de la enfermedad, mantener y reforzar la protección social de las personas trabajadoras y proteger el interés empresarial.

El artículo quinto del Real Decreto-Ley (RDL) 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 pública, modificado posteriormente por el RDL 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de empleo agrario, extiende la acción protectora del sistema de Seguridad Social ampliando, con carácter excepcional, las situaciones de incapacidad temporal (IT) a dos nuevos supuestos: los periodos de baja originados como consecuencia del aislamiento al que deben someterse las personas trabajadoras que han podido estar en contacto con el virus y los supuestos de imposibilidad de desempeñar la prestación de servicios a los que pueden verse abocadas las personas trabajadoras que para desarrollar su trabajo deban desplazarse a una localidad distinta a aquella donde tienen su residencia habitual y no puedan hacerlo como consecuencia de la prohibición de la movilidad entre municipios por parte de la autoridad competente. Al tiempo, esta norma intensifica el grado de protección de las personas trabajadoras que se encuentran en alguna de estas situaciones, inclusive también la de quienes hayan contraído la enfermedad, considerando que todos estos supuestos tienen origen profesional y constituyen situación asimilada al accidente de trabajo, independientemente de que el origen del aislamiento, o del contagio, o la imposibilidad de la prestación de servicios derivada del confinamiento total guarden en verdad alguna relación con el desempeño de la actividad laboral. Como es de notar, tal solución beneficia por igual tanto a las personas trabajadoras como a las empresas, aliviando los costes económicos que estas deben sufragar en tales situaciones.

El artículo quinto del RDL 6/2020 ha sido objeto de reforma en reiteradas ocasiones, la última de ellas de la mano del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que contempla la versión definitiva de la regulación de estos supuestos excepcionales que dan lugar al subsidio económico de IT¹. La disposición final décima de esta última norma incorpora una modificación, principalmente, al objeto de mejorar técnicamente la redacción

¹ En efecto, esta norma jurídica ha sufrido numerosas modificaciones. Aparte de la adición de un nuevo supuesto que da lugar a la baja laboral subsidiada derivada de situaciones de confinamiento total de la mano del RDL 13/2020, de 7 de abril, el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, extendió esa misma protección a las personas trabajadoras obligadas a prestar servicios esenciales durante el estado de alarma. El RDL 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, introdujo mejoras técnicas en la redacción de la norma. La Resolución de 10 de septiembre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se publica el Acuerdo de derogación del RDL 27/2020, de 4 de agosto, dejó sin efecto la modificación del artículo 5 del RDL 6/2020 prevista en dicha norma legal. Finalmente, como se ha indicado, el RDL 28/2020 vuelve a incidir en la redacción de esta norma al objeto de precisar ciertos aspectos.

original de aquel real decreto-ley y precisar la documentación a aportar en estos casos al objeto de poder acceder al cobro del subsidio, garantizando así una mayor seguridad jurídica. De todo ello se dará cuenta en el apartado correspondiente.

En la misma línea de paliar los efectos más nocivos de la pandemia, el RDL 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, reconoce como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades del personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios adquiridas como consecuencia del coronavirus durante cualquiera de las fases de la pandemia. Al igual que en el supuesto anterior, la versión original de esta norma legal ha sido revisada en reiteradas ocasiones, en este caso, al objeto de prorrogar la vigencia de la medida: la primera, a raíz de la promulgación del RDL 27/2020, de 4 de agosto, que prorroga la medida más allá de la finalización del estado de alarma; seguida de la Resolución de 10 de septiembre de 2020, del Congreso de los Diputados (que provocó la derogación de tal previsión normativa); y, finalmente, por el RDL 28/2020, que vuelve a restablecer tal regulación excepcional, sin afectar al contenido de la misma.

En este caso, el contagio de la enfermedad por parte del personal sanitario o sociosanitario se califica directamente como accidente de trabajo, abarcando no solo el subsidio económico de IT, sino cualquier prestación del sistema de Seguridad Social cuando se den las circunstancias descritas en la norma. Así pues, mediante esta previsión se exonera a las personas trabajadoras que prestan servicios en centros sanitarios o sociosanitarios que contraen la enfermedad de tener que probar la etiología laboral de la misma, beneficiándose también de la mayor protección que en el ámbito de la Seguridad Social entraña la calificación profesional de la contingencia.

Pese a que esta última medida nace con fecha de caducidad (ya que únicamente afecta a las enfermedades que se hayan contraído durante la pandemia y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19), sus efectos pueden perdurar en el tiempo (incluso más allá del momento en que se haya superado la pandemia), dado que los contagios producidos durante la pandemia pueden dar lugar a pensiones vitalicias, principalmente de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y otras prestaciones a favor de familiares). De particular interés es, en este sentido, la previsión que recoge la norma considerando que en los casos de fallecimiento se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre y cuando aquel tenga lugar dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma.

Como puede apreciarse, todas estas normas están dirigidas a dispensar una protección singular a las personas trabajadoras que, de uno u otro modo, pueden verse afectadas por la enfermedad provocada por el coronavirus en un contexto de pandemia internacional,

pudiéndose diferenciar entre aquellas medidas dirigidas específicamente a quienes prestan sus servicios en centros sanitarios o sociosanitarios y las previstas con carácter general para el resto de personas trabajadoras. En ambos casos se trata de regulaciones excepcionales previstas para suavizar las consecuencias de la pandemia y solucionar algunos problemas nuevos que se suscitan en el campo de la Seguridad Social.

En las páginas que siguen se analiza el régimen jurídico instaurado a raíz de la promulgación de toda esta normativa en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social. Conviene matizar que las normas objeto de estudio no agotan el conjunto de medidas emprendidas en el ámbito de la Seguridad Social fruto de la emergencia sanitaria, constituyendo tan solo una parte del amplio abanico de soluciones legislativas arbitradas para hacer frente a este escenario insólito².

Las medidas legislativas adoptadas con carácter excepcional a cuyo análisis se dedican estas líneas conciernen al ámbito de la acción protectora del sistema público de Seguridad Social, afectando a dos parcelas concretas de esta: por un lado, la ampliación de las bajas laborales a necesidades nuevas que han aflorado a raíz de la pandemia, alejándose de los criterios conceptuales que tradicionalmente han venido identificando los supuestos de IT; y, por otro lado, la extensión de la calificación profesional del origen de la contingencia (como situación asimilada al accidente de trabajo, o como accidente de trabajo propiamente dicho, según los casos) a todas estas nuevas situaciones, más allá también de los parámetros normativos convencionales³. Así pues, si las situaciones protegidas que dan lugar al subsidio económico de IT suelen estar anudadas, generalmente, a razones de enfermedad o accidente, de forma excepcional esta normativa extiende dicha protección a situaciones de necesidad que surgen como consecuencia de la pandemia y de las medidas impuestas por las autoridades sanitarias en orden a frenar los contagios. Se trata de supuestos nuevos en los que el estado de salud de la persona trabajadora no tiene siquiera por qué verse alterado y que atienden más bien a razones de salud pública y de contención de la propagación del virus (como sucede con las restricciones a la movilidad derivadas de confinamientos totales

² Dentro de este paquete de medidas excepcionales en el ámbito de la Seguridad Social cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, las contempladas en el RDL 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, y en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, dirigidas a ampliar las bonificaciones a la Seguridad Social por el mantenimiento en nómina a personas trabajadoras con contrato fijo discontinuo, facilitar el acceso a la protección por desempleo o exonerar las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) tramitados a consecuencia de la pandemia.

³ Como es sabido, la situación asimilada al accidente de trabajo es una suerte de ficción jurídica prevista para supuestos que, sin constituir propiamente accidentes de trabajo, provocan efectos equivalentes. A través de esta figura se persigue extender la protección específica del accidente de trabajo a situaciones excepcionales que parecen justificadas como consecuencia de la pandemia.

y los periodos de aislamiento preventivo). Paralelamente, esta regulación excepcional considera como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo todas estas nuevas situaciones ligadas a la pandemia, y al contagio de las personas trabajadoras que se encuentran en alta, o de las personas profesionales del ámbito sanitario o sociosanitario, sin tener en cuenta cuál haya podido ser el origen del contagio (esto es, independientemente de que la causa del mismo haya tenido o no que ver con el trabajo). Ante la dificultad que entraña detectar el foco de la infección en un contexto de pandemia, se presume *iusuris et de iure* la etiología laboral de la enfermedad⁴.

En el estudio se distingue entre las medidas adoptadas con carácter general para todas las personas trabajadoras en el ámbito del subsidio económico de IT (sin distinción, por tanto, en función de la actividad profesional que desarrollan o del lugar donde prestan sus servicios) y aquellas otras destinadas específicamente al personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios en los casos en que, por razón de su actividad profesional, contraen la COVID-19.

Desde luego, no se trata de una exposición meramente descriptiva de los contenidos introducidos a través de dichas normas, sino de un análisis crítico de la nueva regulación donde se enfatiza sobre los principales problemas de interpretación que plantea la nueva normativa, a los que se trata de aportar solución, pues qué duda cabe de que este novedoso marco legal deja algunos cabos sueltos provocados, en parte, por las propias lagunas que acusa el tenor literal de estas normas jurídicas dictadas en el contexto de la emergencia sanitaria y de forma «aluvional», y en parte también por la necesidad de engarzar la legislación ordinaria con esta normativa dictada con carácter excepcional.

⁴ En cuanto al origen profesional o común de estas situaciones, si bien inicialmente se identificaron como derivadas de enfermedad común, posteriormente se reconsideró este carácter para calificar la naturaleza profesional de las mismas. En este sentido, el Criterio 4/2020 dejó sin efectos dos criterios técnicos anteriores: el Criterio 2/2020, de 9 de marzo, sobre la determinación de la contingencia de la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del COVID-19; y el Criterio 3/2020, de 9 de marzo, sobre la determinación de la contingencia de la situación de incapacidad temporal (la enfermedad ocasionada por el virus deberá catalogarse como enfermedad común a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo). Con todo, existen precedentes de esta suerte de ampliaciones de la prestación económica por IT a supuestos de aislamientos preventivos que se remontan a 2009, con motivo de la epidemia de la gripe A (si bien, en este caso, considerándola contingencia común). Así lo establecía la Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1N1 (BOE de 9 de mayo de 2009).

2. La ampliación de las situaciones protegidas por IT y calificación profesional de la contingencia

2.1. Identificación de los nuevos supuestos y régimen jurídico derivado de la protección excepcional

Como se ha indicado, el artículo quinto del RDL 6/2020 (redactado conforme a la versión definitiva dada por la disp. final décima RDL 28/2020) introduce dos modificaciones de calado que afectan de lleno al subsidio económico de IT. Así, por un lado, la norma extiende las situaciones que se encuentran protegidas a través de dicha prestación económica a determinadas hipótesis relacionadas con la situación de pandemia (más concretamente con las medidas de contención adoptadas por los poderes públicos para frenar los contagios); y, por otro lado, considera todas estas situaciones de origen profesional, asimiladas al accidente de trabajo.

Respecto a lo primero, la norma extiende los supuestos que dan derecho al subsidio económico de IT a dos nuevas hipótesis: los periodos de suspensión de la actividad laboral motivados por el aislamiento preventivo de las personas trabajadoras a causa del virus y aquellos otros periodos suspensivos ocasionados como consecuencia de las restricciones de movilidad impuestas por la autoridad competente que impiden el desplazamiento entre el domicilio de la persona trabajadora y el lugar de trabajo cuando uno u otro se encuentran en municipios distintos⁵. Concretamente, las restricciones de movilidad que dan derecho a este subsidio económico de IT «excepcional» son las que afectan a la salida o la entrada de personas del municipio donde las personas trabajadoras tienen su domicilio, o donde la empresa tiene su centro de trabajo en el caso de que la persona trabajadora tenga su domicilio en otro municipio. En ambos casos, el reconocimiento excepcional del derecho al subsidio económico responde a razones de salud pública y salud laboral, como medida de contención de la propagación del virus en un contexto de pandemia internacional, en el que el medio laboral puede resultar un foco de infección importante. Aunque el real decreto-ley se refiere también a los supuestos de contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa este tema no constituye novedad alguna, puesto que, a tenor de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), son constitutivas de IT, además de los periodos de observación en supuestos de enfermedad profesional, las situaciones debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o

⁵ La previsión que contempla la norma se refiere a restricciones de movilidad que tuvieron lugar durante los primeros meses de la pandemia y que ocasionaron confinamientos estrictos en las zonas geográficas más azotadas por aquella. Actualmente, la mayoría de los confinamientos que se están acordando permiten la movilidad entre municipios, entre otras razones, por motivos laborales. Ello no obstante, no hay por qué descartar que las restricciones a la movilidad más severas puedan volver a retomarse en cualquier momento, en función de la dirección que tome la evolución de la pandemia.

no de trabajo, por lo que, con arreglo a la normativa vigente en el momento de aprobación de esta normativa excepcional, el contagio por COVID-19 ya constituía una hipótesis amparada bajo el paraguas de la Seguridad Social que daba derecho al subsidio económico de IT (si se cumplen los requisitos exigidos legalmente para ello), pudiendo catalogarse, generalmente, como enfermedad común, pero también como enfermedad profesional en relación con determinados colectivos de personas trabajadoras cuya actividad laboral les exige manipular o estar en contacto con este agente biológico infeccioso, atendiendo a las diferencias que separan estas dos categorías morbosas (Martínez Barroso, 2004, p. 20), de modo que si en la enfermedad profesional la patología se conecta directamente con el trabajo, en la enfermedad del trabajo la relación entre esta y el trabajo realizado es genérica (Del Valle Villar, 2009, p. 594). Cuestión distinta es que en todos estos casos el contagio de la COVID-19 se presuma *iuris et de iure* de origen profesional, constituyendo este aspecto la auténtica aportación de la norma.

Como se ha anticipado, todos estos supuestos se consideran situación asimilada al accidente de trabajo, salvo cuando se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo, en cuyo caso será calificada accidente de trabajo. Por tanto, de poder acreditar que el contagio se ha producido en el medio laboral, será considerada como accidente de trabajo, dentro de la categoría «enfermedades del trabajo», también denominadas «accidentes impropios» (Chacartegui Jávega, 2007, p. 60), pero aun cuando no pueda probarse la etiología laboral de la patología, esta situación será considerada como asimilada al accidente de trabajo independientemente de que el contagio haya podido producirse en un medio ajeno al lugar de trabajo. Y es en este punto precisamente donde radica la novedad de la modificación legal introducida en relación con la contracción de la enfermedad COVID-19 por parte de la persona trabajadora, al considerarla en todo caso como situación asimilada al accidente de trabajo con independencia de que su origen haya podido residenciarse en medios extralaborales.

La consideración como situación de IT de los supuestos de aislamiento preventivo de personas que han estado en contacto con personas enfermas de COVID-19 y que, por tal motivo, pueden haber contraído también la enfermedad, no presenta violencia jurídica alguna. Esta hipótesis podría asimilarse a las bajas laborales derivadas de los periodos de observación en las enfermedades profesionales cuando sea necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad que, como es sabido, también constituyen situaciones protegidas a efectos del subsidio económico de IT (Fernández Avilés, 2020a, p. 2). La razón de ser en ambos casos viene a ser la misma: los periodos de observación derivados de enfermedades profesionales tienen como objeto realizar pruebas para determinar si se ha contraído la enfermedad y, de ese modo, poder adoptar las medidas que se consideren oportunas, cumpliendo así una función básicamente preventiva mediante un diagnóstico precoz y la separación de la persona trabajadora del riesgo (Chacartegui Jávega, 2007, p. 75); mientras que en los casos de aislamiento preventivo motivados por la COVID-19 de lo que se trata es de observar si se ha contraído o no la enfermedad, y de si esta se desarrolla, con el fin de tratar a la persona enferma, llegado el caso, o de prevenir otros posibles contagios. En

todo caso, desde el punto de vista de las arcas públicas del sistema de Seguridad Social y de los intereses de las empresas, hubiera sido más pertinente que en estos supuestos se hubiera condicionado el derecho a percibir el subsidio económico de IT a la inviabilidad de que la persona trabajadora pueda seguir desempeñando su trabajo de forma telemática. No se comprende por qué esta condición se ha contemplado en relación con los supuestos de restricciones de movilidad y no se ha extendido a otros casos.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, no resulta tan acertada la consideración como situaciones de IT de los supuestos de suspensión contractual motivados por la imposibilidad de trabajar de aquellas personas trabajadoras que para ello deban desplazarse a un municipio distinto de aquel donde tienen su domicilio, cuando la autoridad competente haya restringido la libertad de circulación entre municipios, y no puedan realizar de forma telemática su trabajo ni tengan derecho a otra prestación económica. En verdad esta contingencia hubiera presentado mejor acomodo en la protección por desempleo, dado que la situación suspensiva en este caso no guarda relación directa –aunque sí mediata– con razones de salud, sino que obedece a una decisión gubernativa impeditiva de la movilidad de la persona trabajadora que provoca como efecto la necesidad de suspender temporalmente la actividad laboral; supuesto que encajaría mejor en la fuerza mayor impropia. El hecho de que se haya incluido esta hipótesis entre las situaciones de IT responde muy probablemente a la mayor agilidad que presenta la tramitación del subsidio económico de IT respecto a la prestación por desempleo, y a que los requisitos de acceso a este último resultan, como regla general, menos exigentes. Además, el contenido económico del subsidio de IT y su duración son también más beneficiosos para la persona trabajadora, lo cual no resulta en absoluto baladí, sobre todo, en el momento tan crítico de la pandemia en el que tiene lugar la aprobación de esta regulación excepcional.

La asimilación al accidente de trabajo del origen de la contingencia en cualquiera de los tres supuestos que contempla esta normativa presenta grandes bondades. Además de reportar un beneficio económico para la persona trabajadora al garantizarle la percepción de un subsidio económico de mayor cuantía (concretamente, la cuantía del subsidio económico será equivalente al 75 % de la base reguladora que corresponda –que en estos casos también será más beneficiosa para la persona trabajadora–), presenta la virtualidad de garantizar la protección de la persona trabajadora en cualquier caso, con independencia de si ha habido o no previa cotización, o de la duración e intensidad que haya podido tener la misma, además de empezar a cobrar el subsidio económico desde el día siguiente a la baja. Pese a las dudas que pueda suscitar esta cuestión, en mi opinión, dado el carácter excepcional y sobrevenido de estos supuestos, las empresas no están obligadas a correr a cargo de las mejoras voluntarias del subsidio de IT que hayan podido establecerse eventualmente en el convenio colectivo. De ello deben exceptuarse, claro está, aquellos supuestos en que la enfermedad se haya contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo y pueda considerarse por ello, ora accidente de trabajo (enfermedad laboral), ora enfermedad profesional (para esta última, *vid.* Taléns Visconti, 2020, p. 126), en cuyo caso resultará de aplicación la legislación ordinaria.

Asimismo, tal consideración exige a la persona trabajadora de tener que probar que la causa del contagio ha sido netamente laboral; circunstancia que puede resultar muy difícil de acreditar tratándose de una enfermedad de muy fácil y exponencial transmisión, en un contexto de pandemia mundial.

En fin, esta calificación también contribuye a aliviar las arcas de las empresas al no tener que hacerse cargo del subsidio económico de IT entre el cuarto y decimoquinto día de la baja de la persona trabajadora.

Las previsiones que se recogen en esta normativa excepcional en relación con este subsidio económico como consecuencia de la COVID-19 han sido dictadas con carácter urgente y de forma «aluvional» a raíz de la situación tan extraordinaria e inédita a que ha dado lugar la pandemia, siendo en general también muy escuetas. De ahí que esta sucinta regulación suscite numerosos interrogantes en el plano jurídico.

En este sentido, el artículo quinto del RDL 6/2020, al establecer el régimen jurídico que atañe a este subsidio económico de IT, hace referencia, única y exclusivamente, a los siguientes aspectos: sujetos protegidos en cada uno de los supuestos para los que está prevista esta prestación económica de Seguridad Social, requisitos exigidos para poder ser persona beneficiaria del subsidio, y su duración. Paralelamente, se introduce alguna previsión específica en relación con el subsidio económico cuando este derive de la imposibilidad de desarrollar la actividad laboral como consecuencia de las restricciones de movilidad impuestas por la autoridad laboral competente.

Concerniente a los sujetos protegidos, la norma señala que tienen derecho a este subsidio económico todas las personas trabajadoras por cuenta propia o por cuenta ajena que en la fecha del hecho causante se encuentren en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. Así pues, los únicos requisitos que exige la norma para tener derecho a esta prestación económica de Seguridad Social son el de ser persona trabajadora por cuenta ajena o por cuenta propia, y estar de alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social en la fecha del hecho causante.

Del tenor literal del precepto se infiere que el derecho al reconocimiento de este subsidio económico de IT se constriñe, única y exclusivamente, a las personas trabajadoras por cuenta propia y por cuenta ajena, quedando al margen otros colectivos de personas trabajadoras que, pese a estar incluidas en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, no son personas trabajadoras por cuenta propia o por cuenta ajena al uso, como sucede con el funcionariado público. No obstante, tal laguna normativa fue subsanada posteriormente mediante la aprobación de un nuevo decreto, concretamente, el RDL 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, cuyo artículo 11 procedió a extender la medida a los funcionarios/as públicos incluidos en el régimen de mutualismo administrativo, considerando, asimismo con carácter excepcional, como situación asimilada a accidente de trabajo los periodos de aislamiento o

contagio del personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios/as públicos como consecuencia de la COVID-19. Ahora bien, de la triple casuística que contempla la versión definitiva del RDL 6/2020 para las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia, en el caso de los funcionarios/as públicos, el RDL 7/2020 no prevé el reconocimiento del derecho al subsidio económico de IT en los supuestos de baja laboral ocasionada como consecuencia de las restricciones de movilidad impuestas por la autoridad competente. Pese al silencio de la norma, no existe ninguna razón de peso para considerar que el colectivo funcional deba quedar al margen de la protección en tales casos, pudiendo colegir que la omisión obedece, simple y llanamente, a un olvido de la legislación.

Además de ser persona trabajadora en los términos expuestos, se exige que la misma se encuentre en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social en la fecha del hecho causante, considerando como tal la fecha en la que se acuerde el aislamiento, la restricción o la enfermedad de la persona trabajadora (sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha). A diferencia del criterio general que rige para los supuestos de IT, no parece que en estos casos la protección se extienda también a quienes en el momento del hecho causante se encuentren en situación asimilada al alta. No obstante, cuando se pueda probar que el contagio de la enfermedad ha tenido lugar como consecuencia de la realización del trabajo, y que se trata por tanto de un accidente de trabajo en sentido propio (dentro de la categoría de las enfermedades del trabajo), habrá que entender que rige la normativa general y que la prestación económica de IT también podrá causarse por aquellas personas trabajadoras que se encuentren en situación de alta asimilada. En estos casos, la legislación ordinaria desplaza la dictada con carácter excepcional.

Igualmente, podrá generarse el derecho a la prestación económica por IT si pese a estar prestando servicios en la fecha del hecho causante, la persona trabajadora no estuviera dada de alta debido al incumplimiento empresarial de la obligación de solicitar la misma.

El requerimiento del requisito del alta para poder acceder a esta prestación económica «excepcional» deja fuera a aquellas personas trabajadoras que resultan más vulnerables, singularmente, las personas inmigrantes en situación irregular. Ello resulta de todo punto contraproducente pues, aparte de la situación de absoluta desprotección en la que quedan estos colectivos, dicha exclusión puede propiciar comportamientos de riesgo desde el punto de vista de la salud pública, favoreciéndose conductas de ocultación de la enfermedad (sobre todo, por quienes resultan asintomáticos), o el encubrimiento de la información relativa a los contactos estrechos mantenidos con personas enfermas, con el fin de sortear la aplicación de las medidas de aislamiento y poder seguir desarrollando la prestación de servicios.

Dentro de la lógica que justifica la medida y en el contexto de excepcionalidad en el que se aprueba, no se exige para acceder al subsidio que la persona trabajadora tenga que acreditar un periodo previo de cotización. Lo cual, por otra parte, no coherencia demasiado bien con la consideración que hace la norma de la situación como asimilada al accidente

de trabajo, ya que, como regla general, en los casos de accidente de trabajo no se exige la acreditación de periodo de carencia alguno.

El subsidio económico de IT resulta incompatible con otras prestaciones económicas de Seguridad Social (inclusive el subsidio económico de IT –por contingencias comunes o contingencias profesionales– a que pueda tener derecho la persona trabajadora) y, también, como es lógico, con las rentas salariales, debiendo acreditarse tal extremo mediante la presentación (por parte de la persona trabajadora) ante el servicio público de salud de la certificación empresarial correspondiente. En caso de que la persona trabajadora tuviera derecho a otras prestaciones de Seguridad Social, se establece el cobro preferente de estas últimas frente al subsidio económico de IT previsto con carácter excepcional para todos estos supuestos relacionados con la pandemia.

Aunque la medida entró en vigor el 11 de marzo con carácter general para todas las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia, y el 13 de marzo para los funcionarios/as públicos, sin que ninguno de los reales decretos-leyes que se ocuparon de la materia dispusieran la aplicación retroactiva de la misma, posteriormente este criterio fue rectificado por parte de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, estableciendo, con un escaso rigor técnico en lo que a materia de fuentes del derecho se refiere (Taléns Visconti, 2020, p. 128), el carácter retroactivo de lo dispuesto en el artículo quinto del RDL 6/2020 a la fecha en la que se hubiera acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio⁶. De este modo, se equipara el trato a la totalidad de las personas trabajadoras afectadas por alguna de dichas circunstancias independientemente de la fecha en que hubieran tenido lugar las mismas.

En el caso de las personas trabajadoras que se vean imposibilitadas para desarrollar su actividad laboral como consecuencia de las restricciones de movilidad impuestas entre municipios al objeto de contener la expansión de los contagios, se exigen requisitos adicionales para que puedan beneficiarse de esta prestación económica, en esencia, la denegación de forma expresa por parte de la autoridad competente de la posibilidad del desplazamiento; la imposibilidad de que el trabajo sea desarrollado de forma telemática, por causas no imputables ni a la empresa ni a la propia persona trabajadora; y que esta última no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública⁷.

Con arreglo a ello, la persona trabajadora afectada por esta eventualidad deberá solicitar a la autoridad competente autorización para el desplazamiento y solo cuando esta última deniegue de forma expresa la posibilidad de desplazarse a otros municipios para poder

⁶ Criterio 4/2020 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

⁷ Aunque, en realidad, la versión última del RDL 28/2020 ya determina la preferencia de cobro de otras prestaciones económicas de Seguridad Social a las que pueda tener derecho la persona trabajadora frente a este subsidio «extraordinario».

desempeñar su actividad laboral, se entenderá cumplido este requisito. No es suficiente, para causar el derecho al subsidio, una denegación tácita o derivada de actos concluyentes, siendo necesario que la posibilidad de desplazarse se haya denegado de forma expresa por la autoridad que resulte competente.

Asimismo, esta normativa condiciona el derecho a beneficiarse de este subsidio económico excepcional al hecho de que la persona trabajadora no pueda desarrollar su trabajo de forma telemática, por causas que no resulten imputables ni a ella misma ni a la propia empresa, lo cual sucederá generalmente cuando se trate de trabajos de carácter manual o que requieran ineludiblemente la presencia física de la persona trabajadora en el centro de trabajo. O, incluso, tratándose de actividades que pueden desarrollarse telemáticamente, cuando la empresa o la persona trabajadora no dispongan de los medios necesarios para realizar adecuadamente el trabajo.

A este respecto, cabe interpretar que se exige a ambas partes un comportamiento de buena fe. Por parte de la empresa, demandando a esta que ponga todas las facilidades y los medios que se encuentren a su alcance para que la persona trabajadora pueda seguir desarrollando su actividad laboral de forma telemática; y por parte de la persona trabajadora, para que no ponga trabas a la implantación de las adaptaciones que resulten necesarias en su domicilio a fin de garantizar que la prestación de servicios se desenvuelva adecuadamente, ni a seguir las pautas formativas mínimas de carácter informático que resulten necesarias a tal objeto⁸.

En cualquier caso, hubiera sido conveniente identificar las causas que pueden considerarse imputables, ora a la empresa, ora a la persona trabajadora, a fin de impedir que el trabajo se desenvuelva telemáticamente. Ello facilitaría sobremanera la apreciación de los supuestos en que procede el reconocimiento del derecho al subsidio, o aquellos otros en que debe tener lugar su denegación. Más aún teniendo en cuenta que cuando fuera la empresa quien impidiera con su conducta la sustitución del trabajo presencial por trabajo telemático, la consecuencia redonda inexorablemente en perjuicio de la persona trabajadora impidiendo a esta la obtención del subsidio económico correspondiente. Desde este punto de vista, cabe considerar que la simple negativa de la persona trabajadora a seguir una mínima formación ofertada por la empresa a fin de adaptarse al nuevo modo de desarrollar su trabajo (de forma telemática), la renuencia empresarial a realizar una inversión económica de escasa cuantía con ese mismo propósito (ya sea en equipamiento informático, telefonía móvil...), o la falta de ofrecimiento empresarial de la formación necesaria para que las personas se familiaricen con programas o recursos informáticos nuevos constituyen causas impositivas imputables a uno u otro sujeto de la relación laboral.

⁸ Cuestión distinta son los efectos jurídicos que tal tipo de decisiones pueden reportar en el plano laboral, en cuanto a la modificación de condiciones que tal suerte de decisiones supone, la determinación del cauce jurídico adecuado para llevarlas a cabo, las consecuencias anudadas a la negativa de la persona trabajadora, etc.

Pero lo que más llama la atención es la impunidad con la que se ha regulado una conducta empresarial de esta naturaleza, capaz de frustrar el derecho de la persona trabajadora a disfrutar de una prestación económica de Seguridad Social sustitutoria de la renta salarial que se deja de percibir en estos casos, sin que se exija a las empresas la adopción de medidas concretas en aras de garantizar que el trabajo pueda seguir desarrollándose telemáticamente, ni se prevean sanciones derivadas de conductas omisivas o renuentes⁹.

Esta normativa no precisa cuáles serían los efectos anudados a comportamientos negligentes o de mala fe, singularmente cuando fuera la empresa quien obstaculizara o se negara a la sustitución del trabajo presencial por el telemático y, como consecuencia de ello, la persona trabajadora no pudiera acceder a la prestación económica que le pudiera corresponder en estos casos. No parece de recibo que una negativa injustificada de la empresa en cuanto a dicha sustitución pueda ser causa suficiente para impedir a la persona trabajadora disfrutar de esta prestación económica. En estos casos, aun cuando la persona trabajadora pueda tener abierta la puerta para poder reclamar en vía judicial una compensación económica de resarcimiento por daños, lo más aconsejable hubiera sido arbitrar una solución *ad hoc* que evitara el siempre arduo e indeseable peregrinaje judicial de la persona trabajadora en aras de conseguir el reconocimiento de su derecho. Y, en este sentido, probablemente una solución efectiva hubiera sido prever, bien el desplazamiento de la responsabilidad del abono del subsidio a la empresa, bien la obligación de mantener la retribución a su cargo¹⁰.

Desde luego, cuando fuera la persona trabajadora quien mostrase resistencias (injustificadas) a la sustitución del trabajo presencial por el telemático, decaería el derecho a poder beneficiarse del subsidio de IT previsto con carácter excepcional para estos casos, sin perjuicio de la posible aplicación de medidas disciplinarias por parte de la empresa.

Para poder disfrutar de este subsidio económico de carácter excepcional se exige también que la persona trabajadora no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública. De ser ese el caso, aquella deberá percibir preferentemente esta última. La incompatibilidad se prevé en relación con prestaciones de carácter público, por lo que habrá que interpretar *a sensu contrario* que el percibo de una prestación económica de naturaleza privada resulta compatible con el subsidio.

En relación con dicho requisito, el tenor literal de la norma no aclara con la suficiente precisión si la prestación pública debe ser alguna de las que conforman la acción protectora del sistema público de Seguridad Social, o alcanza también a cualquier otra ajena al

⁹ El único deber que se exige a las empresas es documentar por escrito la imposibilidad de que el trabajo se desenvuelva telemáticamente.

¹⁰ En cierto modo, esta hipótesis se asemeja a los supuestos de incumplimiento de las obligaciones que en materia de Seguridad Social corresponde asumir a las empresas (por ejemplo, la afiliación o el alta) y que provocan el desplazamiento de la responsabilidad hacia estas últimas.

mismo, al referirse genéricamente a «prestaciones públicas». No obstante, la redacción del apartado segundo (párrafo cuarto) del artículo quinto de este real decreto-ley, que establece la incompatibilidad del subsidio con el derecho a prestaciones de Seguridad Social, da pie a interpretar que la incompatibilidad se circunscribe, única y exclusivamente, a estas últimas.

Al objeto de acreditar que se cumplen las circunstancias descritas en la norma para causar derecho a esta prestación económica de carácter excepcional, se exigen ciertas obligaciones documentales, debiendo presentar ante el órgano correspondiente del servicio público de salud sendas certificaciones: una, expedida por el ayuntamiento del domicilio de la persona trabajadora, o por aquel donde la empresa tiene su centro de trabajo, en la que se acredite el acuerdo de restricción de la población donde se tiene el domicilio o donde se encuentra el centro de trabajo, así como la denegación de la posibilidad de desplazamiento; y otra, a cargo de la empresa en la que se dé cuenta de la imposibilidad de realizar el trabajo de forma telemática¹¹.

Las exigencias en cuanto a la acreditación documental de la imposibilidad de trabajar derivada de las restricciones de movilidad, o del confinamiento total, se han endurecido a raíz de la promulgación del RDL 28/2020. Así, en el supuesto de personas trabajadoras por cuenta ajena que tuvieran el domicilio en un municipio distinto al del centro de trabajo, se requerirá acreditar también: el domicilio de la persona trabajadora, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento; que esta desarrolla su trabajo en el centro ubicado en el municipio afectado por la restricción, mediante la correspondiente certificación de la empresa; y que la empresa no ha procedido al cierre del centro de trabajo, asimismo, mediante certificación de la misma.

La duración de esta prestación excepcional viene determinada por el parte de baja y la correspondiente alta. Ahora bien, en los supuestos de restricciones de salidas o entradas del/ al municipio de las personas trabajadoras que disfrutaron del permiso retribuido recuperable establecido en el RDL 10/2020, de 29 de marzo, deberá expedirse un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y otro de alta con efectos de 29 de marzo de 2020. Ello por cuanto esta última disposición supuso la suspensión temporal de todas las actividades no esenciales (entre el 30 de marzo y el 9 de abril) y el reconocimiento de un permiso retribuido de carácter obligatorio para todas aquellas personas trabajadoras ocupadas en sectores ajenos a dichos servicios esenciales y que, por tal motivo, se vieron forzadas a dejar de trabajar durante ese lapso temporal. Se trata de un nuevo permiso retribuido recuperable *sui generis*, pues tiene «carácter obligatorio» y es limitado en el tiempo, y no permite una asimilación nítida a ninguna de las instituciones jurídico-laborales ordinarias conocidas (Fernández Avilés, 2020b, p. 21).

¹¹ En el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia, esta última circunstancia deberá acreditarse mediante una declaración responsable por parte de las mismas.

En relación con este punto, cabe tener presentes las instrucciones aclaratorias dictadas por el Ministerio de Inclusión y Seguridad Social que atañen a la expedición y la remisión de los partes de bajas en todos estos casos.

Así, de un lado se precisa que, si bien con carácter general en los casos de baja médica por accidente de trabajo, cuando la empresa donde presta servicios la persona trabajadora está asociada a una mutua colaboradora de la Seguridad Social, la competencia para la expedición de los partes de baja, de confirmación de la baja o del alta reside en los servicios médicos de la propia mutua, en los casos de bajas motivadas por coronavirus dichos partes deberán ser emitidos por los médicos del servicio público de salud y no por los facultativos de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina o de las empresas colaboradoras.

Estas mismas instrucciones señalan que para la emisión del parte de baja o la confirmación no es necesario que se presente la persona afectada en el servicio público de salud. Sin embargo, para el cobro del subsidio económico es necesario el parte de baja, y para ello, en el caso de aislamiento, se debe confirmar por parte de la autoridad sanitaria competente de cada comunidad autónoma (o a quien esta autorice) la existencia del mismo.

En el caso de que se tenga conocimiento del aislamiento o del contagio con posterioridad al inicio de la baja, los partes se emitirán con carácter retroactivo.

Como se ha dicho, cuando la baja venga determinada por la situación de restricción en la salida o en la entrada del municipio donde tenga el domicilio la persona trabajadora, o donde la empresa tenga su centro de trabajo, deberá entregarse también al órgano competente del servicio público de salud la certificación expedida por el ayuntamiento del municipio la acreditación del acuerdo de restricción de la población donde se tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento, así como la certificación de la empresa (o una declaración responsable, en el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia) de la imposibilidad de desarrollar el trabajo de forma telemática.

Aun cuando no se especifique en esta normativa excepcional, cabe entender que cuando la persona trabajadora se encuentre en esta situación asimilada a accidente de trabajo y durante la misma tenga lugar la extinción del contrato de trabajo, se seguirá percibiendo la prestación por IT, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga la situación pasando, a partir de ese momento, en su caso, a la situación legal de desempleo (o de cese de actividad) (Trillo García, 2020, p. 63).

2.2. Incidencia de la regulación ordinaria en materia de accidentes de trabajo e IT

Más allá de las previsiones particulares que atañen al régimen jurídico de esta prestación económica de Seguridad Social de carácter excepcional, cabe entender que en lo no

previsto expresamente deberá regir la normativa establecida con carácter general para el subsidio económico de IT, debiendo hacer especial hincapié en lo que atañe a la duración máxima, las recaídas y el régimen jurídico extintivo.

Como se ha indicado, la duración del subsidio económico de IT en estos casos viene determinada por los partes de baja y alta, coincidentes con la adopción de la orden de aislamiento preventivo o la restricción de salida del municipio y en tanto una u otra se mantengan efectivas (salvo en el caso de restricciones de movilidad, en los términos que ya se han indicado). Cuando el motivo de la baja sea la enfermedad, procederá el mantenimiento del subsidio en tanto no tenga lugar el alta médica, debiendo considerar aplicables en relación con esta última hipótesis las previsiones generales que se contemplan en materia de duración máxima del subsidio económico de IT. Ello puede ser especialmente relevante en los supuestos de posibles recaídas, ya que en caso de tener lugar una primera baja por patología debida a COVID-19, y sufrir una recaída posterior, este último periodo deberá tenerse en cuenta a efectos del cómputo de la duración máxima de la IT. Así pues, si tras un proceso de IT determinado por haber contraído la COVID-19, la persona trabajadora es dada de alta médica y retorna al trabajo y antes del transcurso de 6 meses vuelve a ser dada de baja médica a causa de la misma enfermedad, se habrá producido una recaída, debiendo computar esta última en la duración máxima del único proceso de IT. Si la patología posterior es una enfermedad distinta, dará comienzo un nuevo proceso de IT. Ahora bien, habida cuenta de que la COVID-19 parece que puede dar lugar a otras complicaciones diferentes (de tipo cardiovascular, respiratorio, etc.), habrá que entender que todas estas patologías ligadas al contagio del virus, dado el nexo causal existente, también constituyen recaídas, cuando tengan lugar dentro del periodo de 6 meses desde que tuvo lugar el alta.

No resulta claro si los supuestos de aislamiento preventivo y contagio derivados de la misma etiología suponen una misma situación de IT o dos situaciones distintas. En principio, cabría defender una interpretación *pro operario* y considerar que el aislamiento preventivo y los contagios dan lugar a supuestos de IT diferentes aun cuando la etiología de ambos haya podido ser la misma. En este sentido, cabe reparar que, si bien a efectos del cómputo de la duración del subsidio de IT se tienen en cuenta los periodos de observación y recaída, el aislamiento preventivo no entra de lleno en ninguna de estas dos categorías.

Por lo que atañe al régimen jurídico extintivo, cabe tener presente que, si bien con carácter general la causa que pondrá fin al cobro del subsidio será el alta médica, en este terreno pueden incidir otras causas extintivas.

En dicho sentido, el agotamiento de la duración máxima prevista legalmente con carácter general para el subsidio económico de IT (derivado de accidente o enfermedad) conllevará también la extinción de este subsidio económico excepcional. E igual efecto parece que debe provocar la negativa de la persona trabajadora a someterse a una prueba PCR (o a otras técnicas de diagnóstico que se consideren adecuadas –test rápidos, por serología...–) a petición de los servicios de salud por tratarse de una persona que ha estado en contacto

estrecho con otra que presenta síntomas o que ha sido diagnosticada de COVID-19, o por cualquier otra razón que indiquen las autoridades sanitarias, pudiendo asimilarse esta hipótesis a la incomparecencia injustificada a los exámenes o reconocimientos médicos establecidos¹². Y otro tanto cabe señalar cuando la conducta de la persona trabajadora consista en el incumplimiento de la orden de aislamiento preventivo o de la orden de restricción de movilidad¹³.

Como se ha puesto de manifiesto al principio de este estudio, el RDL 28/2020 considera excepcionalmente como situación asimilada a accidente de trabajo el contagio de las personas trabajadoras como consecuencia de la COVID-19 (también los periodos de aislamiento o restricción de salida originados por esa misma causa). Habida cuenta de la especial dificultad que entraña la detección precisa del origen del contagio en un contexto de pandemia mundial, cobra singular relevancia la presunción legal que introduce dicha norma asimilando todos estos casos al accidente de trabajo, y liberando a la persona trabajadora de la carga de la prueba sobre la etiología laboral del contagio, garantizándole de este modo una mayor protección desde el punto de vista del sistema público de Seguridad Social.

Ahora bien, la norma contempla la consideración excepcional como situación asimilada al accidente de trabajo exclusivamente a efectos del subsidio económico de IT, por lo que de

¹² Con carácter general, la incomparecencia de la persona beneficiaria a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos/as para examen y reconocimiento médico provoca la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada (art. 175 LGSS).

¹³ Y ello con independencia de otros posibles efectos que tales conductas pueden provocar en el marco de la relación laboral o en el plano sancionador (a nivel administrativo o, en última instancia, incluso penal).

Así, en el contexto de la relación laboral, la negativa de la persona trabajadora a someterse a una prueba PCR podría dar lugar a un despido disciplinario motivado en la transgresión de la buena fe contractual. Repárese en que la negativa de la persona trabajadora a someterse a las pruebas de detección de la COVID-19, amén de que implica un importante riesgo de contagio de la enfermedad a otros compañeros/as de trabajo, al propio empresario/a y a terceras personas ajenas a la empresa, puede incidir en una prolongación indebida, o una agravación, de la situación de IT de resultar positiva la persona trabajadora. Y lo mismo cabe señalar respecto de la continuación de la actividad laboral incumpliendo una orden de aislamiento dictada por la autoridad competente por parte de una persona trabajadora de quien existen fundadas sospechas de que haya podido contraer la enfermedad. En este sentido, no puede pasarse por alto que la Ley de prevención de riesgos laborales exige una serie de obligaciones que atañen a las personas trabajadoras y cuyo incumplimiento provoca efectos disciplinarios, cobrando especial significación en este marco las concernientes al deber que corresponde a cada persona trabajadora de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional a causa de sus actos y omisiones en el trabajo (art. 29.1); contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras en el trabajo (art. 29.2.5.º); y cooperar con el empresario/a para que este pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud.

acabar derivando dicha situación en una incapacidad permanente, o incluso en el caso de producirse el fallecimiento de la persona trabajadora, las prestaciones económicas de Seguridad Social que puedan generarse por ello tendrán que considerarse de origen común (salvo que, como se dirá a continuación, pueda probarse que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo, o se presuma *iuris et de iure* la etiología laboral del contagio). El derecho a estas prestaciones se originará, generalmente, cuando, tras haber estado de baja por haber contraído la enfermedad, se produzca el alta médica con declaración de incapacidad permanente como consecuencia de las graves secuelas que haya podido ocasionar la COVID-19; o cuando a resultas de dicha patología tenga lugar el fallecimiento de la persona trabajadora. En cualquiera de estas dos hipótesis, las correspondientes pensiones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia que puedan ocasionarse deberán considerarse de origen común.

No obstante, lo anterior debe exceptuarse en tres supuestos: cuando pueda probarse que el origen de la enfermedad ha sido exclusivamente laboral; cuando se trate de personas trabajadoras que prestan servicios sanitarios o sociosanitarios y se hayan contagiado en el ejercicio de su profesión¹⁴; y cuando la COVID-19 pueda catalogarse como enfermedad profesional en relación con determinadas actividades profesionales. En todas estas hipótesis, la COVID-19 será calificada como accidente de trabajo o como enfermedad profesional, según los casos (en los términos que se analizarán más adelante). Pero con independencia de que se califique como accidente de trabajo o enfermedad profesional, la consideración profesional de la contingencia se mantendrá no solo a efectos del subsidio económico de IT, sino en relación con todas las prestaciones de Seguridad Social que puedan derivar de dicha patología.

Así pues, con arreglo a toda esta normativa (la ordinaria y la dictada con carácter excepcional), cabe distinguir cuatro situaciones distintas.

En primer lugar, la de aquellas personas trabajadoras contagiadas por la COVID-19 (ajenas al sector sanitario o sociosanitario) en las que se desconoce el origen del contagio, o en las que se sabe a ciencia cierta que el mismo ha tenido lugar en medios externos al trabajo (por ejemplo, cuando se pueda demostrar el origen social del mismo). En estos casos, las personas trabajadoras afectadas se considerarán en situación asimilada al accidente de trabajo, si bien a los exclusivos efectos del subsidio económico de IT, debiendo considerarse de origen común el resto de contingencias a que pueda dar lugar la enfermedad.

En segundo término, la de aquellas personas trabajadoras (no sanitarias o afines) en las que exista la certeza, y así se constate, de que el contagio de la enfermedad se ha producido en el medio laboral, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo (enfermedad

¹⁴ Ello, por aplicación del RDL 19/2020, en los términos que se analizarán más adelante.

del trabajo) y, consiguientemente, todas las prestaciones de Seguridad Social que se generen como consecuencia de tal patología tendrán carácter profesional.

Asimilable a esta hipótesis, cabe mencionar, en tercer lugar, la situación del personal sanitario o sociosanitario que contrae la enfermedad por estar expuesto al riesgo en su prestación de servicios (aun cuando la exposición resulte solo incidental) por el hecho de desarrollar su actividad laboral en dicha suerte de centros. Para este colectivo, el origen de todas las prestaciones de Seguridad Social que se deriven del contagio también tendrá la consideración de accidente de trabajo.

Por último, cuando la enfermedad se contraiga por personal que desarrolla actividades de prevención, asistencia médica o afines en el ejercicio de sus funciones, que estén incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales que contempla la normativa española, deberá reputarse como enfermedad profesional y, en consonancia con ello, ese mismo tratamiento tendrán las prestaciones que puedan derivar a resultas de aquella, dado que esto no lo ha excepcionado ninguna norma con rango legal (Fernández Avilés, 2020a, p. 5).

En última instancia, cabe tener en cuenta que, con independencia de las hipótesis anteriores, resultan extrapolables a este lugar las previsiones que rigen con carácter general en materia de accidentes de trabajo, debiendo calificarse propiamente como tales (y no meramente como situación asimilada al accidente de trabajo limitada al subsidio económico de IT) los ocurridos *in itinere* o las denominadas «enfermedades del trabajo».

En este sentido cabe reparar en que un supuesto que puede no resultar infrecuente en este ámbito es el accidente *in itinere* en aquellos casos en que la enfermedad se contraiga como consecuencia del contagio del virus provocado a causa de un viajero/a (positivo en COVID-19) con el que se comparte transporte público durante el trayecto de ida o de vuelta al trabajo.

Tampoco cabe descartar en este marco la posibilidad de enfermedades padecidas con anterioridad por la persona trabajadora que pueden verse agravadas como consecuencia del contagio de la COVID-19 en el medio laboral. O de enfermedades intercurrentes en aquellos casos, por ejemplo, en los que la persona trabajadora haya sufrido un accidente de trabajo que la ha ocasionado una lesión de la que debe ser intervenida quirúrgicamente, y durante la intervención quirúrgica que se desarrolla en el medio hospitalario es contagiada por el virus.

La calificación de la contingencia en todos estos supuestos será la de accidente de trabajo y surtirá efectos en relación con la totalidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social que puedan generarse.

Por último, en relación con esta materia, habrá que valorar también la incidencia que hayan podido tener los propios actos de la persona trabajadora en la contracción o en el desarrollo de la enfermedad, sin que aquellas conductas debidas a imprudencia profesional de la persona trabajadora provoquen la desnaturalización de la calificación como accidente de trabajo, y sí lo hagan, en cambio, aquellas otras originadas por dolo o culpa, o por imprudencia temeraria de esta última.

3. El contagio de la COVID-19 por el personal sanitario o sociosanitario y su calificación como accidente de trabajo

Con el propósito de conferir una adecuada protección a quienes han acusado de forma más directa los efectos de la pandemia, el RDL 19/2020, de 26 de mayo, reconoce derivadas de contingencia profesional, como accidente de trabajo, las prestaciones de Seguridad Social causadas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído la COVID-19. También en esta hipótesis la presunción legal es *iuris et de iure*, por lo que, aun cuando el contagio se haya podido producir en medios extralaborales, se considerará en todo caso accidente de trabajo, no existiendo ninguna obligación de carácter probatorio a fin de acreditar tal extremo.

Cabe subrayar que la existencia de esta medida ha sido un tanto convulsa, pues, pese a que en un primer momento la vigencia de esta previsión se acotó temporalmente, abarcando únicamente a los contagios producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma (hasta el 21 de julio de 2020), una norma ulterior (el RDL 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales) prorrogó la medida desde el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levantaran todas las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19¹⁵. La Resolución de 10 de septiembre de 2020, del Congreso de los Diputados, acordó la derogación del RDL 27/2020 dejando sin efecto dicha prórroga, por lo que la medida tuvo que ser restablecida de nuevo (ahora, parece, sin fecha de caducidad) de la mano del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹⁶. La disposición

¹⁵ Seguramente en la decisión de esta prórroga tuvieron mucho que ver los movimientos de protesta protagonizados por los profesionales del sector. En este sentido, cabe recordar que la pérdida de vigencia de la medida fue objeto de crítica por parte de numerosas asociaciones profesionales del sector sanitario y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

¹⁶ Llama poderosamente la atención que la prórroga de esta medida se haya contemplado en una disposición legal que se aprueba con el fin de regular el trabajo a distancia, lo cual da muestras de la deficiente técnica legislativa de la que adolece toda esta normativa aprobada con motivo de la pandemia.

adicional cuarta de esta última norma confirma la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2, desde la declaración de pandemia internacional por la OMS y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Esta última disposición, además de contemplar la continuidad de la aplicación de la medida, pone fin a los problemas interpretativos que suscitaban la redacción original en la materia y sus modificaciones posteriores en cuanto a los contagios a los que afectaba la misma. Y es que, por lo que atañe a la limitación temporal de la previsión, la redacción del RDL 19/2020, de 26 de mayo, no resultaba coincidente en los distintos apartados en los que se ocupaba de esta cuestión, aludiendo como referente temporal de los contagios indistintamente, ora a los producidos «durante la pandemia», ora a los acaecidos «durante el estado de alarma»¹⁷. No obstante, pese a la falta de uniformidad en el lenguaje empleado en esta norma, todo apuntaba a que la alusión temporal que latía tras esta regulación era la relativa al estado de alarma. El artículo 9.2 del real decreto-ley era muy significativo en este sentido al señalar que la previsión «se aplicará a los contagios producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma».

Por su parte, el RDL 27/2020 volvió a resucitar la medida a partir del 1 de agosto, tras decaer su aplicación 1 mes después de la finalización del estado de alarma por mor de lo establecido en el artículo 9.2 del RDL 19/2020. Sin embargo, la prórroga efectuada por esta última norma dejaba todavía un periodo «en blanco», que afectaba a los contagios acaecidos entre el 21 de julio (una vez finalizado el estado de alarma) y el 31 de julio de 2020 (dado que, como se ha dicho, tal real decreto-ley vuelve a reinstaurar la medida, si bien a partir del 1 de agosto), lo cual carecía de toda justificación. Además, a este periodo en blanco cabía sumar otro como consecuencia de la derogación efectuada por el Acuerdo de derogación del RDL 27/2020, que dejaba, asimismo, sin efecto la prórroga de la medida a partir del 10 de septiembre.

La disposición adicional cuarta del RDL 28/2020 pone fin a todas estas lagunas y considera que las prestaciones que se deriven a favor del personal que presta servicios en

¹⁷ Por un lado, la exposición de motivos y el apartado primero del artículo 9 del real decreto-ley preveían el reconocimiento como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades que padezca el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios que hayan contraído tal dolencia como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante cualquiera de las fases de la pandemia (o de la epidemia, como la califica este último precepto). En tanto que el propio título del artículo 9 y la disposición transitoria tercera de esa misma norma toman como referente temporal los contagios producidos durante el estado de alarma (en este último caso, por lo que concierne a la calificación que debe recibir la asistencia sanitaria prestada en estos casos hasta la entrada en vigor de dicho real decreto-ley, y la derivada de posteriores recaídas).

centros sanitarios o sociosanitarios por haber contraído la COVID-19 se entenderán derivadas de accidente de trabajo, desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria, abarcando, de este modo, todo el periodo completo de carácter excepcional generado a raíz de la pandemia.

Resulta criticable que esta solución no se haya extendido también a los supuestos de contagios producidos con anterioridad a la declaración formal de la pandemia por parte de la OMS, provocando este dispar tratamiento una situación discriminatoria por el hecho de la fecha en que hubiera tenido lugar el contagio. Más aún, si cabe, teniendo en cuenta que los efectos más nocivos y virulentos del virus y el riesgo de contraer la enfermedad por parte del personal sanitario y afín se reveló especialmente intensa en esos primeros momentos, cuando los conocimientos acerca del virus SARS-CoV-2 resultaban todavía muy limitados, y existía una situación de desabastecimiento generalizado en cuanto a medios de protección.

Más allá de la vigencia de la medida y del momento en que debe tener lugar el contagio, la redacción de la norma resulta fiel a su versión original (ex RDL 19/2020) considerando contingencia profesional derivada de accidente de trabajo el origen de las prestaciones de Seguridad Social que se generen a resultas de la contracción de la enfermedad del coronavirus por parte del personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de la profesión la hayan contraído por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios o sociosanitarios, cuando así se acredite por los servicios de prevención de riesgos laborales y salud laboral.

En cuanto al personal al que se dirige la previsión, quedan comprendidos un amplio elenco de personas profesionales del sector sanitario o sociosanitario (médicos/as, enfermeros/as, fisioterapeutas, personal de ambulancias, etc.), exigiéndose, además, que estén ocupadas en centros de esta misma naturaleza debidamente registrados (hospitales, centros de atención primaria, residencias, centros de rehabilitación, geriátricos, centros de día, residencias para mayores...).

A fin de poder aplicar la medida, se requiere que los servicios de prevención de riesgos laborales y salud laboral acrediten el contagio producido durante la prestación de servicios de las personas trabajadoras que se encuentran expuestas a ese riesgo específico (generalmente, por el posible contacto con pacientes infectados), lo cual, pese a ser una exigencia habitual dentro de las funciones que corresponde desempeñar a tales servicios como parte integrante del deber empresarial de vigilancia de la salud, constituye una condición de naturaleza procedimental que actuará más como un obstáculo que como una vía para la facilitación (Molina Navarrete, 2020, p. 28).

La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo en todos estos casos lo es a efectos de todas las prestaciones de Seguridad Social, y no únicamente a efectos del subsidio económico de IT, como sucede para el resto de personas trabajadoras ajenas al sector sanitario o sociosanitario (en atención a lo dispuesto en el RDL 6/2020) (González Martínez, 2020, p. 169). Las prestaciones de Seguridad Social que mejor encajan en esta situación son las de asistencia sanitaria, subsidio económico de IT, pensión de incapacidad permanente (en sus distintos grados), indemnizaciones a tanto alzado en los casos de lesiones permanentes no invalidantes, y prestaciones por muerte y supervivencia (auxilio por defunción, viudedad, orfandad, pensiones y subsidios a favor de otros familiares e indemnizaciones a tanto alzado)¹⁸.

Pese al silencio que guarda el RDL 28/2020, se sobreentiende que los requisitos que debe reunir la persona trabajadora para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes serán los previstos con carácter general para cada caso concreto, pues en todo aquello que no haya sido excepcionado hay que entender que rige la normativa ordinaria.

La virtualidad que presenta esta regulación es evitar a las personas profesionales afectadas por la enfermedad la carga de tener que probar cuál ha sido el origen del contagio, la etiología laboral de la patología, lo cual no resulta en absoluto baladí dada la especial dificultad que puede entrañar la prueba del origen del contagio en un contexto de pandemia mundial. Y, unido a la consideración profesional de la contingencia, la puesta en marcha del singular paraguas protector que se despliega en estos casos.

Si con carácter general (ex art. 156.2 e) LGSS) es preciso probar la existencia de una relación de causalidad directa entre la dolencia contraída y el trabajo desempeñado a fin de poder considerar aquella como enfermedad del trabajo (accidente de trabajo), cuando se trata del supuesto previsto en la norma se presume sin más tal naturaleza (presunción *iuris et de iure*)¹⁹, jugando tal calificación, como se ha dicho, a efectos de cualquier prestación de Seguridad Social que pueda derivar a raíz de la contracción de la enfermedad,

¹⁸ Por lo que atañe a la asistencia sanitaria, cabe tener presente que la prestada a las personas trabajadoras hasta la entrada en vigor del RDL 19/2020 y que se ha venido considerando como contingencia común mantendrá dicha calificación. No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9 de dicha norma, la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional. Por consiguiente, desde el 28 de mayo, la emisión de los partes de baja y alta se realizará por la mutua (Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, de 8 de junio de 2020).

¹⁹ Así se desprende del tenor literal de la disposición adicional cuarta del RDL 28/2020 al señalar que en estos casos ya «se entienden cumplidos» los requisitos exigidos en el artículo 156.2 e) de la LGSS, sin necesidad, por tanto, de tener que probar que la enfermedad ha tenido por causa exclusiva la ejecución del trabajo.

y no exclusivamente en relación con el subsidio de IT. Desde este punto de vista, no cabe la menor duda de que la protección dispensada al personal sanitario o sociosanitario en el ámbito de la Seguridad Social resulta más ambiciosa que la prevista con carácter general para el resto de personas trabajadoras²⁰. Además, la calificación como accidente de trabajo de las dolencias ligadas al contagio del virus SARS-CoV-2 comporta para las personas trabajadoras del sector sanitario o sociosanitario la garantía de una mayor protección en el ámbito de la Seguridad Social, principalmente, al aliviarse el nivel de exigencia para generar el derecho a las prestaciones del sistema y por la ampliación tanto de la cuantía como del elenco de las mismas. Son sobradamente conocidas las ventajas anudadas al accidente de trabajo en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social: en cuanto a la no exigibilidad de periodo alguno de carencia previa para generar el derecho a las prestaciones económicas; la aplicación del principio de automaticidad que garantiza a la persona trabajadora el derecho a la prestación en supuestos de incumplimientos empresariales relativos a los actos de encuadramiento o cotización; el mayor *quantum* económico de las mismas; la posibilidad de incrementar aún más su cuantía mediante la imposición de recargos por omisión de medidas de seguridad²¹; o, en fin, la posibilidad de reconocer prestaciones adicionales mediante indemnizaciones a tanto alzado a favor de los/las causahabientes en supuestos de fallecimiento, o como consecuencia de lesiones permanentes no incapacitantes (Romero Ródenas, 2015, pp. 137-138). Esto último puede resultar especialmente relevante en el contexto de una patología como la COVID-19 susceptible

²⁰ Del juego conjunto del RDL 6/2020 y RDL 28/2020, se infiere que, en tanto que cuando la enfermedad del coronavirus se contrae por una persona trabajadora que presta sus servicios en un centro sanitario o sociosanitario, desarrollando funciones de tal naturaleza, y estando expuesta a este riesgo específico durante su trabajo, se presume accidente de trabajo (dentro de las enfermedades del trabajo) en relación con todas las prestaciones de Seguridad Social que deriven de ello, cuando la enfermedad se adquiere por cualquier otra persona trabajadora cuya prestación de servicios no reúne tales condiciones, la consideración de accidente de trabajo lo es únicamente a los efectos del subsidio económico de IT.

²¹ Es previsible, a la vista del desabastecimiento generalizado de medios de protección en los primeros momentos de la crisis sanitaria y de la imposibilidad de suministrar los equipos de protección individual necesarios, que se interpongan un gran número de demandas judiciales exigiendo el recargo de prestaciones a las empleadoras en relación con todas estas personas profesionales (además de responsabilidades de otra naturaleza). En esta línea, ya existe algún pronunciamiento judicial condenando a las empleadoras a restablecer los derechos de las personas trabajadoras del sector sanitario ante la falta de adopción de las medidas preventivas pertinentes, más exigentes, si cabe, en un ámbito de protección de la salud pública, al quedar afectados no solo el riesgo del propio personal sanitario, sino la incidencia en la propagación de la enfermedad que tiene este colectivo como consecuencia de estar más expuesto por su profesión. Estas sentencias fundamentan su decisión en las obligaciones que tienen las personas empleadoras en materia de prevención y protección de los riesgos laborales, considerando que no se actuó con toda la diligencia exigible para la protección de las personas trabajadoras sanitarias. *Vid.*, en este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel 60/2020, de 6 de junio, confirmada más tarde por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón en Sentencia 405/2020, de 22 de septiembre; o el Auto dictado por el Juzgado de lo Social de Huesca 20/2020, de 21 de abril.

de provocar secuelas de muy diversa índole que pueden sobrevenir en el futuro (de tipo respiratorio, cardiovascular, neumológico, etc.).

Concerniente a las prestaciones de Seguridad Social que puedan ocasionarse por el fallecimiento de la persona trabajadora (esto es, las prestaciones por muerte y supervivencia), se considerará que la causa es accidente de trabajo, única y exclusivamente, cuando la muerte tenga lugar dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y derivada de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 de la LGSS. Con arreglo a lo que establece este último precepto, el origen profesional de la contingencia para las prestaciones por muerte y supervivencia se presume *iuris et de iure* cuando el sujeto causante sea un pensionista de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez derivada de contingencia profesional. De no ser así, deberá probarse el origen profesional del fallecimiento de la persona trabajadora, siendo necesario diferenciar entre aquellos supuestos en que el mismo haya tenido lugar por accidente de trabajo y aquellos otros provocados como consecuencia de una enfermedad profesional. En tanto que en este último supuesto la prueba resulta admisible con independencia del tiempo transcurrido entre el diagnóstico de la enfermedad y el óbito de la persona trabajadora, en el primero dicha prueba se admite únicamente cuando el fallecimiento tenga lugar dentro de los 5 años siguientes a la fecha del accidente.

En principio cabría interpretar que la consideración *iuris et de iure* como accidente de trabajo que prevé la normativa excepcional para estos casos a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia perdura durante 5 años (desde que tuvo lugar el contagio), transcurridos los cuales desaparecería tal presunción y pasaría a aplicarse la legislación ordinaria. Ello, independientemente de que la persona trabajadora fallecida reúna o no la condición de pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, e indistintamente también, en este último supuesto, de que la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez se haya causado como consecuencia de haber contraído la COVID-19. Sin embargo, la remisión de esta regulación excepcional al artículo 217.2 de la LGSS parece exigir la introducción de algún matiz, no resultando del todo clara la lectura que deba hacerse de la conjunción de sendos marcos legales. Como ya se ha indicado, este último precepto trata de aclarar el origen común o profesional del fallecimiento de la persona sujeto causante cuando esta sea titular de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia, determinando el carácter profesional de estas últimas cuando el origen que haya dado lugar a la pensión sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. De no ser así, se exige la prueba del origen profesional del fallecimiento. Ahora bien, en el caso que nos ocupa habrá que diferenciar varias hipótesis. En primer lugar, aquellos supuestos de pensionistas cuya situación de incapacidad permanente deriva de accidente no laboral o de enfermedad común, no relacionada con la COVID-19, y que fallecen por haber contraído posteriormente esta última enfermedad. En estos casos, se considerará que la causa es accidente de trabajo solo si el fallecimiento tiene lugar

dentro de los 5 años siguientes al momento del contagio. En caso de que el fallecimiento de la persona pensionista tenga lugar una vez transcurridos esos primeros 5 años, la causa de la muerte se considerará de origen común²². En segundo lugar, cuando se trate de pensionistas que tengan reconocida una incapacidad permanente de origen profesional, y que fallecen en momento posterior por COVID-19, las prestaciones por muerte y supervivencia se considerarán, en todo caso, de origen profesional, independientemente del momento en que se produzca el óbito (ello, por aplicación de lo dispuesto en el art. 217.2, párrafo primero, LGSS). Por último, tratándose del fallecimiento de pensionistas de incapacidad permanente o gran invalidez cuya incapacidad se haya ocasionado por el contagio de la COVID-19, el origen de la contingencia será considerado de carácter profesional siempre y cuando el fallecimiento tenga lugar dentro de los 5 años siguientes a la fecha del contagio.

Más dudas suscita, empero, la calificación que debe corresponder en estos casos cuando al fallecimiento le haya precedido una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez provocada por la COVID-19, y aquel tenga lugar una vez superados esos 5 primeros años. Así, podría interpretarse que cuando el causante (personal médico o afín) fuese un/una pensionista de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez al que se hubiera reconocido tal pensión vitalicia como consecuencia de haber contraído la enfermedad del coronavirus (durante la pandemia), y dado que en tales circunstancias con arreglo a la normativa excepcional esta última recibe *ex lege* la calificación de accidente de trabajo, igual consideración deben tener las prestaciones por muerte y supervivencia que se generen, con independencia del momento en que haya tenido lugar el óbito (y, por tanto, también en caso de que este se produzca una vez agotados los 5 años siguientes al momento del contagio). Pero esta lectura parece ir en contra de lo establecido en la disposición adicional cuarta del RDL 28/2020, que limita aquel privilegio a los casos de fallecimiento producidos durante los 5 años siguientes a la fecha en que tiene lugar el contagio. Desde este punto de vista, seguramente lo que ha querido decir la norma es que, pese a que se haya considerado que el origen de la incapacidad permanente absoluta o de la gran invalidez derivadas del contagio por COVID-19 es accidente de trabajo (por aplicación de la normativa excepcional), si el fallecimiento de la persona trabajadora tuviera lugar una vez transcurridos 5 años desde que tuvo lugar el contagio, tal calificación decae a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia que pudieran generarse. Una vez transcurridos esos 5 primeros años, el origen de la contingencia ya no se considera *per se* de carácter profesional y pasa a considerarse de origen común. De seguir esta interpretación, en tales supuestos únicamente será posible considerar que la causa del fallecimiento ha sido de origen profesional cuando la COVID-19 constituya enfermedad profesional, calificación que queda reservada solo a ciertas personas profesionales y en relación con determinadas

²² Salvo que se trate del fallecimiento de personal sanitario o sociosanitario cuya actividad suponga una exposición habitual al virus SARS-CoV-2 y pueda considerarse por ello que el coronavirus constituye una enfermedad profesional.

actividades. Ello, habida cuenta de que en tanto que la prueba de que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo está sujeta a un plazo de prescripción de 5 años, la acreditación de que el origen del fallecimiento ha sido una enfermedad profesional se permite *sine die* (ex art. 219.2, *in fine*, LGSS).

En suma, a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia, cuando quien contrae la enfermedad es personal sanitario o afín, habrá que entender que la causa del fallecimiento derivado de la COVID-19 es accidente de trabajo, siempre y cuando aquel haya tenido lugar dentro de los 5 años siguientes a la fecha del contagio (independientemente de que la persona causante tenga reconocida una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez a causa de esa misma patología). En estos supuestos se exonera al personal del sector sanitario o sociosanitario de la carga de la prueba sobre el origen profesional del contagio, si bien la calificación como accidente de trabajo se conserva por tiempo limitado (5 años, como se ha visto). Cuando la muerte por coronavirus de quienes tengan reconocida una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez por esa misma causa tenga lugar una vez transcurridos los 5 años que marca la norma, solo será posible salvar la etiología profesional del fallecimiento (y de las prestaciones por muerte y supervivencia correspondientes) cuando la COVID-19 pueda ser catalogada como enfermedad profesional.

En línea con lo anterior, cabe señalar que, pese a lo establecido con carácter excepcional en esta normativa, tratándose de personal sanitario o afín que trabaja en esta suerte de centros, la calificación de la contingencia por contagio del virus SARS-CoV-2 será generalmente la de enfermedad profesional, y no la de accidente de trabajo (Fernández Avilés, 2020a, p. 5; Molina Navarrete, 2020, pp. 28-29)²³. A este respecto hay que tener presente que dentro del cuadro de enfermedades profesionales que contempla la normativa vigente se consideran como tales las de carácter infeccioso causadas por agentes biológicos (grupo 3) por el trabajo de las personas que desempeñan actividades de prevención, asistencia médica y aquellas otras en las que se haya probado un riesgo de infección, excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de mayo, regulador de la protección de las personas trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, entre los cuales no se encuentra el Coronaviridae (incluido en el grupo 2)²⁴.

²³ Como es harto conocido, los elementos que caracterizan a la enfermedad profesional son su inclusión en una lista cerrada de actividades y sustancias o agentes peligrosos, y la estricta relación de causalidad entre el trabajo o la actividad profesional y la patología. La enfermedad del trabajo, en cambio, no está sometida a listado, constituyendo una relación abierta de patologías, independientemente de la suerte de relación laboral. En tanto que la enfermedad profesional se presume *iuris et de iure* si confluyen tales circunstancias, la enfermedad del trabajo requiere la prueba de la relación causa-efecto entre la prestación de servicios desarrollada y la patología.

²⁴ Cabe tener presente que la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, cataloga el coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS-CoV-2) como patógeno humano del grupo de riesgo 3, por lo que tendrá que revisarse la clasificación de este real decreto en lo que concierne al coronavirus.

Concretamente, las actividades que contempla el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, son las siguientes: las desarrolladas por personal sanitario; personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas; personal de laboratorio; personal no sanitario; personas trabajadoras de centros asistenciales o de cuidados de personas enfermas, tanto en instituciones cerradas o a domicilio; personas trabajadoras de laboratorios de investigación o análisis clínicos; personas trabajadoras de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados; odontólogos/as; personal de auxilio; personas trabajadoras de centros penitenciarios; y personal de orden público²⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado la OMS en su Declaración de 19 de marzo de 2020 considerando como enfermedad ocupacional la infección por coronavirus por parte de las personas trabajadoras de la salud²⁶.

Así pues, en relación con todas las actividades «listadas» que impliquen una exposición habitual al riesgo, la contingencia deberá calificarse como «profesional», pero no como accidente de trabajo, sino como enfermedad profesional, con todos los efectos jurídicos ligados a dicha calificación y que conciernen, en esencia, al ámbito preventivo y de la Seguridad Social²⁷. Desde esta perspectiva, cabe traer a colación la relevancia que adquieren en este

²⁵ La existencia del riesgo biológico en el trabajo viene determinada por la actividad del personal que trabaja en centros sanitarios o sociosanitarios, en contacto con los/las pacientes, ya sea en la atención directa o en el acompañamiento, así como por la proximidad a materiales y superficies que han estado en contacto con las personas enfermas y en las maniobras invasivas o no invasivas realizadas con ello.

²⁶ *Vid.* Coronavirus disease (COVID-19) outbreak: rights, roles and responsibilities of health workers, including key considerations for occupational safety and health (Interim guidance, 19 march 2020).

En esta misma dirección, el 29 de mayo de 2020 se publicó una nota informativa por parte de distintas asociaciones profesionales reivindicando la consideración de la COVID-19 en personal sanitario y socio-sanitario como enfermedad profesional y no como accidente de trabajo. Las asociaciones firmantes fueron: AEEMT (Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo); SEMST (Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo); APROMESS (Asociación Profesional de Médicos Evaluadores de la Seguridad Social); ANMTAS (Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario); SESLAP (Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública); y AET (Asociación de Especialistas en Enfermería del Trabajo).

²⁷ En relación con las patologías derivadas de agentes biológicos, existen pronunciamientos dispares por parte de la doctrina judicial en cuanto a su consideración como enfermedad profesional. Así, por ejemplo, existen pronunciamientos judiciales que consideran enfermedad profesional la gripe A contraída por una enfermera del servicio de hematología-cirugía vascular de un hospital que estuvo en contacto con pacientes diagnosticados de tal enfermedad, o una bronquitis severa padecida por una enfermera de un centro hospitalario del servicio público de salud, destinada al servicio de neumología (Sentencias del TSJ –SSTSJ– de Galicia de 13 de mayo de 2019 y de Cantabria de 4 de diciembre de 2019 –recs. 481/2019 y 843/2019, respectivamente–). En contra de este criterio, se ha negado la calificación de enfermedad profesional a la gripe padecida por el personal sanitario por considerar

plano las especiales obligaciones de vigilancia de la salud que atañen a las empresas, y la necesidad que exige la normativa vigente de llevar a cabo reconocimientos médicos previos y periódicos obligatorios en los casos de enfermedad profesional, lo cual se torna sumamente relevante para detectar posibles secuelas que haya podido dejar la enfermedad, con las consiguientes responsabilidades a que puede dar lugar el incumplimiento de tales obligaciones (arts. 243 y 244 LGSS); o, en el campo de la Seguridad Social, la consideración como situación determinante de IT de los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo, así como la aplicación de obligaciones especiales en los supuestos de traslados de puesto de trabajo o de bajas motivadas por dicha suerte de patologías (art. 16 Orden ministerial de 23 de octubre de 1967). Asimismo, en este plano debe ponerse en valor la obligación de revisar la planificación preventiva ante la modificación de los riesgos, por su ampliación o por sus consecuencias, como ocurre con la situación que afrontan los centros sanitarios y otras actividades en los actuales momentos de pandemia (Fernández Avilés, 2020a, p. 5)²⁸.

Ahora bien, si con arreglo a lo que se acaba de indicar se considera que para el personal sanitario y otros colectivos afines el contagio por el virus SARS-CoV-2 entra de lleno en la categoría de las enfermedades profesionales por aplicación del RD 1299/2006, ¿a qué colectivos de personas trabajadoras del sector de la sanidad o sociosanitario trata de proteger de manera especial el RDL 28/2020 mediante la consideración como accidente de trabajo de la COVID-19? Y es que de seguir «a pies juntillas» el tenor literal de esta última norma, las potenciales personas profesionales del sector sanitario a las que se dirige parecen coincidir con las personas profesionales (también del sector sanitario o afin) que ya se encuentran incluidas en el RD 1299/2009, que contempla el cuadro de enfermedades profesionales también para las de dicho sector.

que no es un riesgo específico del trabajo, sino que es común o habitual o con una incidencia generalizada en todo el colectivo humano (STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2014 –rec. 836/2014–). En idéntico sentido, pero respecto de la gripe A, *vid.* STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2018 (rec. 3545/2018).

²⁸ *Vid.* artículo 16.2 y 3 de la Ley de prevención de riesgos laborales. En relación con el personal sanitario, la calificación de la COVID-19 como enfermedad profesional y no como accidente de trabajo cobra especial relevancia en el plano de las prestaciones por muerte y supervivencia que puedan ocasionarse a consecuencia del fallecimiento por dicha patología, ya que si se considera a esta como enfermedad profesional (como aquí se defiende), la prueba del origen profesional de la contingencia a efectos de tales prestaciones no prescribe a los 5 años, como sí ocurre si se califica a dicha patología como accidente de trabajo, con los sustanciales efectos económicos que ello puede comportar dando lugar a una disminución significativa de la cuantía de las prestaciones (al pasar a considerarse de origen común) y a la pérdida completa de algunas de ellas (en esencia, las indemnizaciones a tanto alzado a favor de los/las causahabientes derivadas de contingencia profesional). Y es que, como ya se ha explicado, el RDL 28/2020, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 217.2 de la LGSS, limita temporalmente la consideración (*iuris et de iure*) de accidente de trabajo en los casos de fallecimiento, abarcando únicamente a los acaecidos dentro de los 5 años siguientes al contagio.

En este sentido, cabe interpretar que, dentro del personal sanitario o afín, la COVID-19 es susceptible de ser calificada tanto enfermedad del trabajo, como enfermedad profesional, según los casos.

Partiendo de la base de que la COVID-19 como enfermedad profesional se constriñe solo a ciertas personas profesionales que desarrollan su actividad en determinadas condiciones, es posible colegir que la calificación de la contingencia como accidente de trabajo, o mejor, como enfermedad del trabajo (por aplicación de la normativa excepcional), lo es en relación con determinadas personas profesionales de la sanidad y afines que desempeñan su actividad profesional en este sector, pero cuya exposición al virus no resulta directa y habitual, sino tan solo mediata u ocasional; esto es, respecto a aquellas personas profesionales del sector sanitario o sociosanitario que, por el hecho de trabajar en centros de esta naturaleza, resultan más vulnerables al virus en el actual escenario de pandemia, y, por ello, aun cuando en su puesto de trabajo no exista riesgo de exposición habitual, son susceptibles de contraer la enfermedad de forma accidental por contagio durante su prestación de servicios. Por el contrario, para quienes el desarrollo de su actividad profesional les exija estar expuestos constante y abiertamente al virus, y el riesgo de infección esté probado, la enfermedad por coronavirus no será enfermedad del trabajo, sino enfermedad profesional.

En tanto que en relación con el personal médico y afín que durante el desarrollo de su actividad profesional se encuentran expuestos de forma habitual y directa al virus SARS-CoV-2, esta regulación excepcional no ha supuesto novedad jurídica alguna, puesto que, tanto antes como ahora, dicha contingencia constituye enfermedad profesional; para otras personas profesionales del ámbito sanitario o sociosanitario cuya exposición a dicho agente biológico es tan solo mediata u ocasional, pero que presentan un elevado riesgo de contagio en la actual coyuntura, la norma legal aprobada sí constituye una novedad de relieve, puesto que todas las prestaciones de Seguridad Social que causen por haberse contagiado del virus se consideran derivadas de accidente de trabajo, sin necesitar de probar la relación de causalidad existente entre el trabajo y la enfermedad o, dicho de otro modo, sin tener que acreditar que la enfermedad se ha contraído por contagio durante la prestación de trabajo. De no haberse aprobado esta normativa «excepcional», el contagio del personal del sector sanitario y sociosanitario que, por la actividad profesional que desarrolla, no se encuentra expuesto al riesgo de forma habitual, tendría que incardinarse en la categoría de accidente de trabajo (como enfermedad del trabajo), debiendo probarse la etiología laboral del contagio. Con esta medida, las personas profesionales de la sanidad (en el sentido amplio apuntado) escapan a la aplicación de la normativa ordinaria, presumiéndose *iuris et de iure* el origen profesional de la contingencia.

Con todo, la medida debería haberse extendido también a otras personas profesionales que, pese a prestar sus servicios en centros del sector sanitario o sociosanitario, desempeñan funciones de otra naturaleza (celadores/as, personal de limpieza, de mantenimiento, administrativos/as...), y que también se encuentran expuestas al virus, aun cuando sea de

forma incidental (¿acaso el personal de limpieza que accede a las habitaciones de personas pacientes enfermas de coronavirus no corre el mismo riesgo de contraer la enfermedad?). Aplicar la medida a todo el sector sanitario y sociosanitario hubiera sido lo más pertinente en un contexto de pandemia ocasionada por un virus nuevo, de fácil y rápida transmisibilidad, que provoca una patología cuya evolución clínica todavía resulta imprevisible a fecha de hoy, y susceptible de dejar graves secuelas.

Cabe subrayar, por último, que aunque el RDL 28/2020 únicamente se ocupa de determinar la calificación de la contingencia cuando quien contrae la COVID-19 es el personal sanitario o sociosanitario, sin hacer mención alguna a la protección de estas personas profesionales en supuestos de aislamiento preventivo o por la imposibilidad de prestar servicios derivada de las restricciones a la movilidad que decreta la autoridad competente, rigen también para estos las disposiciones establecidas con carácter general en estos casos. De este modo, la imposibilidad de la prestación de servicios motivada por las situaciones de aislamiento preventivo o por las restricciones a la movilidad decretadas por la autoridad competente constituye situación de baja laboral asimilada al accidente de trabajo a los solos efectos de causar el derecho al subsidio económico de IT. Ahora bien, cuando el subsidio económico se derive del contagio de la enfermedad, cabe tener presente que, aun cuando los requisitos previstos por el RDL 28/2020 para considerar que el origen de la contingencia es profesional resultan más exigentes tratándose de personas trabajadoras del sector sanitario o sociosanitario (particularmente por lo que respecta a la necesidad de que se encuentren expuestas a ese riesgo específico durante la prestación de servicios), lo normal será interpretar que en este sector rige el mismo criterio que para el resto de personas trabajadoras y que, por tanto, a efectos de considerar que el origen del subsidio económico tiene carácter profesional (asimilado al accidente de trabajo), únicamente debe acreditarse que la persona trabajadora se encuentra en alta en el régimen de Seguridad Social correspondiente (en atención a lo dispuesto en el RDL 6/2020). Una lectura distinta de la norma daría lugar a que se tratara de peor modo a quienes resultan más vulnerables al riesgo y han sufrido de manera especialmente intensa los efectos de la pandemia, poniéndoles mayores trabas que al resto de personas trabajadoras a la hora de acceder al subsidio, lo cual carece por completo de sentido.

Referencias bibliográficas

- Chacartegui Jávega, Consuelo. (2007). *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Bomarzo.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2020a). Calificación jurídica de las contingencias derivadas del COVID-19 en el sistema español de Seguridad Social (navegando entre «normas ordinarias» y «derecho excepcional»). *Cielolaboral.com*. http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/fernandez_noticias_cielo_n4_2020.pdf.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2020b). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 7-26.
- González Martínez, José Antonio. (2020). Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 1(5), 136-175.
- Martínez Barroso, María de los Reyes. (2004). *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los tribunales*. Leynfor Siglo XXI SA.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). «Tormenta sociolaboral perfecta» y «encomiendas a santa Bárbara»: la Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 5-36.
- Romero Ródenas, María José. (2015). *El accidente de trabajo en la práctica judicial*. Bomarzo.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2020). Sobre el COVID-19 y las relaciones laborales. El derecho del trabajo español de la emergencia sanitaria. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56.
- Taléns Visconti, Eduardo Enrique. (2020). Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 121-145.
- Trillo García, Andrés Ramón. (2020). Seguridad Social y COVID-19. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 23, 57-174.
- Valle Villar, José Manuel del. (2009). Enfermedad profesional. En *Enciclopedia laboral básica* (pp. 593-596). Civitas-Thomson Reuters.





Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días

Tomás Sala Franco

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

Extracto

El presente trabajo pretende exponer algunas de las cuestiones interpretativas que plantea la definición legal del despido colectivo cuando se refiere al cómputo de las extinciones de contratos de trabajo producidas en un periodo de 90 días y dar cuenta de cuál ha sido la respuesta jurisprudencial a las mismas.

Palabras clave: despido colectivo; otras extinciones contractuales; significado legal; personas trabajadoras computables; ámbito espacial; ámbito temporal.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de aceptación: 14-10-2020 / Fecha de revisión: 15-01-2021

Cómo citar: Sala Franco, Tomás. (2021). Balance jurisprudencial acerca del concepto legal de despido colectivo y del cómputo de las extinciones contractuales producidas en un periodo de 90 días. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 153-166.



Judicial review of the legal concept of collective dismissal and the calculation of contractual terminations occurring within a period of 90 days

Tomás Sala Franco

Abstract

This paper aims to preserve some of the interpretative questions raised by the legal definition of collective dismissal when it refers to the computation of the terminations of employment contracts produced in a period of 90 days and to account for what the jurisprudential response to them has been.

Keywords: collective dismissal; other contractual terminations; legal meaning; computable workers; spatial scope; temporal scope.

Citation: Sala Franco, Tomás. (2021). Judicial review of the legal concept of collective dismissal and the calculation of contractual terminations occurring within a period of 90 days. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 153-166.





Sumario

1. La definición legal del despido colectivo
2. El cómputo de las extinciones de contratos de trabajo producidas en un periodo de 90 días
3. Los problemas interpretativos que plantean las extinciones contractuales incluidas
 - 3.1. Las personas trabajadoras computables
 - 3.2. La carga de la prueba
 - 3.3. El ámbito espacial de las extinciones contractuales computables
 - 3.4. El ámbito temporal del cómputo de los 90 días
 - 3.5. El significado legal de «otras extinciones contractuales»
 - 3.6. El juego de «las otras extinciones contractuales»

Referencias bibliográficas

1. La definición legal del despido colectivo

El [artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) define el despido colectivo con referencia a dos supuestos distintos:

- Como «la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco [cuando se produzcan] como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial» fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Como «la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a:
 - a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
 - b) El 10 % del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
 - c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores».

Y añade:

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

2. El cómputo de las extinciones de contratos de trabajo producidas en un periodo de 90 días

De esta definición legal, a los efectos que aquí interesan, conviene detenerse en la regla establecida para el cómputo del número de extinciones de contratos de trabajo producidas

en un periodo de 90 días a tener en cuenta para alcanzar los umbrales numéricos legalmente previstos para considerar la existencia de un despido colectivo. En esta regla legal se incluyen en el cómputo dos tipos de extinciones:

- En primer lugar, obviamente, hay que computar las extinciones contractuales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción efectuadas en esos 90 días, esto es, los despidos individuales/plurales fundados en estas causas a que se refiere el [artículo 52 c\) del ET](#) (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Cataluña 2060/1996, de 29 de marzo).
- En segundo lugar, se equiparan a las extinciones contractuales anteriores «cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1 c), siempre que su número sea, al menos, de cinco».

3. Los problemas interpretativos que plantean las extinciones contractuales incluidas

3.1. Las personas trabajadoras computables

Esta regla legal definitoria de los despidos colectivos referida a las «extinciones contractuales» computables en el periodo de 90 días plantea diversos problemas interpretativos.

El primero de ellos es el de qué tipo de personas trabajadoras cuyo contrato se extingue deben computarse a los efectos de calificar un despido como colectivo.

En la medida en que la ley no distingue, la jurisprudencia ha señalado que computan las extinciones contractuales de todas las personas trabajadoras, con independencia de la modalidad contractual a que estén sujetas (indefinidas o temporales, a tiempo total o a tiempo parcial, a domicilio o presenciales, formativas o comunes, ordinarias o especiales) y de que la relación laboral sea común o especial, con las únicas excepciones de la alta dirección y de las personas trabajadoras temporales cedidas por las empresas de trabajo temporal (STSJ de Cataluña 4390/1995, de 19 de julio). También se incluyen las personas trabajadoras fijas discontinuas (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– 862/2019, de 12 de diciembre, o 214/2020, de 10 de marzo).

Las personas trabajadoras con contrato temporal también entran en el cómputo, siempre que las extinciones tengan lugar antes de la finalización o del cumplimiento de los contratos. En este sentido se han manifestado las SSTSJ de Castilla-La Mancha 663/1995, de 27 de junio, o Cataluña 4390/1995, de 19 de julio, si bien la STSJ de Andalucía de 8 de julio

de 1997 (rec. 583/1997) haya interpretado en sentido contrario, a mi juicio erróneamente, que solamente deben computarse a estos efectos las personas trabajadoras con contratos indefinidos.

3.2. La carga de la prueba

El segundo de los problemas interpretativos planteados es el de a quién corresponde la carga de probar si una determinada plantilla se encuentra o no dentro de una de las tres bandas numéricas a que se refiere la ley.

La doctrina judicial ha señalado a este respecto que la carga de la prueba corresponde a la empresa y no a las personas trabajadoras (STSJ de Cataluña 4390/1995, de 19 de julio).

3.3. El ámbito espacial de las extinciones contractuales computables

El tercero de los problemas interpretativos planteados se refiere al ámbito espacial en el que debe hacerse el cómputo de las extinciones contractuales a efectos de configurar la existencia de un despido colectivo.

La ley habla ciertamente de «empresa», por lo que, en principio, de acuerdo con una interpretación literal de la misma, no cabrá hacer el cómputo de extinciones contractuales en un «centro de trabajo» (STJ de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/2008; SSTSJ de Cataluña 4390/1995, de 19 de julio, Castilla-La Mancha 663/1995, de 27 de junio, [La Rioja 305/2004, de 9 de noviembre](#), o Castilla y León de 25 de octubre de 2004, rec. 1941/2004).

La jurisprudencia comunitaria (por todas, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –SSTJUE– de [30 de abril de 2015, asunto C-80/14](#); [13 de mayo de 2015, asunto C-392/13](#); u [11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14](#)) ha declarado, sin embargo, que la [Directiva 98/59](#):

[...] debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o por una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo de que se trate, [oponiéndose] a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la utilización de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento, información y consulta, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo.

Con posterioridad a estas sentencias, nuestra jurisprudencia ha aceptado, con base en el «principio de interpretación conforme al derecho de la Unión Europea», el centro de trabajo como referente del despido colectivo (en este sentido, SSTS [848/2016, de 17 de octubre](#); [312/2017, de 6 de abril](#); [506/2017, de 13 de junio](#); o [227/2018, de 28 de febrero](#)).

A mi juicio, en la medida en que existe jurisprudencia que, con toda lógica, señala que, cuando se alega un causa económica, hay que tener en cuenta la situación del grupo o la de la empresa y no la del centro de trabajo (SSTS de [14 de mayo de 1998, rec. 3539/1997](#), o [-Sala de lo Contencioso-Administrativo- 23 de junio de 1999, rec. 9887/1997](#)), mientras que, si se trata de causas técnicas, organizativas o de producción, estas pueden darse en un centro de trabajo, parece lógico concluir que el cómputo deberá hacerse donde corresponda (grupo, empresa o centro de trabajo) en atención a las causas alegadas. En este mismo sentido se manifestaba de antiguo Blasco Pellicer (2009, pp. 27 y ss.).

3.4. El ámbito temporal del cómputo de los 90 días

Un cuarto problema interpretativo se plantea respecto del ámbito temporal del cómputo de los 90 días, esto es, el de cuándo empieza y acaba el periodo de cómputo de los 90 días.

La finalidad de la legislación es muy clara: evitar que en un periodo de 90 días se realicen despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o extinciones contractuales asimiladas que por su número debieran seguir el procedimiento del despido colectivo del [artículo 51 del ET](#).

El umbral numérico legalmente requerido de personas trabajadoras despedidas puede conseguirse de una sola vez o mediante sucesivas decisiones empresariales, no planteándose en el primer caso problema alguno.

En el segundo caso, el criterio a utilizar para el cómputo de los 90 días ha sido unificado por la jurisprudencia (por todas, SSTS de [23 de abril de 2012, rec. 2724/2011](#); [23 de enero de 2013, rec. 1362/2012](#); [17 de mayo de 2016, rec. 3037/2014](#); u [11 de enero de 2017, rec. 2270/2015](#)) en el sentido de entender que el periodo de cómputo de los 90 días debe realizarse hacia atrás desde la fecha del despido de que se trate, comenzando el cómputo en el despido que en ese momento pretende efectuarse, no siendo computables las extinciones contractuales posteriores, salvo, naturalmente, en los supuestos de fraude de ley en la actuación empresarial, como sucede cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir un proceder intencionado por parte de la empresa de no acordar simultáneamente todas las extinciones contractuales para evitar los trámites del despido colectivo.

Con anterioridad a esta jurisprudencia unificadora, existían sentencias de los tribunales de justicia autonómicos que entendían el cómputo de otra manera. Así, la STSJ de

Cataluña 4390/1995, de 19 de julio, venía a entender que los periodos de 90 días debían computarse a partir del primer despido objetivo «ex artículo 52 c) del ET», hacia atrás y hacia delante:

El despido individual/plural ex artículo 52 c) del ET abre un periodo de cómputo tanto hacia delante como hacia atrás para ver si dentro de ese periodo de tiempo se han producido otras extinciones contractuales computables en número suficiente para calificar el despido de colectivo.

Así, producido un despido o varios despidos, si en los 89 días anteriores o posteriores se hubieren producido o se producen otros despidos o extinciones contractuales computables, todos ellos integraban el despido colectivo (en este sentido, STSJ de Andalucía/Málaga 917/1997, de 21 de mayo).

Sobre esta situación jurisprudencial ha incidido recientemente la [STJUE de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19](#), manteniendo la siguiente interpretación:

- En primer lugar, recuerda que los umbrales de cálculo del despido colectivo constituyen conceptos del derecho comunitario cuya interpretación no puede dejarse a disposición de los Estados miembros, ya que ello alteraría el ámbito de aplicación de la [Directiva 98/59/CE](#) y, en consecuencia, la privaría de eficacia.
- Y, en segundo lugar, señala que no es conforme a la [Directiva 98/59/CE](#) la limitación del cómputo de los 90 días exclusivamente al periodo anterior al despido individual ni el empleo de los 90 días inmediatamente posteriores restringido exclusivamente a los supuestos de fraude de ley. Considera así que dicho cómputo podrá realizarse en un periodo que pueda ser en parte anterior y en parte posterior al despido individual impugnado, siendo este cómputo «el único que resulta conforme con la finalidad de la Directiva 98/59 y que respeta el efecto útil de aquella». Establece así la sentencia en su fallo que:

El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de 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, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el periodo de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo periodo de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición.

Las argumentaciones que el tribunal utiliza son las siguientes:

- En primer lugar, la ausencia de cualquier límite temporal fijado por la directiva a estos efectos.
- En segundo lugar, la limitación de la protección de los derechos de las personas trabajadoras perseguida por la directiva que se derivaría de limitar el periodo de referencia, bien exclusivamente al periodo anterior al despido individual impugnado o bien al periodo posterior a dicho despido solamente en el caso de fraude.
- En tercer lugar, la irrelevancia de que el periodo de referencia empleado sea anterior o posterior al despido individual, siempre y cuando sea continuo, sin posibilidad de suspensión o interrupción alguna.
- En cuarto lugar, finalmente, la finalidad de la directiva consistente en identificar determinados tipos de actuación de las empresas dentro de un periodo específico, que debe tener un grado de previsibilidad y verificabilidad, y por ello la directiva no distingue entre despidos fraudulentos o no, puesto que la intención empresarial no debe repercutir en el cómputo ni en la duración del periodo de referencia.

Con posterioridad a esta sentencia del TJUE, la [STS de 9 de diciembre de 2020 \(rec. 55/2020\)](#) ha mencionado en sus fundamentos jurídicos la existencia de esta sentencia del TJUE y de su doctrina interpretativa, pero sin asumirla ni rechazarla, por entender que el conflicto planteado debía resolverse por otras vías. Ello no obstante, no hay duda de que el TS vendrá obligado en el futuro a seguir al TJUE con base en el «principio de interpretación conforme al derecho de la Unión Europea».

Ahora bien, coincido con Maneiro Vázquez (2020, pp. 143 y ss.) cuando señala que «a la vista de la sentencia Marclean Technologies no cabe duda de que la certeza que tradicionalmente ofrecía la jurisprudencia unificada del TS podría venirse abajo ante los dictados del TJUE [...] y ante su lectura surgen numerosas cuestiones». Así, esta autora apunta lo siguiente:

- El plazo de caducidad del que dispondrá una persona trabajadora que ha visto extinguido su contrato de trabajo, tras descubrir que el número de extinciones posteriores a su despido es suficiente para considerarlo parte de un despido colectivo encubierto.
- La necesidad de reconfigurar el despido colectivo en fraude de ley, ya que, a partir de la sentencia del TJUE, resulta irrelevante la intención empresarial y solo se precisa que concurra el número suficiente de despidos en un periodo de 90 días consecutivos.
- Cuál será en el futuro el significado y trascendencia de la expresión «el mayor número de despidos» a que se refiere la sentencia, como elemento identificador

del periodo de 90 días que ha de tomarse en consideración, dado que la persona trabajadora individualmente despedida no podrá elegir el periodo de 90 días que más le convenga, ni siquiera aunque en él se alcance el número de extinciones requerido. Habría de acogerse al periodo de 90 días en el que se hubiera producido «el mayor número de despidos». Esta interpretación permitiría evitar que cada una de las personas trabajadoras afectadas por despidos individuales acordados en fechas próximas pudiera elegir un periodo de 90 días diferente.

3.5. El significado legal de «otras extinciones contractuales»

En quinto lugar, se plantea la cuestión interpretativa acerca de qué «otras extinciones contractuales» distintas de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción quedan integradas legalmente en el cómputo.

En principio, computarían, según la ley, todas aquellas extinciones contractuales producidas «a iniciativa del empresario» y «en virtud de otros motivos (distintos de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) no inherentes a la persona del trabajador», con exclusión de las extinciones de los contratos temporales por la llegada de su término final.

No es fácil proyectar esta oscura regla legal sobre las distintas causas de extinción contractual admitidas por el [artículo 49 del ET](#). Los dos elementos utilizados por la ley —«extinción a iniciativa del empresario» y «extinción por motivo no inherente a la persona del trabajador»— plantean algunas cuestiones interpretativas importantes.

Así, el primero de los dos elementos (ha de tratarse de una «extinción a iniciativa del empresario») parecería dejar clara la exclusión de las extinciones contractuales a iniciativa de la persona trabajadora (abandonos, dimisiones y resoluciones contractuales justificadas «ex arts. 40 y 41 del ET» y «ex [art. 50 del ET](#)»). Sin embargo, si bien nadie ha cuestionado la exclusión de las dos primeras (en este sentido, la [STSJ de Castilla-La Mancha 405/1997, de 24 de abril](#), se manifiesta a favor de la exclusión del cómputo de las extinciones contractuales configuradoras de un despido colectivo, argumentando que estas extinciones responden a la voluntad de la persona trabajadora frente a una iniciativa lícita de la empresa), no sucede lo mismo con las resoluciones contractuales «ex [art. 50 del ET](#)» o con las resoluciones «ex arts. 40.1 y 41.3 del ET».

Existe, así, doctrina judicial que considera que las resoluciones contractuales instadas por la persona trabajadora al amparo del [artículo 50 del ET](#) computan a estos efectos, argumentando que se deben a un incumplimiento previo de la empresa ([STSJ de Castilla-La Mancha 405/1997, de 24 de abril](#)); y, en relación con las extinciones producidas en virtud de los artículos 40.1 y 41.3 del ET, existe jurisprudencia comunitaria en un sentido inclusivo: SSTJUE de [30 de abril de 2015, asunto C-80/14](#); [21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16](#); o [21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16](#).

En todo caso, este primer elemento plantea la cuestión interpretativa de si deben computarse o no las bajas por mutuo acuerdo incentivadas por la empresa o las denuncias empresariales de las condiciones resolutorias pactadas en el contrato. A mi juicio, existen razones de peso para dar una respuesta negativa, excluyendo estas extinciones del cómputo, con base en la analogía con las extinciones de los contratos temporales por la llegada del término final, dado que en los tres supuestos de extinción existe un mutuo acuerdo de las partes (en el momento de contratar o en el momento de extinguir el contrato), lo que excluye la calificación de los mismos como supuestos de extinción «a iniciativa del empresario». En este sentido se manifiesta la STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1996 (rec. 6660/1995), declarando la no computabilidad de las jubilaciones anticipadas acordadas con la empresa, aunque esta pretendiera con ello amortizar los puestos de trabajo.

En atención al segundo elemento (ha de tratarse de una extinción contractual por motivos no inherentes a la persona trabajadora), resultarían incluidos en el cómputo los despidos por fuerza mayor y las extinciones por muerte, jubilación e incapacidad de la persona física titular de la empresa y por extinción de la personalidad jurídica de la empresa. En este sentido, la [STJUE de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02](#), incluye en el cómputo previsto por la directiva los despidos por fuerza mayor y el cese de la actividad de la empresa a raíz del fallecimiento de la persona titular de la empresa.

Paralelamente, resultarían claramente excluidas del cómputo, por tratarse de extinciones contractuales por motivos inherentes a la persona trabajadora, las debidas a la muerte, jubilación e incapacidad de la misma.

Mayores problemas plantean en este sentido los despidos disciplinarios y las extinciones contractuales por causas objetivas.

En cuanto a los despidos disciplinarios, cabría concluir *a priori* que deberían excluirse del cómputo por tratarse de extinciones contractuales debidas a motivos inherentes a la persona trabajadora (su incumplimiento contractual). Esto resulta evidente en el caso de los despidos disciplinarios declarados judicialmente procedentes o en los no impugnados judicialmente. No lo es, sin embargo, en los casos de los despidos improcedentes o nulos por atentar contra derechos fundamentales de la persona trabajadora. Esta ha sido la doctrina interpretativa de la jurisprudencia: considerar computables los despidos disciplinarios improcedentes declarados judicialmente o en vía transaccional extrajudicial (por todas, [STS 490/2018, de 9 de mayo](#)).

Lo mismo cabría decir acerca de la extinción contractual por causas objetivas del [artículo 52 del ET](#) (por ineptitud, falta de adaptación de la persona trabajadora o absentismo laboral). Evidentemente, resultan excluibles del cómputo las extinciones no impugnadas judicialmente o declaradas judicialmente procedentes, no así las declaradas improcedentes o nulas (por todas, [STS 490/2018, de 9 de mayo](#)).

La [STS 411/2017, de 10 de mayo](#), ha entendido igualmente que la falta de llamamiento a las personas trabajadoras fijas discontinuas en número superior a los umbrales del [artículo 51 del ET](#) debe incluirse a estos efectos en el cómputo de los despidos colectivos.

La [STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16](#), entiende que cuando la empresa impulse una modificación sustancial del contrato que afecte a amplio número de personas trabajadoras –las definidas en los umbrales de la legislación–, esta debe computarse para definir el umbral del despido colectivo.

Finalmente, la propia exclusión legal expresa del cómputo de las extinciones de los contratos temporales por la llegada de su término final es cuestionada por la doctrina judicial cuando se trate de contratos temporales fraudulentos, defendiéndose su computabilidad (por todas, SSTS de [3 de julio de 2012, rec. 1657/2011](#), u [8 de julio de 2012, rec. 2341/2011](#)). También se ha admitido la inclusión en el cómputo de los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata mercantil que finaliza antes de la fecha prevista por reducción de su volumen (SSTS [283/2019, de 4 de abril](#), y [62/2020, de 24 de enero](#)).

Y, en cuanto a la exigencia mínima legal de «cinco extinciones», se plantea la duda interpretativa de si se refiere a «cinco extinciones contractuales distintas de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», como parece deducirse de una interpretación literal del [artículo 51.1 del ET](#) o si, por el contrario, se refiere a «cinco despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», como se deduce de una interpretación sistemática del precepto legal a la luz de la directiva comunitaria la que el ET tiene su origen, de donde solamente si hubiera cinco despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cabría contabilizar en el cómputo otras extinciones contractuales. En este último sentido se manifestaron, de antiguo, Goerlich Peset (1994, p. 125) y, más tarde, Blasco Pellicer (2009, pp. 31 y ss.).

Si bien nuestra jurisprudencia (por todas, SSTS de [23 de abril de 2012, rec. 2724/2011](#); [8 de julio de 2012, rec. 2341/2011](#); o [25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013](#)) incluía otras extinciones contractuales distintas de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la jurisprudencia comunitaria se decantó a favor de la interpretación de que el número de cinco se refiere solamente a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y no a otras extinciones contractuales asimiladas (SSTJUE de [11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14](#); [21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16](#); o [21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16](#)).

3.6. El juego de «las otras extinciones contractuales»

En sexto lugar, finalmente, se plantea el problema interpretativo de cuándo deben computarse esas «otras extinciones contractuales» a que se refiere la ley para poder calificar un despido colectivo, esto es, si pueden computarse cuando juegan solas o si se necesita para

su cómputo de la existencia de algún despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el periodo legal de referencia de 90 días.

A esta cuestión se refiere la [STS de 14 de mayo de 2008 \(rec. 3688/2006\)](#), en unificación de doctrina, repitiendo la misma doctrina sentada en las anteriores SSTs de [22 de enero de 2008 \(rec. 4042/2006\)](#) y [22 de febrero de 2008 \(rec. 3315/2006\)](#).

En efecto, planteado en estas sentencias un supuesto de hecho referido a una empresa que procede a extinguir determinados contratos concertados como temporales a la llegada de su término final que, formuladas las correspondientes demandas por despido, resultan declarados improcedentes por tratarse de contratos temporales en fraude de ley, en número superior al umbral establecido en el [artículo 51.1 del ET](#) para la calificación de un despido como colectivo, se solicita por las personas trabajadoras que se califique el despido de colectivo y, por ello, de nulo por incumplimiento del procedimiento previsto legalmente en el [artículo 51.1 del ET](#). En estas sentencias se viene a mantener lo siguiente:

Resulta claro que es totalmente acertada la sentencia recurrida, al calificar de improcedente el despido del actor, pues el mismo no tiene nada que ver en absoluto con las figuras jurídicas que regulan los arts. 51, 52 y 53 del ET. Esto es obvio, habida cuenta que los denominados despido colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción. En el caso de autos no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia; es más, en el despido del actor no se hizo referencia alguna a esas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No hay, por tanto, razón de clase alguna para aplicar en esta litis el art. 51 del ET.

Así pues, las otras extinciones contractuales distintas de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción solo podrán computarse como «comodines» para la calificación de un despido como colectivo en el caso de que exista algún despido objetivo del [artículo 52 c\) del ET](#) en el periodo legal de referencia de los 90 días, a salvo, naturalmente, que se demostrara en el juicio de despido correspondiente que esas otras extinciones «encubrían» una causa económica, técnica, organizativa o de producción, como se deduce de la argumentación utilizada por las sentencias anteriores. Situación que, desde luego, permitirá a aquellas empresas, dispuestas a despedir improcedentemente a



las personas trabajadoras que no necesiten mediante el abono de la indemnización legal, evitar la tramitación del expediente de regulación de empleo, obviando de este modo la calificación del despido como colectivo.

Referencias bibliográficas

Blasco Pellicer, Ángel. (2009). *Los expedientes de regulación de empleo*. Tirant lo Blanch.

Goerlich Peset, José María. (1994). Los despidos colectivos. En Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (t. II). Edersa.

Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). *Los 90 días determinantes del despido colectivo: certus an, ¿certus quando?* Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 454, 137-145.

Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*.

A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

Las «leyes de excepción» para afrontar las crisis derivadas de la pandemia de COVID-19 llevan meses retrasando lo inevitable: las crisis de insolvencia de muchas empresas. Pero, en marzo de 2021, finaliza la moratoria y debe entrar en vigor el «nuevo derecho de insolvencia». En este sentido, antes de trasponer al derecho interno la Directiva comunitaria sobre reestructuración e insolvencia de 2019 (el plazo finaliza el mes de julio de 2021), el Gobierno español prefirió realizar una refundición, aclaración y armonización de la Ley concursal precedente (2003), a fin de disponer de una regulación más precisa, para después tratar de establecer un derecho de las crisis de empresas más eficaz y coherente con el objetivo de la conservación de las empresas y del empleo.

Sin embargo, la nueva Ley concursal española no se ha limitado a «aclarar» las dudas interpretativas, sino que ha ido más allá, por lo que se plantean significativos problemas de extralimitación (vicio *ultra vires*). Algunos aspectos laborales del concurso de empresas (por ejemplo, la venta de unidades productivas) han sufrido cambios significativos. En este estudio se hace un balance completo de las principales novedades laborales y de seguridad social de la nueva Ley concursal, tratando de depurar aquellas que incurren en un vicio *ultra vires*.

Palabras clave: Ley concursal; insolvencia; créditos laborales; interés del concurso de acreedores; sucesión de empresa; empresas en crisis.

Fecha de entrada: 18-01-2021 / Fecha de aceptación: 18-01-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 167-209.



From the (sweet) dream of the ERTE to the (abrupt) awakening of the bankruptcy: labor impact of an *ultra vires* «codification».

With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The «exception laws» to face the economic crisis derived from the COVID-19 pandemic has wanted to delay the inevitable: the insolvency crises of many companies. But, in March 2021, the moratorium ends and the «new insolvency law» must come into force. In this sense, before transposing the 2019 Community Directive on restructuring and insolvency into domestic law (the deadline ends in July 2020), the Spanish Government preferred to carry out a recast, clarification and harmonization of the preceding Bankruptcy Law (2003). The objective sought is to have a clear regulation, to establish, later, a more efficient and coherent Business Crisis Law with the objective of rescuing companies and employment.

However, the new Spanish Bankruptcy Law has not limited itself to «clarifying» interpretative doubts, it has gone further. Therefore, this legislative option creates relevant problems due to its excess (*ultra vires* vice). Some labor aspects of the business competition (example: the transfer of production units) have undergone significant changes. This study makes a complete balance of the main labor and social security novelties of the new Bankruptcy Law, trying to purge those that have incurred an *ultra vires* vice.

Keywords: Bankruptcy Law; insolvency; labor loans; interest in the bankruptcy; business succession; companies in crisis.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). From the (sweet) dream of the ERTE to the (abrupt) awakening of the bankruptcy: labor impact of an *ultra vires* «codification». With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 167-209.



Sumario

1. Introducción: sucesivos aplazamientos de lo inevitable
2. Ganar tiempo, agilizar procesos: pero la (temida) realidad siempre llama a la puerta, incluso antes de lo previsto
3. La realidad somete a una dura y aluvional prueba las «nuevas normas» concursales: una refundición al límite de la delegación legislativa
4. Dimensión ocupacional del TRLC: principales novedades y puntos críticos del procedimiento de regulación concursal de empleo
 - 4.1. Los procedimientos de regulación de empleo concursal: claridad, sencillez, armonía y... algunos sobresaltos
 - 4.1.1. Visión general: la necesaria coordinación entre las medidas de gestión del empleo en crisis extraconcursal y en crisis concursal
 - 4.1.2. Algunas novedades de una regulación de mejora técnica, si bien con algún aspecto muy criticable: por exceso y –sobre todo– por defecto
 - 4.1.3. Efectos sobre los contratos del personal de alta dirección: sin novedad aparente e intentos de clarificación técnica –la figura de la dirección general–
 - 4.1.4. La novación concursal de convenios colectivos: una crítica por exceso y por defecto
 - 4.2. Algunas cuestiones competenciales: el favor por la jurisdicción mercantil para evitar los «usos estratégicos»
 - 4.2.1. Prevención de usos oportunistas de las acciones judiciales: dimisiones provocadas (art. 50 ET) y despidos tácitos
 - 4.2.2. Usos estratégicos del concurso y empresas de grupo: ¿un giro copernicano en pro de la rectificación de la jurisprudencia social?
5. La dimensión crediticia sociolaboral del TRLC: innovaciones en materia de créditos concursales y contra la masa
 - 5.1. La clasificación de los créditos laborales concursales y contra la masa: entre reglas de precisión (correctas) y reglas de corrección (viciada) jurisprudencial
 - 5.2. Del devengo a la cuestión del pago de los créditos contra la masa por salarios: el orden de prelación del concurso de acreedores dentro del concurso
 - 5.2.1. Otra crítica por exceso (*¿ultra vires?*): ¿se amplía la preferencia de cobro de los créditos por salarios del último mes a todos los créditos contra la masa?
 - 5.2.2. Crítica por defecto: el TRLC no clarifica los límites para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos
 - 5.3. La posición del Fogasa: reordenación sistemática y mejora de redacción normativa

6. Algunas cuestiones procesales: más restricciones al podado privilegio de ejecución laboral separada
7. Efectos en los créditos laborales y de seguridad social de la venta de la unidad productiva: reabriendo incertidumbres
 - 7.1. La realidad conflictiva: uso intensivo de la venta («sucesión») de unidades productivas («empresas») en las soluciones concursales
 - 7.2. De la conflictiva práctica a la pacificación jurisprudencial del derecho legislado previo a la refundición: la competencia es social y la venta sucesión ex artículo 44 del ET
 - 7.3. El favor por la jurisdicción mercantil en interés del concurso y de la seguridad jurídica de quien compra: ¿vuelta a la conflictividad de la «casilla de salida»?
8. Interés a la recaudación pública y segunda oportunidad (emprendedora): ¿sin perdón para los créditos de seguridad social?
9. Aspectos procesales de impacto sociolaboral: participación de personas trabajadoras en el concurso, incidente y recursos en el orden social
 - 9.1. La participación en los procesos concursales de las personas trabajadoras y de sus representaciones sindicales
 - 9.2. El incidente concursal en materia laboral
 - 9.3. Recursos judiciales en materia concursal laboral: reordenación sistemática, sin gran novedad sustantiva, pero no exenta de problemas
10. Una breve referencia a la legislación excepcional: los ERTE por COVID en las empresas concursadas
11. Observación final sobre una «reforma concursal silenciosa», mientras tanto llega la reforma visible y ¿definitiva?

Referencias bibliográficas

Ved cómo los hombres nos culpan a los dioses de lo que no es sino el fruto de su propia locura [...].

Homero (*La Odisea*)

1. Introducción: sucesivos aplazamientos de lo inevitable

El 1 de septiembre de 2020 entraba formalmente en vigor el novedoso, y polémico, [Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (TRLRHL). Su pretensión es netamente «codificadora» de tan compleja y relevante –tanto como fallida– materia, creando, en algún aspecto, «derecho nuevo», pese a lo atípico que tal finalidad resulta en una técnica propia de la refundición de múltiples leyes precedentes a recopilar, compilación del «derecho viejo» (en vigor). Sin embargo, de inmediato su fulgor fue adormecido, cómo no, por sucesivas «leyes de emergencia pandémica» (Real Decreto-Ley –RDL– [16/2020, de 28 de abril](#), luego derogado por la [Ley 3/2020, de 18 de septiembre](#), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en la Administración de Justicia, modificada, a su vez, por el [RDL 34/2020, de 17 de noviembre](#), de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria). En ellas se prorrogaba la moratoria en el deber de pedir el concurso (voluntario) por las empresas, o de tramitar la solicitud de concurso (necesario) hasta el 14 de marzo próximo ([art. 6.1 y 2 Ley 3/2020](#)), un año del (primer) estado de alarma, para seguir aplazando lo inevitable: el *boom* de concursos ante lo irreversible de la crisis económica derivada de la tragedia pandémica que ya evidencia la realidad.

En la misma lógica de seguir alargando el brusco despertar, se amplió el alcance temporal de las medidas de inadmisión a trámite de una declaración de incumplimiento de acuerdos de refinanciación, de convenios o de acuerdos extrajudiciales de pagos, siempre condicionadas a la renegociación (de nuevo acuerdo o convenio). Vigente para las solicitudes de incumplimiento presentadas hasta el 31 de octubre de 2020 siguió aplicándose en sus términos, con la posibilidad ([RDL 34/2020](#)) de extenderlo a las solicitudes de declaración de incumplimiento entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021 (nueva redacción del [apdo. 2 art. 5 Ley 3/2020](#)). En suma, también este ámbito, pese al intento legislativo (al menos en varios aspectos relevantes jurídico-laborales, el intento se ha quedado solo en eso) de dotar a las empresas con problemas de insolvencia (y a las personas acreedoras, entre ellas las personas trabajadoras) de un régimen jurídico más sencillo y transparente, para facilitar su saneamiento (también la continuidad del empleo posible –aunque no sea el deseable–), nos encontraremos con problemas notables tanto de complejidad, por la

convivencia de regímenes de diverso tipo («ordinario» y «excepcional»), cuanto de provisionalidad, incluso más allá del 14 de marzo de 2021, a raíz de la llegada, el 17 de julio de 2021, del plazo máximo para trasponer la [Directiva 2019/1023/UE, de 20 de junio](#), sobre reestructuración e insolvencia¹.

Justamente, la citada [Directiva 2019/1023](#) pretende, en esencia, corregir un defecto que ha venido lastrando el derecho de la insolvencia en España desde siempre, y que el nuevo TRLC parecía querer resolver, otra vez: la solución concursal siempre llega tarde (8/9 de cada 10 empresas que entran en concurso salen liquidadas) y, además, cuando llega, los costes de gestión (créditos contra la masa) prácticamente abocan a los créditos concursales al cajón de lo imposible de cobrar (para los créditos laborales significará que el Fondo de Garantía Salarial –Fogasa– no recuperará prácticamente nada de lo asumido [ex art. 33 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)). Si en el derecho concursal precedente los marcos legales de reestructuración preventiva quedaban extramuros («derecho preconcursal» o «extraconcursal»), la directiva pretende ponerlos en el centro, implicando incluso a las personas trabajadoras en la detección temprana de las dificultades financieras (art. 3, apdos. 3 y 4). Asimismo, la directiva afronta, si bien de forma flexible (se abre a varios modelos nacionales), la garantía del derecho a la segunda oportunidad (*fresh start*).

Oportunamente o no (Alameda Castillo, 2020), correctamente o no, lo cierto es que al TRLC no se le puede regatear su afán sea por exhibir, cuando menos, una análoga voluntad –al menos formal– de integración estructural y funcional de los instrumentos de reestructuración lo más anticipada posible frente al riesgo (peligro) de insolvencia empresarial², sea por dar nuevo –enésimo– aliento al manido cambio de paradigma del «derecho de las crisis de empresa» del que se lleva hablando décadas: el desplazamiento de su razón de ser, del interés (superior –por colectivo–) del concurso, desde el fin de la satisfacción del interés de las personas acreedoras al de la conservación de la empresa, facilitando la gestión anticipada de la insolvencia mediante procesos de negociación-refinanciación con las personas acreedoras y entidades financieras. No disímil –salvo en materia de segunda oportunidad– al considerando 22 de la directiva (anticipar la crisis facilita su conservación; constatar su irreversibilidad, hace más eficiente liquidarla): «El derecho concursal se reivindica como [...] herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la [...] directiva [...]» (apdo. II, *in fine*).

¹ Su título oficial es más rimbombante y evidencia su complejidad: Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

² De ahí que haya más que triplicado su número de preceptos (ahora tiene 752), integrando un «Código» con tres libros: del concurso de acreedores, del derecho preconcursal (arts. 583 a 720) y derecho internacional privado (721 a 752). Tal es del desfase cuantitativo, también de estructura, que se ha elaborado una [tabla de equivalencias](#).

Asumida la coherencia de lógicas (conservativas y de detección precoz del riesgo de crisis de insolvencia), la ley con (decimonónica) ambición codificadora es también consciente de su valor provisional. No quiere cometer el mismo error que le imputa a la precedente ([Ley 22/2003, de 9 de julio](#) –LC–): «aspiraba» a un derecho «estable», pero lo convirtió en «un derecho en perpetua refacción» (preámbulo, apdo. I). Por eso prima la necesidad de aclarar lo que habría devenido confuso sobre la oportunidad de una reforma más profunda, acorde con el derecho nuevo de la Unión Europea. No se puede construir un edificio nuevo sólido sobre pilares agrietados. De ahí que ponga de relieve su orgullo por haber puesto una «base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa [...] transposición», tarea que la ley sabe inexcusable, pero también que, «por sí misma, reviste extraordinaria dificultad». En tanto hay capacidad y tranquilidad, ahora procedía «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos». Eso sí, incluyendo una doble alteración, tanto de la sistemática como de la literalidad de las leyes refundidas. ¿Para qué?

La ley tiene clara la respuesta (cobijada bajo el aval de la doctrina del Consejo de Estado, así como del Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, aunque sus votos particulares expresen dudas sobre su legitimidad). A fin de:

[...] depurarlas en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear. En primer lugar, la alteración de la sistemática facilita la [...] seguridad jurídica en que la reordenación consiste [...]. En segundo lugar, la alteración de la literalidad de un buen número de textos es la manifestación más significativa del mandato de claridad. Un elevado número de artículos se han redactado de nuevo, para precisar, sin alterar el contenido, cuál es la interpretación de la norma [...] evitando el mayor número de incertidumbres posibles; y las fórmulas legislativas más complejas se exponen con la mayor simplicidad posible.

Comprobamos, pues, como la «ley refundidora» (no anda lejos del lema de la Real Academia Española: «limpia, fija y da esplendor») ha querido llevar al límite su encomienda legislativa, mostrando la satisfacción con su logro. Ahora bien, ¿cabe valorar tan complacientemente la técnica refundidora seguida en lo que concierne, por lo que nos interesa, a los aspectos más propiamente sociolaborales (gestión de empleo, medie o no transmisión de empresa; protección de los créditos laborales; posición de los créditos de seguridad social como créditos públicos, así como del Fogasa), de modo que habría apurado al límite su potestad, pero sin sobrepasarla o, por el contrario, algunas novedades que ofrece el TRLC en este ámbito constituyen manifestaciones típicas de un ejercicio refundidor *ultra vires*? A tan inquietante interrogante (que, anticipo, ofrecerá soluciones dispares –no comparto la satisfacción general mostrada por el juicio del Consejo de Estado y del CGPJ, tampoco del sector doctrinal que lo asume, por sus pretendidas bondades de fondo–) se trata de dar breve, pero ilustrativa, respuesta en este estudio.

2. Ganar tiempo, agilizar procesos: pero la (temida) realidad siempre llama a la puerta, incluso antes de lo previsto

Ganar tiempo (para reestructurar deuda y lograr el milagro de la liquidez), agilizar procesos (para facilitar la mayor conservación posible de derechos y bienes útiles para la continuidad de la actividad empresarial), ha sido el máximo afán de la «legislación de excepción», que no cesa. Esta ha venido añadiendo norma sobre norma para aplazar el temido día: la tramitación de un procedimiento colectivo de reestructuración-liquidación de las empresas con crisis de solvencia, no solo de liquidez, y, por lo tanto, el riesgo de pérdida de empleo subsiguiente.

Pero la realidad tiende a rebelarse frente al «corsé normativo» y a actuar con más tozudez que perseverante es la norma, amén de que algún día llega el día después del acontecimiento dilatado. El alargamiento de la situación –normativa y real– de excepción, con la pertinaz crisis económico-laboral derivada, hace añicos los pronósticos de recuperación económica, pese a que se ha recurrido prácticamente a todas las letras del abecedario, expresando la elegida cada vez un escenario más pesimista («V», «U», «W», «L»), hasta ir desembocando en el peor de todos: «recuperación económica en K». En otros casos se propone en «F». En todo caso, y a nuestros efectos, lo que esto significa es que ni la recuperación económica será rápida, como pronosticaban los –sobrepasados e imprevisores– Gobiernos y en función de los cuales han ido previendo instrumentos para dormir la economía (las ayudas, las salvaguardas frente a las regulaciones extintivas de empleo), ni muchas empresas y personas se recuperarán nunca ya.

En este –sin duda catastrófico– escenario, hace meses que las empresas y sus asesorías vienen insistiendo en otro tipo de soluciones de tránsito, más traumáticas. De un lado, la permisividad de la transición desde la figura de los procedimientos de regulación temporal de empleo (ERTE) –cada vez más agotada, pese a sus sucesivas prórrogas, en línea con lo que pronostica ese «pájaro de mal agüero» en que parece convertido el [Banco de España](#)– a la muy temida de los procedimientos de regulación de empleo (ERE). De ahí la nueva actualidad de los despidos colectivos, sobre la que el ilustre profesor Sala Franco, con su depurada y muy virtuosa pluma, como es habitual en él, nos ha hecho una útil [síntesis crítica](#).

Pero, de otro, sigue sin ser suficiente para muchas empresas y personas autónomas, que ya están al borde de sus posibilidades de supervivencia empresarial, porque su crisis ya no es la de la liquidez, sostenible con ayudas, sino incluso la de su solvencia económica misma. No es casual que la cláusula de salvaguarda del empleo de la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo](#), contenga como excepción la constatación de un «riesgo de concurso de acreedores» (tampoco esta norma cuida el lenguaje inclusivo de género). Aunque se trata de un típico concepto jurídico indeterminado, la norma trata de darle concreción remitiendo al [artículo 5.2 de la LC](#) (también [art. 5.2 TRLC](#)), coincidiendo en sustancia con el precurso.

Por eso llevamos tiempo leyendo noticias relativas a la presentación, en estos sectores, de concursos («[Pullmantur presenta concurso para todas sus filiales y ultima un ERE](#)»). Ni que decir tiene que con ello se abren notables conflictos sociolaborales (UGT, 2020). El problema empieza a extenderse. Y afecta a todo tipo de entidades, algunas conocidas y de concursos pintorescos, como podría ser, en España, el [Barcelona \(Fútbol Club\)](#). O el mítico [Circo del Sol](#), que ha podido salir de su crisis a través de su venta a las personas acreedoras, reactivándose. Si bien mermado, tras transitar desde un ERTE (para 4.680 personas) a un ERE (95 % de la plantilla: 3.480 personas empleadas). Pero, se decía, las crisis comienzan a difundirse («brotes negros concursales»), [avivándose preconcurso y concursos](#) (voluntarios y necesarios).

La realidad judicial también ofrece cada vez más muestras de estos tránsitos desde la relativa (aún tensa) «calma o paz del ERTE» a la «tormenta del ERE», sea en situación de crisis económica ordinaria (extraconcurzal), sea en crisis de insolvencia (concurzal). Así, por ejemplo, de interés resulta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Andalucía/Sevilla 3301/2020, de 29 de octubre](#)). Aunque declara la nulidad del despido colectivo para el caso, se muestra posibilista para al tránsito. Para ello trae a colación los términos del derecho de precedentes jurisprudenciales relativo a la derivación desde un ERTE a un ERE³, sea porque es posible que la crisis económica ya venga arrastrada de antes del estado de alarma, agravándose con las restricciones derivadas de él, sea porque también es posible que su prolongación y el «difícil futuro para el sector» derivado de ella se convierta en una crisis mucho más profunda:

Entendemos que este criterio jurisprudencial debe servir para descartar la imposibilidad de iniciar un despido colectivo por causas económicas durante el periodo de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada de las medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19.

Más inflexible parece la [STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre](#), que declara igualmente la nulidad del despido colectivo realizado por una empresa (cómo no, un restaurante) que, pese a estar en un ERTE-FM-COVID-19, abrió un ERE, concluido sin acuerdo. La nulidad judicial, una vez descartado que pertenezca a un grupo laboral («patológico» por fraudulento, abusivo o perjudicial para el interés laboral; [STS 798/2019, de 21 de noviembre](#)), tendrá varias razones, de forma (la insuficiencia de la documentación, que impedía conocer la situación económica) y de fondo (la prohibición de la causa).

Decimos que es más inflexible que la andaluza. Primero, porque predica de forma radical la nulidad del despido con identidad de causa que la utilizada para un ERTE-FM-COVID-19 (todo sea dicho, sin ningún razonamiento específico que lo avale, siendo pura afirmación judicial, sin motivación mínima, orillando que la jurisprudencia que cita declara estos casos

³ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de [17 de julio de 2014 \(rec. 32/2014\)](#), [31 de marzo de 2016 \(rec. 272/2015\)](#), [28 de abril de 2017 \(rec. 124/2016\)](#), etc.

«no ajustados a derecho»⁴). Segundo, porque, sobre una misma jurisprudencia social que aquella, concluye que tampoco cabe esgrimir que el despido trae causa de razones anteriores al ERTE por COVID-19: «Esos datos [...] no son nuevos [...] porque datan de antes del 14 de marzo de 2020, lo que [...] impide que sean causa del despido colectivo».

Sea como fuere, de poco –o por poco tiempo– servirá la protección de nulidad si, en un contexto de crisis de solvencia, se termina cerrando la empresa, por lo que solo procederá una indemnización (por ejemplo, [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#), sobre la que volveremos después), o no se adoptan las medidas, económico-financieras, empresariales y laborales adecuadas, hasta el punto de permanecer en ERTE tras ERTE (asociado o no a la COVID-19) cuando la crisis requiere de medidas más profundas. Así lo ha evidenciado la interesante [STS 746/2020, de 9 de septiembre](#). Confirma la nulidad del nuevo ERTE para 151 personas empleadas cuando la empresa presenta una crisis grave, intensificada por procedimientos de embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en un escenario de procedimientos concursales. Por su múltiple interés, también insistiremos sobre ella *ut infra*.

3. La realidad somete a una dura y aluvional prueba las «nuevas normas» concursales: una refundición al límite de la delegación legislativa

La realidad se impone, pues; los diques del embalse concursal abren sus compuertas y, por tanto, es el tiempo del TRLC y de comprobar la capacidad de sus novedades para abordar una nueva crisis de tamaño magnitud. En principio, podrían sorprender estas expectativas de actualidad, por cuanto no sería más que un «texto refundido». En consecuencia, la refundición pondría orden en lo que está algo desordenado o descoordinado, pero sin innovar las soluciones, solo aclararlas. Y así debería suceder en todos sus ámbitos, sustantivos y procesales, también en la dimensión sociolaboral, lo que cada vez gusta en llamar más, a fin de recuperar un protagonismo perdido con la [LC de 2003](#) frente a la dimensión mercantil: o «derecho concursal laboral» (sería la rama del derecho concursal con más significación en las relaciones laborales y de créditos de seguridad social, primando la lógica concursal sobre la típica laboral), o, la más ensoñadora, «derecho laboral concursal» (pretende construir una rama de derecho laboral –y su lógica– en el derecho concursal –y la suya–, primando aquella sobre esta, o, al menos, exigiendo un mayor reequilibrio; Cano Marco, 2020; Montoya Melgar, 2015). El TRLC avalaría más la primera denominación que la segunda, por lo que se comentará.

⁴ La citada [STS de 17 de julio de 2014](#) valoró una agravación de la crisis de empresa que sirvió de base al ERTE, pero consideró que tal deterioro ni fue excesivo ni imprevisible. Acepta que median «razones de estricta justicia material», incluso buena fe, pero es no conforme a derecho si no respeta el criterio legal, según lo interpreta la jurisprudencia.

Sin embargo, ya anticipamos que el TRLC no es solo un texto de refundición, sin más. O al menos resulta extremadamente atípico, porque ha llevado hasta el límite, y seguro más de una vez ha traspasado –indebidamente, pese al técnicamente incomprensible juicio de favor del Consejo de Estado y del CGPJ– las fronteras de la delegación legislativa. Su incidencia va más allá de la avanzada –siempre incómoda– alteración de la sistemática de la LC, cambiando los numerales que aprendimos, cambia también su redactado, sus textos.

El TRLC hace profusión de la técnica de la integración de preceptos legales mediante el diálogo (también el conflicto), con la doctrina jurisprudencial, en beneficio del «interés del concurso». ¿Para mejorar su comprensión, resolviendo dudas interpretativas, corrigiendo los vicios de oscuridad, así como los de incoherencia reguladora, como nos cuenta su preámbulo y, en consecuencia, merecedor de aplauso? Un somero recorrido por la doctrina jurisprudencial civil, respecto de la problemática de la prelación de créditos privilegiados (también laborales), así como por la social, correctora de la práctica mercantil de exonerar, en las ventas dentro del concurso («transmisiones») de unidades productivas, de las obligaciones laborales y de seguridad social, evidencia la exigencia de clarificación. ¿Es esta labor de conversión en palabra de ley clara la palabra jurisprudencial, corrigiendo las palabras confusas de la LC antes de la refundición, la afrontada con éxito por el TRLC?

El TRLC lleva al extremo el ejercicio de la potestad refundidora (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 166/2007, de 4 de julio). Pese al referido aval del Consejo de Estado (Dictamen 1127/2019, de 26 de marzo), así como del CGPJ (uno de sus dos votos particulares evidencia negro sobre blanco, pese a ser globalmente concurrente, el exceso cometido en materia de sucesión de empresa⁵; el otro, discrepante, evidencia que sin tiempo no era posible tomarse en serio el dictamen), se crea una «norma consolidada» (atípica en nuestro sistema) que en parte recibe la doctrina jurisprudencial, pero, en otra parte, la desautoriza. La mejora de redacción (sencilla y clara) y sistematicidad (valor de coherencia) tiene un precio: el alto riesgo de vicio formal de *ultra vires* (extralimitación).

En efecto, la mayoría de las reformulaciones legislativas obedecen a una encomiable refundición clarificadora (gana en seguridad jurídica). Pero, en otras, las menos, aun relevantes, se está ante una nueva regulación. Una creación legislativa bien –parcialmente– correctora del derecho de precedentes jurisprudenciales (por ejemplo, los efectos laborales de la venta de la unidad productiva), bien innovadora respecto del derecho legislado sustantivo (por ejemplo, relativas al pago de los créditos contra la masa por salarios; requisitos para la consideración de una modificación sustancial como colectiva) o procesal (por ejemplo, atribución de más competencia exclusiva y excluyente a la jurisdicción del concurso en detrimento de la social).

Algunas de estas reformulaciones obedecen a líneas generales del TRLC. Es el caso de la revigorización de la competencia del juzgado del concurso (mercantiliza la jurisdicción concursal laboral) o de la venta de empresas con aligeramiento de cargas laborales,

⁵ Se trata del –muy acertado– [formulado por el vocal Juan Martínez Moya](#).

favoreciendo las soluciones de conservación. Pero en otras no, como la eventual proyección de esa política liberadora de cargas en la transmisión de empresa a los créditos de la seguridad social. Así, en sentido opuesto, para la segunda oportunidad actúa excluyéndolos del beneficio de exoneración parcial.

De este modo, no se puede dudar de la mejora en claridad del funcionamiento concursal en general, y laboral en particular, corrigiendo desarmonías importantes, facilitando una gestión más eficiente de las empresas por la Administración concursal (por ejemplo, le reconoce más facultades, incluso novatorias, condicionadas a mayores responsabilidades), promoviendo, por enésima vez, el valor de la solución convencional (carácter vinculante frente a terceros), para procurar una alternativa a la liquidación (la solución más frecuente al concurso, quebrando el espíritu de la LC). Tampoco son dudosas muchas novedades en materia procesal (identidad de partes, posibilidad de –cada vez más recurrente– mediación, acumulación de impugnaciones, legitimación para formular recurso de apelación, etc.). Ahora bien, para esas necesarias nuevas alforjas no se necesitaba saltarse los límites de la legislación delegada, en aspectos específicos, sí, pero más (en número) y más relevantes (trascendencia) de los que cabría esperar, sustantivos y procesales. Como veremos de inmediato, en estos casos (por ejemplo, tratamiento de la transmisión de la empresa en los procesos concursales), el resultado es reavivar una intensa polémica que fue ya pacificada jurisprudencialmente, con lo que ello tiene de inseguridad jurídica y, por lo tanto, de nuevo obstáculo a la eficacia de la solución concursal. En suma, parte de lo ganado (claridad y sencillez de los textos legales), de un lado, se pierde (reabre incertidumbres), por otro.

4. Dimensión ocupacional del TRLC: principales novedades y puntos críticos del procedimiento de regulación concursal de empleo

4.1. Los procedimientos de regulación de empleo concursal: claridad, sencillez, armonía y... algunos sobresaltos

4.1.1. Visión general: la necesaria coordinación entre las medidas de gestión del empleo en crisis extraconcursal y en crisis concursal

Como es conocido, tanto los ERTE como los ERE tenían su homólogo, para las crisis de insolvencia (concursoales), en el [artículo 64 de la LC](#). Pese a su larguísimo, y deslavazado, tenor, presentaba (tras el TRLC mantendrá algunos desajustes relevantes) una notable descoordinación, desarmonía, con la regulación estatutaria ([art. 51 ET](#)). Ahora, veremos que un artículo ha mutado en una extensa secuencia (17 preceptos integran la [subsección 1.^a](#) de la sección 4.^a del capítulo IV del título III del libro primero: «De los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos», arts. 169 a 185; la [subsección 2.^a](#) desarrolla

el contenido del [art. 65 LC](#), para los contratos de alta dirección, arts. 186 a 188; y la [subsección 3.ª](#), el [art. 66 LC](#), relativa a los efectos en los convenios, art. 189). Como en la mejor técnica de la codificación civil decimonónica, cada aspecto del procedimiento de regulación de empleo concursal tiene su artículo y su título propios, para que no haya dudas.

En principio, la relación entre el ordenamiento concursal y el ordenamiento laboral relativos a las crisis económicas de las empresas permanece básicamente inalterada, mejorando en gran medida la coordinación entre ellas. La realidad nos muestra continuamente las difusas fronteras, cuando no lisa y llanamente las concurrencias, entre ambos, sea en situaciones normalizadas o fraudulentas⁶. ¿Se trata, pues, de una reforma de «estética legislativa» y de «mejora técnica», sin añadir nada nuevo sustancial? Una valoración general podría llevar a concluir así para este aspecto, si bien conviene hacer algunas anotaciones críticas, que ofrecen una imagen algo más incierta y problemática (De la Puebla Pinilla y Mercader Uguina, 2020).

4.1.2. Algunas novedades de una regulación de mejora técnica, si bien con algún aspecto muy criticable: por exceso y –sobre todo– por defecto

En primer lugar, desaparece del [artículo 53 del TRLC](#) la previsión del –ciertamente mal redactado– [artículo 8.2.º de la LC](#) relativa a la pauta interpretativa: debían «tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral». ¿Qué significa la eliminación de este criterio hermenéutico que buscaba la laboralización de las decisiones del juzgado de lo mercantil? Para algunos autores (como Falguera Baró y Serna Calvo, 2020), algo positivo: clarifica la complementariedad –la lógica laboral impregna todo el funcionamiento– y no la subsidiariedad –que podría desprenderse de aquel: la lógica laboral solo juega en defecto de norma concursal–. El [artículo 182.2 del TRLC](#) (en caso de desacuerdo «el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral»), en relación con el [artículo 57 del ET](#) (remite a un régimen de especialidades en el concurso). A mi juicio, no obstante, la desaparición de esa referencia genérica parecería buscar una autonomía mayor que la que se deriva de los –ciertamente escasos– preceptos en que se separa expresamente de la ley laboral, de ahí la alteración de ciertas reglas competenciales, aunque no necesariamente sustantivas (por ejemplo, el [art. 221.2](#) atribuye la competencia para declarar la sucesión de empresa al órgano judicial de lo mercantil, pero el apdo. 1 presupone la normativa laboral –que es comunitaria, claro–).

⁶ De gran utilidad para comprender estas complejas interacciones son, para fechas recientes, las SSTs [746/2020, de 9 de septiembre](#), y [1113/2020, de 11 de diciembre](#) –ambas respecto del Grupo MGO y sus vicisitudes empresariales, incluyendo transmisiones y concurso de acreedores–, y la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#) –relativa al despido colectivo de la plantilla de una escuela de aviación de Huesca, integrada en un grupo internacional, en un escenario de transición de ERTE a ERE, de concurso voluntario de acreedores y transmisión de activos a otras unidades del grupo, sin constituir, discutiblemente, transmisión de empresa–.

No es la única supresión finalista. En el plano causal, el [artículo 173 del TRLC](#), a diferencia del [artículo 64.4 de la LC](#), prescinde de explicitar que la medida debe «asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y el empleo». ¿Tiene algún impacto real este cambio que desconecta la medida con la finalidad conservadora?

En otros términos, ¿basta con presumir inherente al interés del concurso favorecer la conservación de la empresa o se trata de un vicio de extralimitación? A diferencia de otros, no creo que esta omisión tenga mayor efecto práctico ni tampoco puede defenderse ser *ultra vires*.

Precisamente, que la lógica conservadora es la que anima la regulación se deriva de uno de los escasos aspectos novedosos de la misma. La citación del letrado de la Administración de Justicia, dentro de los 3 días tras comunicar al juzgado concursal el inicio de la medida a la fecha de la declaración del concurso ([art. 170.1 TRLC](#)), se condiciona a que «aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, dentro de los 3 días siguientes al de la comunicación». Este plazo ampliado incentiva (presiona) a las partes para que alcancen un acuerdo «ordinario», según la lógica global de favorecer convenios (aquí, al tiempo, alivia la actividad del juzgado de lo mercantil, lo que en el aluvión que se espera resultará útil)⁷.

En segundo lugar, el [artículo 53 del TRLC](#) (jurisdicción del juez/a del concurso en materia laboral) establece que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de personas trabajadoras fijado en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo ex [artículo 41 del ET](#). El [artículo 8 de la LC](#) entendía, en cambio, por suspensión colectiva la prevista en el [artículo 47 del ET](#) que, como bien se sabe, prescinde de un número determinado de personas trabajadoras afectadas.

Sorprende que una ley refundidora tan –pretendidamente– cuidadosa con la claridad haya «olvidado» que no hay procedimiento alternativo para la suspensión del contrato o la reducción de jornada sin mediar un umbral mínimo. Una interpretación literal dejaría fuera del procedimiento de gestión de empleo concursal la flexibilidad interna que no superase los umbrales del [artículo 41 del ET](#). De este modo, se abriría una fractura profunda entre ambos procedimientos de regulación de ERTE (suspensivo o de reducción de jornada), según estén o no extramuros del concurso. Paradójicamente, una norma dirigida a aclarar y unificar crearía una ruptura entre el criterio concursal y el laboral común, acotando una vía concursal propia, irreal e incoherente también con su finalidad de reforzar la competencia mercantil frente a la social: ¿noveaciones colectivas del [artículo 41 del ET](#) para la jurisdicción

⁷ Más deficiente parece la técnica de integración de los criterios de la doctrina jurisprudencial social (por ejemplo, SSTS de [26 de enero de 2015, rec. 173/2014](#), y [20 de octubre de 2015, rec. 181/2014](#)) en materia de competencia sobre las acciones posteriores al auto concursal respecto de las medidas novatorias o extintivas que realiza el [artículo 170.3 del TRLC](#) (Falguera Baró y Serna Calvo, 2020).

concurstal ex [artículos 169 y siguientes del TRLC](#), novaciones individuales y plurales del [artículo 47 del ET](#) para la social? Un dislate, a mi juicio, aunque haya otras lecturas.

Consecuentemente, se trate de un vicio de error de técnica legislativa o un vicio de *ultra vires*, el resultado debe ser el mismo: mantener la regulación precedente a la refundición vi-ciada, por vía interpretativa, sin esperar a la corrección legal o jurisprudencial (la suspensión y la reducción de jornada, cualquiera que sea el número de personas que se vean afectadas, deberán tramitarse por el canal de los [arts. 169 a 183 TRLC](#)).

En tercer lugar, respecto del régimen de gestión de los despidos colectivos en el seno de los concursos, si bien no hay novedad relevante, precisamente se echa bastante de menos (crítica por defecto) un mayor uso de la facultad interpretativa-integradora de lagunas legales (de la que tanto uso y abuso ha hecho en otros aspectos: crítica por exceso). Las muchas lagunas que sigue manteniendo en la relación entre el TRLC y el [artículo 51 del ET](#) y su desarrollo reglamentario llama a la técnica de la supletoriedad general de la ley laboral ([art. 169.2 TRLC](#)). La nueva regulación era una magnífica oportunidad para tal tarea integradora, sin crecer desmesuradamente, entre otras cosas porque se trata de procedimientos de regulación de empleo que han devenido ahora de naturaleza diferente. En efecto, en la regulación concursal originaria era administrativo, pero devino empresarial, sin perjuicio, como prueba el caso Alcoa ([STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2020, rec. 48/2020](#)), del importante papel de la Administración, por su impacto territorial (para un estudio jurisprudencial actualizado remitimos al [análisis](#) realizado por el profesor Sala Franco), mientras que el concursal mantiene una manifiesta vis autorizadora –si bien judicial–.

Entre los muchos aspectos relevantes a tal fin, quizás merezca la pena una breve referencia a la –muy olvidada– gestión documental, al permanecer huérfana de regulación al respecto y, en consecuencia, suscita la duda de si rige un principio de libertad documental o, por el contrario, debe asumirse la función supletoria de la legislación laboral. En este ámbito operará la técnica de la supletoriedad, aplicándose la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia. Especial atención hubiera merecido atender el concepto legal de una «unidad de empresa concursal» ([art. 175 TRLC](#)), que tiende a identificarse con el «grupo laboral» de empresas (una revisión de la doctrina jurisprudencial sobre ambas cuestiones –documental y grupal–, aun en el marco del [art. 51 ET](#), la realiza la [STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre](#)⁸).

⁸ En realidad, la relevancia de la participación de las empresas concursadas en estructuras complejas, de grupo empresarial, se pone de manifiesto en la gran mayoría de las experiencias, como prueban los repertorios de jurisprudencia (por ejemplo, caso Grupo Alcoa Inespal, caso Grupo MGO, etc.). Recuérdese que, a los efectos concursales, el grupo de sociedades (que aparece a lo largo y ancho del TRLC: por ejemplo, obligación de acumulación de concursos de todas las sociedades que integren un mismo grupo, si bien solo podrán ser «consolidados en sus masas acreedoras» cuando haya confusión patrimonial, lo que, a nuestros efectos, significa que solo será posible su gestión integrada cuando se trate de un grupo de sociedades a efectos laborales; competencia judicial en caso de concursos conexos; créditos subordinados –[STS, Sala 1.ª, 610/2020, de 13 de noviembre](#)–; etc.) se

Finalmente, por no dilatar este repaso, tampoco se resuelve una duda interpretativa que plantea la resolución del procedimiento de regulación de empleo: ¿qué sucede si no hay auto del juez/a del concurso pasados los 5 días legalmente establecidos para emitir la resolución prevista en el [artículo 180 del TRLC](#)? En esta situación, en cambio, no parece adecuado acudir a la integración de la laguna con la norma supletoria.

En efecto, ello implicaría la caducidad del procedimiento. Ahora bien, en la previsión legal laboral, este efecto deriva de tratarse de una decisión de naturaleza empresarial, sin necesidad de autorización alguna pública (de ahí, el cambio en sus efectos, *ex art. 183 TRLC*). Pero, como se recordó, el procedimiento de regulación de empleo concursal sigue siendo público, en manos de una decisión de autoridad judicial. Tampoco procederían, pese a proponerse por algún autor, las reglas del silencio administrativo positivo (si hay acuerdo, claro), pues una resolución judicial no tiene naturaleza administrativa, por lo que, en consecuencia, no parece que haya más remedio que esperar a que se produzca esta decisión (aunque deba ser aprobatoria si hay acuerdo, salvo que estime dolo, fraude o abuso), pues tiene efecto constitutivo. En suma, sin él no hay ni novación ni extinción.

4.1.3. Efectos sobre los contratos del personal de alta dirección: sin novedad aparente e intentos de clarificación técnica –la figura de la dirección general–

Poco puede comentarse, por lo que dice, de la [subsección 2.ª](#), artículos 186 a 188, del TRLC, relativa a los efectos de la declaración del concurso en los contratos de alta dirección, porque su redactado es idéntico al del [artículo 65 de la LC](#). Solo se altera su sistemática: de sus cuatro apartados, ahora tres artículos. La Administración concursal puede solicitar extinguir o suspender los contratos de la concursada con el personal de alta dirección, pudiendo la autoridad judicial del concurso moderar la indemnización extintiva, o aplazar su pago. Aparentemente no hay novedad. Sin embargo, una lectura sistemática evidencia novedades en un buen número de aspectos de su régimen (calificación, medidas cautelares –[art. 133 TRLC](#)–, deber de colaboración) relativos a una figura del organigrama de la empresa que, claramente incluida en el ámbito aplicativo del estatuto laboral especial de alta dirección, como sería la de la dirección general, antes no aparecía. A mi juicio, no hay exceso de delegación legislativa aquí, sino clarificación de una figura de gran significación en la gestión empresarial asociada a la alta dirección⁹.

define conforme al [artículo 42 del Código de Comercio \(CCom.\)](#), por tanto, se identifica con el grupo mercantil por subordinación (*vid. STS, Sala 1.ª, 437/2018, de 11 de julio*).

⁹ Le concede un nuevo y marcado protagonismo a la figura de la dirección general de una sociedad mercantil, que aparece en más de veinte ocasiones en los distintos artículos de la nueva regulación. El tratamiento es bastante ambivalente: más protagonismo de gestión concursal, sí ([art. 135 TRLC](#)), pero también más deberes y responsabilidades ([art. 132 TRLC](#)).

Sí, hubiese sido un claro exceso de delegación resolver el debate en torno a la cuestión de la regla de automaticidad legal de la subordinación de los créditos laborales del alto directivo ([art. 283 TRLC](#)). Este precepto no introduce condición alguna al respecto en función de la concreta participación de la persona que ejerce la alta dirección en sentido jurídico-laboral en la situación de insolvencia, de modo que se presume por la propia inherencia a esta figura del ejercicio de poderes de dirección. La solución de justicia material hubiera estado viciada de extralimitación. Un vicio *ultra vires* que también se hubiera producido de integrar la laguna respecto al efecto de un ejercicio extemporáneo, estando en suspensión de contrato, de la facultad extintiva una vez pasados los 30 días reconocidos (el resto de las personas trabajadoras no tienen esa facultad en caso de una novación, al quedar suspendida la prevista en el [art. 41.3 ET](#)), en el seno del procedimiento concursal, y con un límite de 1 año desde la medida. ¿Se aplica el [artículo 10.Dos](#) del Real Decreto (RD) 1382/1985 sobre el incumplimiento del periodo de preaviso –salario equivalente al exceso–?

4.1.4. La novación concursal de convenios colectivos: una crítica por exceso y por defecto

Polémico es el nuevo [artículo 189 del TRLC](#), relativo a la modificación de las condiciones establecidas en convenios colectivos. Aquí, una primera y superficial lectura puede llevarnos a engaño. A primera vista parece que no tiene novedad. Una mirada más comprensiva exige mayores cautelas y matizaciones. Así, el [artículo 66 de la LC](#) únicamente se refería a las eventuales novaciones de los convenios estatutarios, porque remitía al [título III del ET](#). Ahora, se integran de forma expresa las novaciones «en los convenios colectivos que sean aplicables», por tanto, en principio también los extraestatutarios.

La diferencia es notable, como se sabe, pues la técnica de modificación de unos y otros es muy diferente. Para los del ET se exige necesariamente la vía del [artículo 82.3 del ET](#) (de no lograrse un acuerdo con la representación laboral, en cualquiera de los niveles previstos, se precisará una decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o análogo órgano autonómico), mientras que para los extraestatutarios bastará la vía del [artículo 41 del ET](#) (consultas). Sin embargo, el TRLC, aunque remite formalmente a la legislación laboral para las materias que pueden verse afectadas por la novación en el proceso concursal, establece como procedimiento la misma exigencia para todos ellos: «en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores». Recuérdese que, conforme a la doctrina judicial en materia, esta exigencia de acuerdo no es, en modo alguno, sustituible por una autorización judicial, tampoco del juzgado de lo mercantil ([STSJ de Asturias 437/2014, de 28 de febrero](#)), sin que el [artículo 53 del TRLC](#), que contiene una redacción distinta –y más confusa, como se comentó– que el [artículo 8.2.º de la LC](#), pueda dar a entender otra cosa.

La (nueva) disonancia reguladora entre ambos cuerpos normativos causa perplejidad. De un lado, un juicio benévolo con tan inexplicable previsión refundidora puede llevar a considerarlo un vicio de deficiencia técnica, no de extralimitación, de modo que nada cambia

realmente, pues hoy, como ayer, la novación de convenios extraestatutarios seguiría la vía de la regulación concursal de empleo ex [artículos 169 y siguientes](#), prevista para las modificaciones de este tipo ex [artículo 41 del ET \(Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 13 de enero de 2014, rec. 372/2013\)](#). Pero, incluso si así fuese, es evidente que no cumple el fin de la ley refundidora, de aclarar, sino que ensombrece, al crear dudas en algo antes clarificado tras varias reformas legislativas y su doctrina judicial y jurisprudencial.

De otro, si ha querido decir algo diferente, estaríamos ante un manifiesto vicio de delegación legislativa. Y ello porque, al margen de que pueda considerarse más adecuada (o no) la nueva solución, al resultar más garantista (prevé un deber de acordar para la novación de convenios colectivos, también extraestatutarios, cuando en la comprensión laboral se limita a un deber de negociar de buena fe la novación, pero la decisión última es empresarial ex [art. 41 ET](#)), lo innegable es que no lo puede hacer una ley de refundición (que no tiene un mandato de articular un texto único sobre una ley de bases). En consecuencia, amerita tanto una crítica por exceso (parece querer integrar más de lo que puede –atravesando la cancela de lo permisible–), como por defecto (ha omitido todo intento de precisión, clarificación y coherencia).

Cierto, si se hiciese una lectura literal del nuevo [artículo 189 del TRLC](#), perdería sentido práctico un problema que puede plantearse y que acaba de ser atendido por el TS en situaciones ordinarias. Concretamente, ¿qué sucede si, durante el periodo de consultas para la regulación concursal de empleo, se produce la pérdida de ultraactividad del convenio estatutario, en cuyo caso sí cabrá la novación sin necesidad de un acuerdo, al menos según la legislación laboral ordinaria, a la que se remite la norma concursal? Para la [STS 887/2020, de 8 de octubre](#), se requiere un nuevo procedimiento de consultas, por más que haya perdido vigencia la norma colectiva y quede abierta a la modificación unilateral, pero tras el procedimiento adecuado.

4.2. Algunas cuestiones competenciales: el favor por la jurisdicción mercantil para evitar los «usos estratégicos»

4.2.1. Prevención de usos oportunistas de las acciones judiciales: dimisiones provocadas (art. 50 ET) y despidos tácitos

Una cuestión –procesal– siempre conflictiva es el reparto entre la jurisdicción mercantil –favorita, ayer y hoy, para la ley– y la social –resistente a perder el protagonismo del pasado–. Una valoración general podría evidenciar una mejora de la redacción normativa. Sin embargo, si aplicamos la lupa analítica individualizada, la cuestión cambia, y hallamos más de un problema interpretativo. De nuevo, en unos casos, la crítica es por defecto, al no clarificar suficientemente una cuestión que se ha venido revelando conflictiva, y, en otros, por exceso, presentando un diverso grado de intensidad y, por lo tanto, de riesgo de vicio *ultra vires*, hasta adquirir el sentido de reacción-rectificación jurisprudencial.

El [artículo 64.10 de la LC](#), relativo a las acciones judiciales individuales por dimisión provocada ex [artículo 50 del ET](#) (extinción causal), es el [artículo 185 del TRLC](#). En principio, la regla básica no cambia: mantiene la regla de suspensión de los procesos seguidos en el orden social con dicha finalidad de afrontar la situación de crisis y con el objetivo de evitar usos estratégicos. Los cambios de redactado (cuatro) no provocarán la menor alteración de la experiencia precedente, pero sí pueden generar algunas dudas. La ley de refundición promete claridad, pero a menudo lo incumple. Por ejemplo, cuando, para hacer más expeditivo el efecto de cosa juzgada del auto mercantil sobre los procesos individuales sociales, exige un archivo «sin más trámites», ¿significa que es todo proceso pendiente?

Parece claro que no. Interpretada de forma razonable y sistemática, se trataría de un exceso literal al expresar su voluntad de que la decisión (autoridad) mercantil sea automática, no admita discusión en otro orden jurisdiccional, sobre su objeto, por lo que no debe generar más trámite judicial fuera del procedimiento concursal, a fin de agilizarlo. Una vez más, el derecho de precedentes jurisprudenciales debe servirnos (el juez/a social no puede resolver una relación laboral previamente finalizada por auto mercantil). Otra lectura evidenciaría extralimitaciones claramente viciadas *ultra vires*. Así sucedería si se identificase un mandato directo e imperativo de una norma mercantil en el proceso social: el de suspender cualesquiera acciones vinculadas a las acciones individuales extintivas.

Ahora bien, sabido es que en esta tipología de acciones individuales puede permitir acumular otras peticiones, no directamente vinculadas a la situación de insolvencia (por ejemplo, otros incumplimientos a los del impago ex [artículo 50 ET](#), o acciones acumuladas en aspectos como la cesión ilegal de personas trabajadoras o relativas a la sucesión de empresas, etc.). La voluntad expeditiva y de aceleración de trámites de la ley refundida no puede llevarse tan lejos como para devenir una interpretación tan incoherente como lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tampoco ha quedado inmune este precepto refundido a la crítica por defecto. Así, no se ha atendido a la jurisprudencia social que identificó una laguna en el [artículo 64.10 de la LC](#), y que sigue en el [artículo 185 del TRLC](#), relativa a las acciones individuales, no propiamente resolutorias, como de los despidos tácitos (singulares o plurales) que, anteriores al concurso, conviven con las posteriores y por una misma situación económica.

El riesgo de usos oportunistas –poder elegir tipo de acción con probables resultados diferentes y más ventajosos para situaciones de análoga índole y una misma empresa concursada– llevó a la jurisprudencia social unificadora (no todas las salas de lo social tenían la misma visión) a reconocer la competencia a la jurisdicción mercantil, por analogía con el [artículo 64.10 de la LC](#) (por ejemplo, [STS 285/2016, de 13 de abril](#)¹⁰). Otra vez una ley de

¹⁰ Los usos estratégicos u oportunistas y el riesgo de disparidad de resultados derivan de la elección de acciones ([art. 50 ET](#) o despido tácito). En el mismo sentido, si bien para extinciones por falta de ocupación

refundición que se vanagloria de su rigor en clarificar e integrar lagunas decepciona, lo que resulta poco justificado teniendo en cuenta que son aspectos con más dimensión técnica y de coherencia con la finalidad del proceso concursal que de política jurídica innovadora, por lo tanto, típico de una refundición.

4.2.2. Usos estratégicos del concurso y empresas de grupo: ¿un giro copernicano en pro de la rectificación de la jurisprudencia social?

Más atrás advertimos de una persistente paradoja: el protagonismo de los grupos también en los procesos concursales ha hecho que el TRLC les conceda una extraordinaria presencia en su texto, sin embargo, no resuelve una parte significativa de los muchos problemas que genera en la práctica. El TRLC sigue distinguiendo entre declaración conjunta de concurso para varias o todas las sociedades pertenecientes al mismo grupo ([art. 38 TRLC](#)), que no permite comunicar las «masas concursales», y «concurso consolidado de grupo», solo cuando hay confusión de patrimonio ([art. 39 TRLC](#)), así como la acumulación de varios concursos ([art. 41 TRLC](#)). El TRLC no es ajeno, eso sí, a las prevenciones o cautelas frente a usos estratégicos u oportunistas de estas estructuras, de ahí ciertos tratamientos (por ejemplo, créditos subordinados) o cautelas, como la referida en el [artículo 174.2 del TRLC](#), que prevé traer a la «unidad compleja de empresa concursada». Aunque no se define expresamente en el TRLC, este concepto no se identifica con el grupo mercantil a efectos concursales (delimitado por el [art. 42 CCom.](#)), sino con el grupo laboral.

A las cuestiones típicamente sustantivas del procedimiento colectivo concursal, numerosas y crecientes, se sumó el conflicto competencial –uno más– entre el orden mercantil y el orden social para conocer de las medidas de gestión de empleo y de condiciones de trabajo en su seno, en especial cuando se trata de situaciones mixtas, unas empresas del grupo concursadas, otras no. La competencia se inclinó a favor del orden social¹¹. La doctrina ha sido reiterada.

efectiva (aunque vinculada a la ausencia de salario, no a otros supuestos, que hubiera legitimado la competencia social), pero también valoradas como análogas, la [STS 572/2017, de 29 de junio](#).

¹¹ *Vid.* el Auto del TS ([ATS](#)), Sala Especial de Conflictos de Competencia, 1/2016, de 9 de marzo (precisa que el grupo de sociedades no se identifica con «unidad de empresa», considerando que no puede ser declarado en concurso porque carece de subjetividad jurídica unitaria, por lo que no puede ser un sujeto deudor unitario) y la [STS 659/2019, de 25 de septiembre](#) (reconoce la dificultad), que reitera doctrina (entre otras, [STS 264/2018, de 8 de marzo](#)): si se acciona frente al despido colectivo, la vía no es la del [artículo 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), sino el recurso de suplicación contra el auto mercantil, que debe decidir sobre el fenómeno grupal; en cambio, la competencia exclusiva del juzgado de lo mercantil desaparecería cuando se trata de una reclamación laboral derivada del despido colectivo (retributivas, indemnizatorias, etc.) frente a quienes no son sujetos concursados, aunque integren un mismo grupo.

¿Respetará el TRLC este cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada o, de nuevo, en su afán clarificador lo rectificará? ¿Qué argumentos podrían hacer sospechar que en el TRLC se promueve un cambio de preferencia competencial en estos casos (debate sobre la integración de empresas concursadas pertenecientes a un grupo empresarial)? Primero puede esgrimirse un criterio de interpretación sistemática: la conjunción del [artículo 46.3 del TRLC](#) (la gestión concursal conjunta o acumulada, así como la tramitación coordinada, corresponden al juzgado de lo mercantil) con su [artículo 551.2](#) (la legitimación impugnatoria de medidas reguladoras de empleo corresponderá, «en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren») parece evidenciar la voluntad legal de otorgar al juez/a de lo mercantil el conocimiento no solo de los concursos conexos, sino también la determinación de si existe un «grupo laboral de empresas» (Falguera Baró y Serna Calvo, 2020). Segundo, un criterio finalista: es una política jurídica general del TRLC reforzar el juzgado de lo mercantil (excepcional para el orden social), en línea con lo que, como veremos, habría acaecido –aquí sí claramente, aunque sea con vicio *ultra vires*– respecto de la sucesión de empresa.

La cuestión emerge inmediata: ¿estamos ante una interpretación equívoca, que requiere de una interpretación restrictiva y ajustada al derecho de precedentes, o, al contrario, ante una decisión legislativa rectificadora de una doctrina jurisprudencial, por lo tanto, *ultra vires*? Una cosa sí es cierta: no queda nada claro, lo que es criticable, en sí mismo, en una ley de refundición (más en esta, que tanto se enorgullece de su labor a tal fin –«dime de lo que presumes...»–).

En todo caso, también se hace una crítica por defecto: el criterio expansivo de la regulación concursal parece refrenarse respecto a avanzar y clarificar la enorme problemática que se deriva de estas situaciones de concursos de estructuras complejas, en especial si no todas entran en el proceso concursal (por ejemplo, efectos de la declaración de grupo patológico de empresas conforme a la doctrina laboral, consecuencias en el caso de que el juez/a mercantil califique el grupo patológico en torno a la extensión de la responsabilidad a efectos del despido colectivo a todas las empresas, pero sin que el concurso afecte al resto de no concursadas, o el régimen de responsabilidades del cumplimiento de las obligaciones que imponga el auto resolutorio, que, en cualquier caso, no excluirá eventuales acciones en la rama social en torno a diversas responsabilidades)¹².

¹² Vid. la [STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2011 \(rec. 5167/2011\)](#):

[...] el juez del concurso es competente para resolver en el auto que pone fin al ERE si la empresa pertenece a un grupo «patológico de empresas», pero no para extender la responsabilidad a otras empresas del grupo sobre lo que no tiene competencia al no haber formado parte en el proceso.

Interesante también la [STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2012 \(rec. 21/2012\)](#).

5. La dimensión crediticia sociolaboral del TRLC: innovaciones en materia de créditos concursales y contra la masa

5.1. La clasificación de los créditos laborales concursales y contra la masa: entre reglas de precisión (correctas) y reglas de corrección (viciada) jurisprudencial

Junto a la protección-gestión de las condiciones de empleo (y en parte de trabajo) en el seno de los procedimientos concursales, apenas comentados, el segundo gran bloque de cuestiones relevantes sociolaboralmente de esta compleja institución jurídico-económica es el relativo a las garantías de protección-cobro efectivo de los créditos laborales, esto es, de los de titularidad de las personas trabajadoras. En principio, también aquí, en una primera y global lectura, se puede entender que la cuestión del reconocimiento y clasificación de los créditos concursales (privilegiados, ordinarios y subordinados, [art. 169.1 TRLC](#)) carece de novedades reseñables.

Así, de un lado, sin alteración del redactado, se siguen reconociendo con un privilegio especial los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados ([art. 270.3.º TRLC](#)). De otro, se mantiene –lógicamente– el privilegio general a ciertos créditos por salarios e indemnizaciones con los límites previstos, por accidentes de trabajo, capitales coste y recargo de prestaciones devengados con anterioridad a la declaración de concurso ([art. 280.1 TRLC](#)). Asimismo, los créditos subordinados laborales se ajustan a las mismas reglas que todos los créditos de este tipo y que tienen una peor consideración en el conjunto de esta tipología, por entender que distorsionan la equidad en el tratamiento del conjunto de las personas acreedoras.

Al respecto, si acaso, merece la pena destacar la introducción en el [artículo 281.1.1.º del TRLC](#) de la doctrina de la [STS, Sala 1.ª, 316/2011, de 13 de mayo](#). Esta doctrina reconoce el carácter subordinado de los créditos que se comunican por primera vez en la demanda incidental de impugnación del informe, antes extramuros del concurso. Cabe valorarlo como un ejercicio correcto de la potestad de refundición clarificadora.

En cambio, alguna novedad mayor –incluso discutible– presenta el reconocimiento de los créditos contra la masa ([art. 288 TRLC](#)). Así, destaca el reconocido a las personas trabajadoras consistente en el superprivilegio de los créditos por salarios correspondientes a los últimos 30 días de trabajo efectivo que se regula ahora en el [artículo 242.1.º del TRLC](#). Su redacción contiene un inciso novedoso, pero cuyo valor es de pura regla de precisión (aquí sí ha actuado correctamente la ley refundidora): explicita que estos créditos no son necesariamente los de los 30 días anteriores a la declaración de concurso, sino los de los 30 días anteriores de trabajo efectivo. Por tanto, en caso de las personas trabajadoras fijas discontinuas, cabe el reconocimiento de unos créditos distintos a los del mero mes anterior a la declaración de concurso.

Más problemática puede resultar, en la práctica, la novedad contenida en el [artículo 242.8.º del TRLC](#) para el reconocimiento de créditos contra la masa de las personas trabajadoras, conforme a la cual se incluyen, dentro de los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo «que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso». ¿Dónde reside el eventual problema? En que el tenor literal pudiera hacer pensar que se rectifica la doctrina jurisprudencial civil (SSTS, Sala 1.ª, [400/2014, de 24 de julio](#), y [473/2016, de 13 de julio](#)) sobre las indemnizaciones por despido o por extinción causal del contrato, según las cuales, para determinar si el crédito indemnizatorio es concursal o contra la masa, habrá que estar a la fecha de la resolución judicial que la fije, independientemente de la fecha del despido o de la fecha en que se produce el incumplimiento de la empresa que da lugar a la extinción.

La inclusión de la expresión «que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso» no puede resultar más turbadora. Aunque no es probable, sí es plausible entender que la ley quiere ahora precisar que solo serán créditos contra la masa los que tengan su origen en indemnizaciones por despido en los que el despido, es decir, la comunicación a la persona trabajadora, fuera posterior a la declaración de concurso (menos problema ofrece el [art. 50 ET](#), que siempre requiere decisión extrajudicial, por su carácter constitutivo conforme a una muy inveterada jurisprudencia social).

Esta interpretación sería conforme a una de las posiciones de doctrina, científica y judicial, precedentes a la unificación jurisprudencial y podría darse pábulo a la misma como una norma de favor hacia los intereses del concurso, pues supone aligerar sus cargas, una de las razones fundamentales de la reforma refundidora. El problema práctico no es baladí. No es infrecuente que la necesidad de abonar de forma preferente estas indemnizaciones agote toda la masa concursal, abocando a la liquidación, y, en consecuencia, erosiona la base fundamental de la regulación concursal: la máxima satisfacción del mayor número posible de personas acreedoras.

Ciertamente, la ley precedente no precisaba la interpretación, sino que es una regla de cuño jurisprudencial, resultado, a su vez, de una asunción por la Sala Civil del TS del principio tuitivo laboral internacional –protección frente a la insolvencia– y de la convergencia con la jurisprudencia social sobre cuándo se produce el crédito indemnizatorio (últimamente, [STS 179/2020, de 27 de febrero](#), FJ 4.º, punto 4). La Sala Civil del TS, pues, asume que el interés del concurso no puede ser absoluto en la interpretación de toda norma rectora del concurso (como sostiene también, según luego se verá respecto de la sucesión de empresa, la Sala Social del TS).

¿Puede entenderse que la ley refundidora corrige la autoridad de la jurisprudencia, cambiando la de esta por la suya? A mi juicio, y sin poder dar más desarrollo a tan importante cuestión, estamos ante un vicio formal *ultra vires*, un exceso de delegación legislativa, y, en consecuencia, el régimen aplicable debe seguir siendo el precedente a la refundición,

aplicándose la interpretación jurisprudencial (derecho de precedentes, no el derecho legislador refundido, pero viciado).

5.2. Del devengo a la cuestión del pago de los créditos contra la masa por salarios: el orden de prelación del concurso de acreedores dentro del concurso

5.2.1. Otra crítica por exceso (*¿ultra vires?*): ¿se amplía la preferencia de cobro de los créditos por salarios del último mes a todos los créditos contra la masa?

Los créditos salariales, en situación extramuros del concurso, deben abonarse de manera puntual, una vez devengados, por su naturaleza existencial (garantía de puntualidad –y relativa inmediatez– en el cobro). Pues bien, a su modo, el [artículo 84.3 de la LC](#) establecía que los créditos contra la masa que se debían abonar de forma inmediata eran los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso. En cambio, el [artículo 245.1 del TRLC](#) establece que los créditos que tengan la calificación de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata. Por lo tanto, todos, no solo el superprivilegio.

¿Estamos ante un simple vicio de error en la técnica legislativa, fácilmente subsanable con una interpretación sistemática, o, una vez más, realmente es un vicio de exceso de delegación y, por tanto, requiere una declaración jurisprudencial de *ultra vires*?

No hallamos pauta interpretativa alguna de carácter «auténtico» en la norma, pues no se da explicación de ningún tipo en el [preámbulo del TRLC](#). Es evidente que, una vez más, estará en juego el interés del concurso y, por lo tanto, la propia garantía de efectividad del fin crucial de la regulación. En este sentido, tanto si estamos ante situaciones de relativa liquidez, cuanto, desde luego, si no la hay, pero se reciben ingresos con alguna periodicidad, se abre la cuestión de si la norma legal ha querido reconocer una preferencia de cobro (garantía de inmediatez) a los salarios calificados como créditos contra la masa, en aras de ese principio protector al que tanto apela en esta materia la propia Sala Civil del TS. De seguirse, de nuevo, el tenor literal de la ley de refundición en clave tuitiva siempre que se plantee la necesidad de optar, por parte de la Administración concursal, entre unos créditos contra la masa respecto de otros, debería inclinar la decisión a favor de todos los salarios posteriores a la declaración del concurso vencidos, no ya solo a los de los últimos 30 días de trabajo efectivo.

Ahora bien, ¿es razonable esta comprensión de la nueva redacción normativa o ha de entenderse que ha incurrido en *ultra vires* y, por tanto, debe aplicarse la regulación precedente? La solución no es unívoca. Pero parece más correcta esta última valoración, pues, en otro caso, no estaríamos ante una aclaración de algo dudoso, sino ante un cambio legislativo importante, lo que tiene vedado esta técnica legislativa.

5.2.2. Crítica por defecto: el TRLC no clarifica los límites para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos

No por exceso, sino por defecto de clarificación legislativa, que sí es esperable y exigible de esta técnica, ha de criticarse el silencio que perpetúa el [artículo 250 del TRLC](#)¹³. En él se establece el orden de prelación para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos. No hay novedad en la redacción, pero precisamente ahí estaría la crítica. Al limitarse a reproducir el texto del derogado [artículo 176 bis de la LC](#) mantiene vivo el vicio jurídico de incoherencia preexistente en el número 2.º: permanece la limitación prevista para el abono de salarios, pero sigue eludiendo de igual modo el límite para las indemnizaciones (cuantía mínima legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional).

Una vez más los defectos legislativos deben corregirse con la doctrina jurisprudencial, que también ha consolidado una posición hermenéutica en la que se aplica, recurriendo al criterio sistemático, el límite previsto en el [artículo 91.1 de la LC](#) (hoy [art. 280.1 TRLC](#)), para créditos con privilegio general (SSTS, Sala 1.ª, [219/2019, de 9 de abril](#), y [345/2014, de 2 de julio](#)). Partiendo de su carácter confuso excluye la interpretación *ad pedem litterae*, según la cual se valoraría el límite máximo como si fuese común para los créditos por salarios e indemnizaciones, pero no es así. Teniendo distinto origen y finalidad, diferentes han de ser los límites aplicables, en línea con lo previsto para los créditos con privilegio general. Por lo tanto, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado ([STS 219/2019, de 9 de abril](#), FJ 2.º, punto 4).

5.3. La posición del Fogasa: reordenación sistemática y mejora de redacción normativa

En un ámbito relativo a las garantías de cobro de los créditos laborales es evidente que, de inmediato, emerge la figura del Fogasa. Su régimen principal sigue en el [artículo 33.3 del ET](#), sin que haya sido desplazado por el TRLC, lo que no deja de plantear ciertos problemas de coordinación. Además, tampoco goza de un estatuto unitario en el TRLC, manteniendo una regulación fragmentaria y dispersa, ahora con sistematicidad alterada.

Esta reubicación sistemática ha supuesto ciertas mejoras de redacción en algunos preceptos, no en todos, pero, en cualquier caso, sus novedades sustantivas son mínimas. En lo que concierne a la citada reordenación sistemática:

¹³ «Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un "concurso de acreedores de créditos contra la masa" dentro del propio concurso» ([STS, Sala 1.ª, 311/2015, de 11 de junio](#)).

- La prohibición de rescisión de las garantías constituidas a su favor ([art. 230.3.º TRLC](#)).
- Condición de parte necesaria cuando se abonan salarios e indemnizaciones ([art. 514 TRLC](#)).
- Su subrogación no altera el carácter y clasificación del crédito laboral ([art. 243 TRLC](#)).
- Posibilidad de que la persona que adquiriera la unidad productiva no se subroge en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que deba abonar o haya abonado el Fogasa ([art. 224.1.3.º TRLC](#)).

En lo relativo a las mejoras de redacción, las novedades tienen que ver más con sencillas precisiones normativas que con la integración de las soluciones jurisprudenciales dadas en estos años a las dudas interpretativas emergidas. Aquí amerita, una vez más, crítica por defecto. Así, por ejemplo, no incorpora la doctrina sobre imputación de pagos del Fogasa en el concurso. Como es sabido, la doctrina jurisprudencial excluye las reglas generales de imputación de pagos del Código Civil (CC) ([arts. 1.172 y ss.](#)) en favor de las reglas especiales de preferencia de pagos dentro del concurso, evidenciando su halo de «norma suprema» rectora, con desplazamientos de las leyes aplicables en situaciones extramuros del concurso (por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 4/2020, de 8 de enero](#)).

El [artículo 33.3 del ET](#) (que delimita la cuantía de la responsabilidad y exige de esta si no resulta citado en debida forma ni se establece el reconocimiento de créditos en la lista de créditos de índole concursal o de créditos contra la masa; sin que se le pueda imponer responsabilidad más allá de los supuestos tasados –[STS 449/2018, de 25 de abril](#)–) no contiene propiamente una regla de imputación de pagos, más allá de la especificación de las cuantías. De hecho, la jurisprudencia social venía aplicando las reglas civiles de imputación de pagos ([STS de 29 de junio de 2015, rec. 2082/2014](#) –aplica el [art. 33.3 ET](#) a un despido colectivo–), que la regla civil considera no acordes con los principios concursales y de la ratio que alienta sus reglas de preferencia¹⁴. Valora que los pagos al Fogasa no extinguen las deudas de la empresa concursada a la que se impute su pago, sino que continúan, pero con la subrogación pública (por ejemplo, hace inservible la regla legal de la imputación prioritaria a la deuda más onerosa del [art. 1.174 CC](#); [STS, Sala 1.ª, 4/2020, de 8 de enero](#) –que estima el recurso contra la sentencia de apelación, sin costas, por ser caso dudoso–).

¹⁴ El [artículo 245.3 del TRLC](#) establece que:

La Administración concursal podrá alterar por interés del concurso la regla del pago al vencimiento si la masa activa fuera suficiente [si no lo es, las reglas de prelación de pago están en el [art. 250 TRLC](#)] para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. La postergación del pago de los créditos contra la masa no podrá afectar a los créditos por alimentos, a los créditos laborales, a los créditos tributarios ni a los de la seguridad social.

Se abre, así, un nuevo espacio de tensión entre la visión laboralista y la civilista. En el primer ámbito, como ilustra la [STS 909/2020, de 14 de octubre](#), que extiende la regla [ex artículo 33.3 del ET](#) no solo a los títulos de crédito concursales, sino también extraconcursoles, por la vía de la analogía, dentro de un procedimiento concursal, se considera adecuado mantener el modelo de regulación separada, atendida la condición institucional laboral del Fogasa y la regla constante, sin alterar pese a sus sucesivas –y reiteradas– modificaciones¹⁵.

Pero la visión civilista es distinta y claman por una integración de la regulación laboral en la concursal, de modo que el TRLC desplace el ET. A razones de coherencia legal se añadirían razones de índole pedagógico, porque haría más visible su existencia en el concurso, a veces desconocida. En consecuencia, reprochan que una ley de refundición expansiva sea timorata al no trasladar el [artículo 33.3 del ET](#) al TRLC (no sería derecho nuevo, sino derecho compilatorio reubicado).

6. Algunas cuestiones procesales: más restricciones al podado privilegio de ejecución laboral separada

El [artículo 55 de la LC](#) puso fin al llamado privilegio de ejecución laboral separada de los créditos contra la masa activa¹⁶, por lo que el auto de declaración del concurso también suspende las ejecuciones anteriores y el [artículo 143.1 del TRLC](#) lo mantiene, claro está. Pero incluye una previsión novedosa: la nulidad *ex lege* de las actuaciones que se realicen desde la declaración del concurso. Se quiere resolver el problema de aquellas situaciones en las que el juzgado social hubiera acordado embargo con posterioridad a dicho momento, sin conocimiento del auto de lo mercantil. Esta integración es correcta y refuerza el dominio de la gobernanza mercantil, pero, otra vez, hallamos una crítica por defecto, ya que no explicita qué órgano jurisdiccional debe declarar dicha nulidad, si el de lo mercantil o el de lo social. Precisión que sí hace, atribuyéndola –cómo no, al juzgado de lo mercantil– respecto del régimen de levantamiento y cancelación de los embargos trabados con anterioridad al concurso (en ejecuciones suspendidas), salvo los administrativos, cuando su mantenimiento dificulte «gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado» ([art. 143.2 TRLC](#)).

¹⁵ Un problema recurrente fue la delimitación de la normativa aplicable tras la reforma en 2012, restrictiva de su responsabilidad. Para una doctrina consolidada, *vid.* [STS 714/2020, de 23 de julio](#):

[...] no es hasta que se dicta el auto de extinción de los contratos de trabajo [...] que puede exigirse la responsabilidad del Fogasa y, por ello, será la norma vigente en ese momento la que determine el alcance de dicha responsabilidad.

¹⁶ Conforme a la [STS 407/2018, de 17 de abril](#), el orden social es competente para la ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio.

El [artículo 144 del TRLC](#) reproduce el [artículo 55 de la LC](#). Pero se hace un uso intensivo de la delegación legislativa, a fin de introducir reglas complementarias clarificadoras de oscuridades pasadas. La valoración ameritada es de corrección en las tres novedades de redacción que contiene:

- a) La ejecución laboral exige incluir en las actuaciones testimonio de la resolución del juez/a del concurso que declare que el bien o derecho objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la persona deudora.

Esta suerte de autorización del juez/a mercantil (realmente es el criterio ya fijado por la Sala Civil y por la Sala Especial de Conflictos –por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 90/2019, de 13 de febrero](#)–) invierte la dinámica precedente (busca un cambio de hecho), en tanto que la continuidad del embargo laboral ahora se condiciona a la resolución del juez/a del concurso. No obstante, parece más bien un aviso a navegantes (otra vuelta de tuerca a la posibilidad, cada vez más excepcional, de ejecución laboral separada) que una regla nueva, como ya apuntó la [STS 1075/2018, de 18 de diciembre](#).

- b) La ejecución separada quedará sin efecto si a la fecha de la aprobación del plan de liquidación, sea o no firme, no se hubiera producido la enajenación de los bienes o derechos o no se hubieran publicado los anuncios de subasta.

También integra doctrina jurisprudencial (por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 319/2018, de 30 de mayo](#)). Asimismo, como efecto procesal novedoso, y en aras del principio de celeridad de la gestión, desaparece el límite del [artículo 55.1 de la LC](#) de finalización de la ejecución laboral separada con la aprobación del plan de liquidación y la consiguiente inclusión de los bienes embargados en la masa activa.

- c) El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a ella y el sobrante se integrará en la masa activa. Pero si la tercería de mejor derecho ejercida por la Administración concursal identifica la existencia de créditos concursales con preferencia, el importe se pondrá a disposición del concurso.

Este otro efecto procesal novedoso ([art. 144.3 TRLC](#)) incide en restringir la autonomía de ejecuciones respecto al concurso sobre bienes previamente embargados en sede social, que se reconducen al carril de las reglas ordinarias típicas de primacía del crédito y en clara defensa del interés (superior) del concurso. La aclaración legislativa responde a la integración como palabra de ley de la palabra jurisprudencial ([STS, Sala 1.ª, 90/2019, de 13 de febrero](#)).

En el ámbito de las críticas por defecto, quizás hubiera sido oportuno aprovechar esta reforma legislativa de sistematización y clarificación para zanjar definitivamente la cuestión sobre el ámbito competencial en relación con la ejecución de sentencias firmes de

despido. Si bien es cierto que existe doctrina de unificación que integra esta cuestión dentro de la competencia del orden social, como parece lo más coherente.

Finalmente, es de interés mencionar que se hace un desarrollo más detenido sobre los límites de los procesos ejecutivos en los supuestos de situaciones preconcursales (introducido *ex novo* por la [Ley 14/2013](#)). Se regula con mejor sistemática la interdicción por 3 meses (2 meses en el caso de personas naturales) para formular ejecuciones desde la comunicación de apertura de negociaciones y la suspensión de las que estuvieran en vigor con anterioridad a dicho momento a partir de la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación ([art. 588 TRLC](#)), así como la suspensión de las ejecuciones en tramitación ([art. 589 TRLC](#)). Sí se permite el inicio o la continuidad de estas ejecuciones en relación con los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad, si así se acuerda por el juez/a mercantil ([STSJ del País Vasco 1108/2018, de 24 de mayo](#)).

No obstante, el TRLC si bien mantiene (abriendo el [libro segundo](#), «Derecho preconcursal») en el [artículo 583.3](#) que la persona deudora (en situación de insolvencia actual o inminente, pero no declarado en concurso) deberá señalar en la comunicación del precurso que ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor y cuáles recaen sobre los bienes o derechos que considera necesarios para su continuidad, el [artículo 589](#) (suspensión de las ejecuciones en tramitación) prevé la suspensión de la ejecución ya iniciada por parte del juez/a que conozca de la misma si «recaen sobre los bienes o derechos a que se refiere el artículo anterior». Este artículo al que se remite, el [artículo 588](#) (prohibición de iniciación de ejecuciones), en función de la fórmula elegida por la persona deudora para abrir negociaciones, contiene dos referencias muy distintas:

- tanto a «los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor» (apdo. 1),
- como a «los bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional» (apdo. 2).

De este modo, una interpretación literal llevaría a reconocer que la opción de la persona deudora por el acuerdo extrajudicial de pagos amplía los supuestos de suspensión de las ejecuciones previstas en el [artículo 5 bis de la LC](#). Pero, al margen de la valoración, desde el punto de vista de la justicia material, que esta previsión amerite, lo cierto es que supone derecho nuevo, no refundir derecho viejo y «oscuro». Consecuentemente, para evitar esta lectura en términos de inequívoco vicio *ultra vires*, sería posible –y conveniente– una interpretación más sistemática y correctora, para reducir el exceso de remisión que se deriva del [artículo 589 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC). En cualquier caso, aquí, en vez de aclarar, la norma de refundición –otra vez– nos confunde.

7. Efectos en los créditos laborales y de seguridad social de la venta de la unidad productiva: reabriendo incertidumbres

7.1. La realidad conflictiva: uso intensivo de la venta («sucesión») de unidades productivas («empresas») en las soluciones concursales

Pero si algo confunde de verdad y deja absolutamente perplejas a las personas que practicamos el oficio de jurista del trabajo (y llena de «orgullo y satisfacción» a las que practican el de jurista mercantil –profesional, científico y judicial–, no por casualidad la sella la Sección de Derecho Mercantil en la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, alabada por su «cuidada técnica» por el –muy poco cuidado– Dictamen del Consejo de Estado), por el giro copernicano que, aquí sí, crea el TRLC, es el nuevo tratamiento legal que da al régimen de la transmisión (sucesión) de empresa en el seno del concurso. Y ello en el doble plano sustantivo (posibilidad de limitar el régimen de efectos derivados de la venta de unidades productivas autónomas como sucesión de empresa) y competencial (atribuye al juzgado de lo mercantil la calificación de si existe o no transmisión de empresa). Pero antes de explicar, aun de forma somera, las novedades –*ultra vires*– del TRLC, acerquémonos al conflicto subyacente.

La trascendencia de la venta de las empresas como unidades productivas en el seno de los concursos, como una vía para promover soluciones conservadoras, frente a las de liquidación desordenada, no solo viene asumiéndose desde antiguo como una opción favorita de saneamiento viable de las empresas, sino que está a la orden del día, también su extensa y compleja conflictividad. Y ello medie o no una situación actual de concurso de empresas (voluntario o necesario). En el primer caso, el ejemplo más señero de nuestros días es el relativo al Grupo Alcoa Inespal¹⁷.

De un lado, respecto de su decisión de cierre de la planta de producción de aluminio ubicada en la localidad lucense de San Cibrao, con el consiguiente despido colectivo. Decisión que la autoridad laboral había valorado como, lisa y llanamente, fraudulenta, porque su fin sería eludir el régimen del [artículo 44 del ET \(STS de 18 de febrero de 2014, rec. 108/2013\)](#). Así se ha terminado ratificando (la presión de las autoridades, incluido el [Parlamento](#), ha sido intensa) en la [STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2020 \(rec. 48/2020\)](#). De otro, también se evidencia ahora en lo penal, el [Auto del Juzgado Central de Instrucción número 3 de la Audiencia de Madrid de 22 de diciembre de 2020 \(rec. 57/2020\)](#), que admite a trámite una

¹⁷ Por enésima vez, se trata de un grupo mercantil (multinacional y con matriz estadounidense), al que se imputa la decisión de fondo, pero que no puede quedar integrada en la gestión jurídico-laboral como tal, al no existir, o no probarse, un abuso de derecho o fraude de ley ([art. 4, apdos. 3 y 5, RD 1483/2012; STS 866/2017, de 8 de noviembre](#)).

querrela por hechos constitutivos, entre otros, de delitos de insolvencia punible (arts. 257 y ss. Código Penal –CP–) y contra la seguridad de las personas trabajadoras (art. 311.1 CP).

Los sucesivos procesos de venta de unidades productivas para ofrecer una segunda oportunidad competitiva, ante la existencia de crisis de empresa, están en el centro del objeto de la querrela. Esta denuncia, tanto en el centro de A Coruña como en el de Avilés del grupo, ha impulsado un proceso de ingeniería jurídico-contractual y económico-financiera para facilitar la transmisión lucrativa a terceros (se suele excluir la venta a competidoras en el mercado económico, prefiriendo los fondos de inversión y a los grupos de inversión de riesgo). En suma, serían más usos estratégicos para facilitar las reestructuraciones rentables que instrumentos de conservación del mayor empleo posible (sostenible).

Mientras transcurre la vida judicial, la vida real de las empresas sigue su curso, y permanece el conflicto. Pero la venta-transmisión de empresa sigue en el centro de la solución ansiada. Ahora a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), matriz del grupo empresarial público estatal. La representación sindical presiona para ello, [la dirección de la empresa –determinada por su matriz norteamericana– recela](#).

Como también se advirtió *ut supra*, el asunto es muy relevante, pero no novedoso. Y nada mejor para evidenciarlo que volver a traer a colación la [STS 746/2020, de 9 de septiembre](#). En ella se reafirmó la nulidad –ya fijada en la instancia– del ERTE de una empresa que, también en el seno de un grupo empresarial y, ahora sí, en situación de concurso voluntario, viene tomando continuas medidas de sacrificio laboral para salvaguardar el mayor volumen de empleo posible, aun a costa de reducir notablemente sus condiciones de trabajo. Para el TS, el ERTE, adoptado por la empresa y avalado por la Administración concursal, solo busca reducir el coste del despido colectivo inexorable desplazando costes al Servicio Público Estatal de Empleo.

Dos aspectos a nuestros efectos. Primero, el que también recurriese en casación, junto a la empresa, el SITCA (Sindicato de Trabajadores Independientes de Canarias). Y ello por dos razones, a su vez. De un lado, porque consideraba viable la empresa, en contra del juicio judicial, en virtud de la sucesión en la unidad productiva previa (Grupo MGO) por la nueva (Westfield Sanidad, SLU) y su garantía de continuidad¹⁸. De otro, considera que, clarificado judicialmente, a favor de la empresa, tanto el panorama de deudas con la TGSS (cuyos embargos habían dificultado la gestión), cuanto el relativo a la sucesión de empresas, ningún obstáculo quedaría para el saneamiento acordado. Sindicato recurrente y empresa convergen.

¹⁸ La venta fue establecida por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid e implicó la subrogación en sus 617 personas empleadas. La transmisión se acompañó de un plan de viabilidad (la asunción del pasivo laboral y del pasivo concursal iba seguida de un compromiso de inyección de efectivo, si bien notablemente insuficiente para cubrir este).

El TS no es insensible a tales razones, pero entiende que no son suficientes para superar el juicio de razonabilidad (que distingue del de oportunidad –exclusivo de la empresa o de la Administración concursal–):

No se trata solo de las deudas con la seguridad social [...] sino también [...] de ausencia de un plan conjunto (centrándose las decisiones anticrisis solo en minoración de masa salarial), de la [...] pérdida de clientes (lo que imposibilita el pago de los créditos [...]) y de la negociación sobre unas bases alejadas de la realidad (FJ 6.º, punto 4).

Ventas de unidades productivas y créditos públicos protagonizan la gestión de las crisis concursales, pues. Las personas profesionales (consultorías, asesorías, abogacía) claman por la reducción de estos privilegios y, en consecuencia, de su influencia determinante en el proceso concursal. Posición que distorsionaría, en la etapa de precurso (acuerdos de refinanciación) y en la de concurso (acuerdos de personas acreedoras), la suerte del concurso. También –lo veremos con la incidencia determinante del TRLC– para los concursos de las personas físicas y su derecho a la segunda oportunidad (económica).

La práctica mayoritaria de los juzgados de lo mercantil participa de esta crítica, hasta el punto de promover las ventas (transmisiones-sucesiones) de unidades productivas (empresas) lo más posible, con el reclamo de la promesa de aquellos de la liberación-exoneración de deudas laborales y de créditos de la seguridad social. Y es aquí donde encontramos la conexión con el segundo punto de interés de la comentada sentencia, máxime si la ponemos en relación con la, también citada, [STS 1113/2020, de 11 de diciembre](#) (MGO By Westfield, SL) y que conoce de un asunto de calificación como sucesión de empresa de la venta realizada en el procedimiento concurso del Grupo MGO y cuya respuesta, reiterando numerosas decisiones precedentes en este sentido, sería utilizada por la empresa que lo adquirió como un argumento para legitimar el ERTE (anulado por el TS en el asunto apenas analizado). En esta sentencia se reitera la competencia del orden social para la calificación de la venta como sucesión de empresa, aun dentro del proceso concursal declarado, y sin posibilidad de exoneración de las deudas laborales (tampoco de los créditos de seguridad social). Volveremos sobre este asunto en breve.

Antes, también merece la pena una mínima reseña de la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#). Declaró la nulidad del despido colectivo de las 18 personas trabajadoras de una escuela de vuelo (integrada en un grupo internacional, pura ingeniería jurídico-financiera mundial¹⁹). En este asunto, el cierre de empresa impedirá la readmisión ([art. 110.1 b](#))

¹⁹ La demandada es propiedad de una empresa holandesa (Airwais Aviation Group BV), la cual es propiedad de la luxemburguesa Airwais Aviation SARL, que a su vez es propiedad de United Management DWCLLC, de Emiratos Árabes Unidos (EAU). Esta última es propiedad de Riana Group Holdings Limited, domiciliada también en EAU, la cual es propiedad de Riana Investments Ltd., domiciliada en Islas Vírgenes Británicas

[LRJS](#); [STS 133/2020, de 12 de febrero](#)). La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores (apertura de la liquidación y nombramiento de Administración concursal, que se adherirá al recurso).

La nulidad obedecería a la ausencia de un periodo de consultas de buena fe, no por inamovilidad de posiciones, pues no fue contumaz (por ejemplo, [STS de 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015](#)), sino por la falta de información adecuada sobre el grupo mercantil (SSTS [643/2017, de 19 de julio](#), [861/2018, de 25 de septiembre](#), y [807/2020, de 29 de septiembre](#)). Pero también –y esto es lo más relevante aquí– por la decisión de trasladar los elementos básicos para la actividad (aviones y simulador de vuelos; así como al encargado de mecánicos –personal instructor–) a otro centro (otra de las bases del grupo, presentada como la única recolocación que podía hacer). Sin embargo, ni el juzgado de lo mercantil ni la sala de suplicación social se plantearon si estaban o no ante una auténtica transmisión de empresa (transnacional europea) ex [artículo 44 del ET](#), pese a que, siendo una actividad materializada, se habían transmitido los elementos esenciales de la misma, junto al personal más relevante (FJ 7.º). A mi juicio, es aplicable la [doctrina Colino Sigüenza](#).

7.2. De la conflictiva práctica a la pacificación jurisprudencial del derecho legislado previo a la refundición: la competencia es social y la venta sucesión ex artículo 44 del ET

Ante tan compleja, recurrente y conflictiva realidad fueron sucesivas las reformas legales de la institución concursal que intentaron darle una solución razonablemente pacífica. Frente a la práctica de los juzgados de lo mercantil de alentar las ventas de unidades productivas libres de cargas, en especial de créditos de la seguridad social, con una notable oposición de la práctica la Administración recaudadora pública (TGSS), el [artículo 149.4 de la LC](#) pareció zanjar el conflicto a favor del interés recaudatorio público y en detrimento –se dice– del interés (superior) del concurso al mantenimiento de la unidad productiva, aun con sacrificio de intereses laborales y públicos, en la medida en que favorecería el empleo. Para la Sala Social del TS, reivindicando su competencia, incluso si adquirió firmeza el auto mercantil liberador, pues no hay efecto de cosa juzgada ex [artículo 222.4 de la LEC](#), la adjudicación por auto concursal de una unidad autónoma tras su venta implica sucesión de empresa y no es admisible la exoneración de deudas (laborales y de seguridad social), pues:

- ni el interés del concurso puede ser norma rectora de forma absoluta, porque hay otras imperativas (como el [art. 44 ET](#)),

(paraíso fiscal), que, finalmente, es propiedad de un ciudadano australiano. No se entregó información sobre el grupo, pese a la solicitud de la comisión negociadora.

- ni el artículo 5 de la [Directiva 2001/23/CE](#), que permite exoneraciones en la ley nacional (por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de 9 de septiembre de 2020, asuntos acumulados [C-674/18](#) y [C-675/18](#) –régimenes de previsión profesional–), puede aplicarse sin norma específica, debiéndose conciliar con su artículo 8 (norma más favorable)²⁰.

Una doctrina interpretativa y de política jurisprudencial del «derecho laboral concursal» que está muy arraigada, como evidencia la referida [STS 1113/2020, de 11 de diciembre](#). Frente a la adjudicación de la unidad con expresa indicación en el auto mercantil de que no conlleva sucesión de empresa, el TS recuerda que la venta de una unidad autónoma se califica como sucesión empresarial y genera responsabilidad por las deudas de la empleadora, «aun cuando la relación laboral ya estuviera extinguida en el momento de la adquisición». Este criterio ofrece seguridad jurídica bilateral (para las personas trabajadoras sobre sus derechos –y para las entidades gestoras de créditos públicos–, y para el conjunto de empresas, que saben, de antemano, a qué atenerse en estos casos) y garantiza la igualdad de trato de las empresas competidoras (si el valor de una empresa es su activo menos su pasivo, contradice la lógica de mercado e incentiva usos estratégicos, adjudicaciones por debajo de su valor).

7.3. El favor por la jurisdicción mercantil en interés del concurso y de la seguridad jurídica de quien compra: ¿vuelta a la conflictividad de la «casilla de salida»?

No lo ha entendido así la ley de refundición. Seguridad jurídica sí, pero para quien compra, en la doble confianza de que no hay más jurisdicción (exclusiva y excluyente –aunque no puede ser tampoco absoluta, menos absolutista–) que la mercantil para la calificación de la venta como sucesión de empresa o no ([art. 221.2 TRLC](#)) y de que, además, la responsabilidad se acotará solo a «los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores [el lenguaje inclusivo siempre se posterga en la ley] de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente» ([art. 224 TRLC](#)). Deja fuera los existentes con personas trabajadoras no subrogadas. De este modo, restringiendo el efecto imperativo de la norma laboral común ([art. 44 ET](#)), que promueve un efecto subrogatorio más universal, ampliaría la regla general concursal ex [artículo 223 del TRLC](#) (exoneración del cesionario de las deudas pendientes de la entidad concursada²¹), lo que es lo mismo, restringiría notablemente la excepción que la norma laboral común implica.

²⁰ Vid. SSTS [623/2020, de 8 de julio](#) (además, rechaza que haya prescripción al no transcurrir los 3 años del [art. 44.3 ET](#)), [731/2020, de 30 de julio](#), y [940/2020, de 27 de octubre](#), entre otras muchas.

²¹ Vid., para créditos civiles, en la venta de unidades productivas, la [STS, Sala 1.ª, 694/2020, de 29 de diciembre](#).

De este modo, aunque el [artículo 223 del TRLC](#) prohíbe –*a sensu contrario*– a quien compra excluir la subrogación en los contratos laborales de la unidad productiva, el inciso del [artículo 224.1.3.º del TRLC](#) va contra la línea de flotación de la doctrina jurisprudencial social²². Sin embargo, a mi juicio, su eventual cobertura –de fondo– en el artículo 3.1 (y 5) de la directiva no justificaría (tampoco el «liberal», pero oracular, [Auto del TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688/13](#), dictado, precisamente, a instancia de la jurisdicción mercantil que buscaba en el TJUE el aval para legitimar su práctica liberadora, en especial de los créditos de seguridad social) prescindir de los límites propios del ejercicio de la delegación legislativa, *ultra vires*. Al respecto, todos los argumentos que esgrimen el Consejo de Estado y el voto mayoritario del CGPJ para legitimar tan extremo uso de la delegación legislativa, sea para la atribución a la jurisdicción mercantil (sobre el [art. 86 ter Ley orgánica del Poder Judicial](#); evitación del pésimo peregrinar de jurisdicciones), sea para la liberación parcial de créditos, laborales y de seguridad social (más «seguridad jurídica»; mayor conformidad a la [STJUE de 16 de mayo de 2019, asunto C-509](#) –si bien en el caso se pronunció en contra de la conformidad comunitaria de la norma nacional cuestionada–; la indisoluble capacidad «innovadora» de la delegación legislativa, para que no pierda su efecto útil –[STC 166/2007](#)–), concurren en una sola razón: la mayor utilidad de estas soluciones a la función conservadora de la empresa. Pero el fin no justifica el medio –[voto particular del vocal Martínez Moya](#)–.

En suma, el interés del concurso (valorado por el TRLC como superior –lo que tiende a negar la Sala Social del TS, e incluso su Sala Civil, que, al menos, hace gala de visiones más matizadas–) al mantenimiento de la unidad íntegra se impondría a la propia de la lógica de la competencia leal de mercado y, desde luego, a la seguridad de las personas trabajadoras (la doble confianza de quien compra prima). La (pretendida o real) garantía de salvación del mayor volumen posible de empleo actuaría como altar al que sacrificar otros derechos e intereses (laborales). Pero, al margen de esta valoración de fondo (ponderación de razones e intereses), lo importante es que, al corregir la doctrina jurisprudencial (social y de la Sala de Conflictos), equivocada o no, está creando derecho nuevo. Como recuerda la [STC 72/2015, de 14 de abril](#) (que se remite a la vieja [STC 95/1993, de 22 de marzo](#)), y asume la jurisprudencia social (por ejemplo, [STS 271/2017, de 30 de marzo](#)), la norma no tiene más sentido práctico que el que, en cada tiempo, le haga decir la jurisprudencia, por lo que no tiene más contenido que el proclamado por esta (de ahí que no se vea afectada por la prohibición de retroactividad). En consecuencia, cuando una ley refundidora rectifica de una forma tan frontal la doctrina fijada por la jurisprudencia consolidada, está cambiando la ley misma, y eso lo tiene prohibido la ley de refundición.

Quizás de menor entidad, pero también criticable, tanto técnica como desde su razón de ser general del pretendido régimen alternativo promovido por el TRLC, es el desajuste existente entre el [artículo 200.2 del TRLC](#), que define la unidad productiva de un modo muy laxo

²² Distinto es el caso resuelto por la [STS 744/2020, de 9 de septiembre](#), que excluye de las cláusulas convencionales subrogatorias los centros de trabajo no incluidos en la adjudicación.

(considera unidad productiva «el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria»), y su [artículo 221.1](#). Este, al prever que toda «enajenación de una unidad productiva» se tenga, «a efectos laborales y de seguridad social», como «sucesión de empresa», parece presumir el concepto del [artículo 44 del ET](#) que, como se sabe, es más preciso, al exigir también el mantenimiento de la identidad. Concluir que el TRLC ha querido crear un concepto jurídico-concursal propio y autónomo de sucesión de empresa, más amplio y laxo, incluso, que el laboral, sería un auténtico sinsentido, pues reduciría las oportunidades de compra, cuando lo que quiere es intensificarlas. Otra deficiencia de técnica jurídica refundidora más para quien tanto alardea de un buen uso de la delegación legislativa.

En definitiva, y sin poder ahondar en este momento más en tan importante cuestión, la conclusión de este importante ámbito regulador del TRLC no puede ser más crítica. Sea cual sea la intención legislativa e incluso al margen de la valoración en términos de protección efectiva del interés del concurso y su identificación con una mejor garantía de empleo que merezca este «nuevo derecho concursal laboral» relativo a la transmisión de empresa –incluso desde la razón que le asiste desde el art. 5.2 [Directiva 2001/23/CE](#)–, lo cierto es que aquí la ley de refundición se ha extralimitado, en el plano sustantivo y procesal, y, por lo tanto, presenta vicios de extralimitación insubsanables (*ultra vires*). El TRLC aporta una solución transaccional entre lo que pretendía la jurisdicción mercantil (tener un margen amplio de libertad para transmisiones de empresa exoneradas de deudas, laborales y públicas), obligándola a aplicar la norma laboral en la materia (derecho comunitario, además), y lo que defiende la social (mantener la competencia e imponer la lógica de garantías laborales), privándola de la competencia para la calificación y abriendo algunos márgenes adicionales de restricción de deudas –laborales y de seguridad social–. Sin embargo, se insiste, al margen de su valoración de derecho nuevo, parece claro que no puede venir de la mano del derecho refundido (Palomo Balda, 2020).

Cierto, cuenta con el aval, por puro pragmatismo (lógica de los costes-beneficios en interés del concurso y el empleo –se dice–), no por razones jurídicas coherentes, tanto del CGPJ ([27 de septiembre de 2019](#)), como del Consejo de Estado ([26 de marzo de 2020](#)). Pero «la verdad (jurídica) es la verdad, lo diga Agamenón o su porquero» –diría Antonio Machado en boca de Juan de Mairena–. Si la ley quiere cambiar el estado de cosas, porque no le parece el más adecuado para el «interés superior del concurso», tiene instrumentos suficientes para hacerlo, pero no por la «puerta de atrás» de la ley de refundición.

8. Interés a la recaudación pública y segunda oportunidad (emprendedora): ¿sin perdón para los créditos de seguridad social?

Una todavía más férrea defensa del crédito público (incluye los créditos tributarios, así como los de seguridad social), pero igualmente con manifiesta extralimitación, *ultra vires*,

al rectificar directamente la doctrina jurisprudencial civil que considera contraria al interés recaudatorio del Estado, aunque fuese favorable al interés-derecho a la segunda oportunidad (por ejemplo, de emprender o índole profesional), hallamos en el [artículo 497.1.1.º del TRLC](#). La [STS, Sala 1.ª, 381/2019, de 2 de julio](#), reforzó el derecho a la segunda oportunidad ampliando la capacidad de los juzgados de lo mercantil para aliviar (exonerar por más del 50 % y aplazar en cómodos plazos el otro 50 % en 5 años) sobre las deudas contraídas con la Agencia Tributaria y la TGSS. Para ello interpretó el confuso y antinómico [artículo 178 bis de la LC](#) (introducido en 2015) de forma expansiva, conforme a la razón de ser de este derecho (criterio finalista), así como anticipando los principios (contexto normativo y axiológico superior) inspiradores de la [Directiva 2019/1023, de 20 de junio](#) (sobre reestructuración preventiva e insolvencia). En cambio, el [artículo 497.1.º del TRLC](#), de forma expresa, excluye del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho los créditos de derecho público y por alimentos.

De nuevo, el *marketing* vende humo. Frente al mantra «nadie quedará atrás», en un horizonte de futuro inmediato en el que centenares de miles de personas (emprendedoras, profesionales) necesitarán una segunda oportunidad real, el sueño del perdón de las deudas con el Estado se retrasa. Habrá que esperar a la trasposición de la directiva –que lo contempla– o a la declaración *ultra vires*, lo que parece más que probable –también aquí–.

9. Aspectos procesales de impacto sociolaboral: participación de personas trabajadoras en el concurso, incidente y recursos en el orden social

9.1. La participación en los procesos concursales de las personas trabajadoras y de sus representaciones sindicales

También en espera de la trasposición de la directiva, que da un papel mucho más relevante a la participación de las personas trabajadoras y sus representaciones en la gestión concursal (gobernanza colectiva social del concurso), el TRLC no contiene novedad alguna en esta materia. Fuera de la nueva sistemática, poco que reseñar. El [artículo 513 del TRLC](#) reproduce lo dispuesto en el [184.6 de la LC](#), remitiendo a la LRJS el régimen de representación y defensa de las personas trabajadoras en el concurso, incluidas las facultades atribuidas a profesionales graduados sociales y a los sindicatos. Sigue siendo, pues, el [artículo 118 de la LRJS](#) el que regule el derecho de las personas trabajadoras a comparecer en el concurso por sí mismas o mediante su representación conferida a profesionales jurídicos colegiados (o no: cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles), mientras que es el [artículo 20.1 de la LRJS](#) el que regula, como conocido, la participación a través de los sindicatos.

9.2. El incidente concursal en materia laboral

En el plano normativo no parece tampoco que haya novedad apreciable en tan relevante cuestión, aunque desde ciertas lecturas se ha evidenciado un intento –no culminado– de mejora de la redacción. Solo que el [artículo 195 de la LC](#) es ahora el [artículo 541 del TRLC](#). Incluye el ámbito de aplicación y el plazo para la interposición, antes previstos de una forma asistemática en el [artículo 64.8 de la LC](#). Lo más destacado, quizás, la previsión del plazo para la presentación de la demanda por el Fogasa: 1 mes –al igual que para las personas trabajadoras, si bien en estos casos desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial, introducido en 2011²³– desde que se le notifique el auto que resuelva el procedimiento concursal de regulación de empleo (sea de novación o de extinción colectivas; extinción contratos alta dirección). Asimismo, desaparece el límite anterior relativo a que solo podía ser recurrido el auto mercantil por las personas indicadas, no por las personas afectadas, sin que esa cuestión pudiera plantearse en el incidente concursal que quedaba limitado a la afectación estrictamente individual²⁴.

En nada varían los [trámites](#):

- demanda en los términos previstos en la LEC,
- intento de conciliación o avenencia,
- tramitación oral del incidente mediante la oportuna vista, y
- conclusiones orales tras la práctica de la prueba.

El [artículo 542.2 del TRLC](#) remite en materia de costas a la legislación procesal laboral, no a la LEC (como sí sucede para el resto de los incidentes concursales).

También aquí podemos realizar una crítica por defecto en el ejercicio de la potestad dada por la delegación legislativa, pues se ha dejado pasar la oportunidad para clarificar algunos de los temas dudosos en su aplicación. Entre ellos, por ejemplo, el relativo a si las solicitudes de la Administración concursal para moderar o aplazar la indemnización del alto directivo conforme a los [artículos 186.2 y 188 del TRLC](#) se tramitan a través de este incidente, puesto que

²³ Al respecto, *vid.* [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de octubre de 2017 \(rec. 145/2017\)](#) (no considera que haya prescrito la acción de demanda incidental concursal laboral, si bien sí excluye su competencia para enjuiciar la legitimidad del despido colectivo acordado en el auto del juzgado de lo mercantil por la sola invocación de que la empresa concursada pertenece a un grupo empresarial en el que hay empresas no concursadas y sin que se procediera a su llamada al procedimiento regulador de empleo, conforme prevé la LC).

²⁴ Aquí parece que es el TRLC el que se imbuye de la lógica laboral *ex artículo 124 de la LRJS*, no viceversa. Por tanto, derivando las reclamaciones individuales al incidente concursal y las colectivas al recurso de suplicación directo.

su tramitación carece de regulación concursal. La LC solo prevé la condición de demandado de esta respecto de las presentadas por el personal directivo, pero sin contemplar la posición actora. Queda claro que la ley refundidora tenía habilitación suficiente para ello, por cuanto se trata de una duda legal preexistente a resolver con una regla complementaria que la integre.

En el plano de la crítica por defecto, causa cierta perplejidad –más ante la atípica técnica de refundición– que se omita la regulación de uno de los aspectos más conflictivos en la práctica en relación con el recurso de suplicación: la consignación o aseguramiento de las cantidades a las que la empresa concursada haya sido condenada en el primer grado jurisdiccional cuando se interpone ese medio de impugnación. Ante el silencio de la ley, las empresas incursas en un proceso concursal deben cumplir con las obligaciones ex [artículo 230 de la LRJS \(STS de 25 de noviembre de 2014, rec. 857/2014\)](#), incluso con certificado de la Administración concursal de inclusión de las cantidades en el listado de créditos contra la masa. Esta doctrina jurisprudencial ha sido avalada por la constitucional (SSTC [166/2016, de 6 de octubre](#), y [173/2016, de 17 de octubre](#)).

9.3. Recursos judiciales en materia concursal laboral: reordenación sistemática, sin gran novedad sustantiva, pero no exenta de problemas

La continuidad preside también la regulación de los recursos concursales. El cambio mayor es, pues, de reordenación de los preceptos. La precedente dispersión se sustituye por unidad (el [art. 551 TRLC](#) integra las previsiones de los derogados arts. [197.8](#) y [64.8 LC](#)).

Se mantiene, pues, el recurso de suplicación social y los demás previstos en la LRJS, sin efecto suspensivo. Quizás pueda llamar la atención que se utilice una fórmula genérica para atribuir el conocimiento de los incidentes concursales: incidentes concursales sobre «acciones sociales». Tampoco aquí la ley de refundición ha cumplido con su facultad clarificadora, bien con reglas propias concretas, bien integrando otras o la propia doctrina jurisprudencial, pues mantiene el genérico concepto «acciones sociales», que puede inducir a error, dando a entender una vis expansiva que, realmente, no tiene. Así, la genérica expresión «acciones sociales» ex [artículo 551 del TRLC](#) requiere concretarse con el [artículo 53 del TRLC](#), que establece que el juez/a del concurso es competente para conocer de las «acciones sociales» con determinados objetos procesales. A saber:

- la modificación sustancial de las condiciones de trabajo,
- el traslado,
- el despido,
- la suspensión de contratos y la reducción de jornada,
- la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

En suma, queda claro que no cualquier cuestión en materia laboral derivada de estas resoluciones mercantiles con incidencia en las esferas de intereses de las personas trabajadoras como tales es susceptible de recurso de suplicación (por ejemplo, la impugnación de un crédito laboral; [ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 9/2013, de 19 de abril](#)). Ciertamente hubiera sido más preciso eliminar la cláusula genérica por una técnica de listado exhaustivo, pero hoy ya queda clara esta cuestión, al menos en sus aspectos más relevantes.

La legitimación para recurrir el auto concursal tampoco experimenta cambio²⁵. Así:

- la Administración concursal,
- concursado,
- personas trabajadoras a través de sus representantes,
- Fogasa,
- así como, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, aquellas entidades que lo integren.

10. Una breve referencia a la legislación excepcional: los ERTE por COVID en las empresas concursadas

La «legislación excepcional» no solo se ha preocupado de levantar diques de contención para frenar la esperada ola de concursos en el actual escenario de tragedias asociadas a la pandemia, también ha incluido algunas previsiones especiales para la gestión de los ERTE

²⁵ Por tanto –y tras la anterior lectura del [art. 541 TRLC](#)– es posible entender que las personas afectadas por la medida extintiva o novatoria tienen plena legitimación activa a través de incidente concursal laboral para negar la existencia de causa o las insuficiencias y carencias del periodo de negociación previo. Debe recordarse que en el debate judicial los límites de la acción individual del [artículo 124.13 de la LRJS](#) no tienen actualmente conclusiones cerradas. Concurren pronunciamientos en los que se declara la falta de acción (o de legitimación activa) de las personas asalariadas afectadas para debatir en sede judicial no tanto las pretendidas irregularidades cometidas en la esfera individual-contractual, sino las insertas en el terreno colectivo y, por tanto, en el periodo de consultas (procedimiento, documentación, buena fe, representación, etc.), en especial cuando este ha finalizado con acuerdo (SSTSJ de la [Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2014, rec. 1614/2014](#), y de [Madrid de 4 de noviembre de 2014, rec. 327/2014](#)); lo que es negado por otro sector de la doctrina de suplicación (SSTSJ de [Cataluña de 22 de septiembre de 2014, rec. 33/2014](#), con voto particular, y del [País Vasco de 18 de diciembre de 2012, rec. 2800/2012](#)). No hay unificación, pero la [STS 699/2018, de 2 de julio](#), con voto particular, sí ha incidido tangencialmente en el mismo al negar la legitimación de las personas individuales para debatir la existencia de justificación de las causas aducidas por la empresa en aquellos casos en los que estas han sido aceptadas por sus representantes. ¿Esos criterios judiciales –aun no unívocos– son también trasladables al ámbito concursal?

(por fuerza mayor y por causas empresariales) en situaciones de concurso de acreedores a efectos laborales. Así, atendiendo a la [disposición adicional décima del RDL 8/2020](#), la normativa aplicable no será ni el [artículo 64 de la LC](#) ni los artículos [170](#) y siguientes del TRLC, sino el ET con las especialidades previstas en los [artículos 22 a 28 del RDL 8/2020](#), así como en su [disposición adicional sexta \(disp. adic. décima.2\)](#). Conforme a la [disposición adicional décima](#) se fija un listado de especialidades para la tramitación y resolución de dichos procedimientos y que, en definitiva, buscan una mayor implicación de la Administración concursal, así como del órgano judicial de lo mercantil que conoce del procedimiento concursal.

11. Observación final sobre una «reforma concursal silenciosa», mientras tanto llega la reforma visible y ¿definitiva?

El inicio de esta primavera (que la pandemia y nuestra indolencia volverá a robarnos) pondrá fin a la «moratoria concursal» decretada (impuesta) por el Gobierno. El dique de contención cederá al alud (aunque la borrasca Filomena parezca entonces tan solo una pesadilla de infausto recuerdo) de concursos de empresas (y personas físicas –sobre todo en régimen autónomo–). El TRLC podrá mostrar, con el permiso de la nueva saturación judicial, si, en efecto, la elección gubernamental, de aclarar y sistematizar el derecho concursal preexistente antes de renovarlo –por imperativo comunitario–, ha sido la más adecuada o, quizás, la persistente crisis económica, que va en aumento, termina por neutralizarlo antes incluso de aplicarse de manera normalizada. ¿Si, como afirma, con más solemnidad que realidad, el preámbulo del TRLC, «la historia de la Ley concursal es la historia de sus reformas legales», no es también la confirmación de su estrepitoso y continuo fracaso? En el fondo, esta idea-temor subyace en el TRLC. De ahí que, pasada la moratoria y mientras tanto llega su nueva reforma, anunciada en el preámbulo, obligada por la trasposición (este verano) de la directiva comunitaria, intente aportar una nueva solución concursal para las crisis de empresa, provisional, pero con ánimo de innovación. Una voluntad ya, en sí misma, atípica, porque lleva al límite la delegación legislativa.

En el plano normativo amerita una doble crítica. Por exceso (al apurar las fronteras propias de técnica de la refundición las ha traspasado en más de una ocasión, queriendo hacer nuevo derecho sobre «reformas legales silenciosas») y por defecto (sin embargo, algunos aspectos que sí hubieran merecido integración no se han llevado a cabo). Es necesario insistir en que la técnica de la delegación legislativa del [artículo 82.5 de la Constitución española](#) no otorga al poder ejecutivo la facultad de «innovar libremente el ordenamiento» ([STC 13/1992, de 6 de febrero](#)), pero el TRLC lo ha ignorado en más de una ocasión, como se ha ilustrado en las páginas precedentes.

La mejora en sencillez y sistematicidad es evidente. La norma concursal tiende a destinar un artículo por cada materia, intitulándolo para dar transparencia y precisión a su objeto. Ahora bien, tampoco debe ignorarse que el coste de clarificación, y de la relativa mayor

sencillez de la redacción, ha sido la extensión absolutamente desmedida, difícil de justificar en una ley, que pretende ordenar una materia, no un «manual concursal» para formar al alumnado de las varias profesiones afectadas por este complejo e interdisciplinar ámbito jurídico-económico: donde antes había 252 artículos, ahora hay 752 (nada menos que 500 más, casi el triple). Desde luego, esta ley no tiene apego alguno por la máxima graciana («lo bueno, si breve, dos veces bueno»). De ahí que un solo artículo precedente mute en secciones y subsecciones.

Tan consciente es la ley de que la nueva sistemática, pese a la voluntad clarificadora, loable, tiene un cierto coste cognitivo y aplicativo que ha ordenado ([disp. adic. tercera TRLC](#)), a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y de Transformación Digital, como se dijo, elaborar una «tabla de correspondencias normativas» (típica técnica legislativa en las directivas de refundición, por ejemplo). Se trataría de una suerte de «hoja de búsqueda e identificación» del precepto ahora aplicable, para que la pretensión legislativa no terminara en un completo fiasco. Y ello por la dificultad derivada de localización de los «nuevos» preceptos que contienen el «viejo (antiguo)» derecho. Por supuesto, de forma «interina», en tanto se produce la trasposición del (verdaderamente) nuevo derecho de la Unión Europea.

Pero lo realmente criticable es lo numeroso de los excesos (*vicio ultra vires*) en los que habría incurrido y que no reiteramos aquí, pues han sido detenidamente explicados precedentemente, sea en el ámbito sustantivo (por ejemplo, equiparación de las novaciones de convenios extraestatutarios a los estatutarios), como, sobre todo, procesal concursal laboral (por ejemplo, competencia de lo mercantil para toda medida laboral colectiva, aunque de efecto individual, como las previstas en el [art. 47 ET](#), así como en materia de sucesión de empresa). En suma, no creo que su mayor deficiencia sea la provisionalidad o transitoriedad (o «inoportunidad»), sino las numerosas ocasiones en que ha incumplido su doble promesa de clarificar la norma sin extralimitarse creando derecho nuevo.

Es probable que más de una de sus novedades (ahora silenciosas) terminen cuestionadas en y por los tribunales, de modo que se abre una etapa de inseguridad jurídica adicional, cuando el fin de la refundición era, justamente, el contrario. No es inesperado, sino buscado. La mejora de la «mano redactora» de las cuestiones laborales, que parece conocer mejor que las redacciones precedentes, convive con un nuevo intento de sometimiento a la lógica mercantil del concurso, cuyo interés se refuerza como criterio hermenéutico superior y con vocación absolutista. En suma, distinta letra (a veces rectificadora de la jurisprudencia social –incluso de la civil–), semejante fin o espíritu de dar preferencia a la lógica concursal sobre la laboral para la gestión de las relaciones de trabajo en estructuras empresariales en situación de insolvencia, e incluso de riesgo cierto de incurrir en ella. Habrá que esperar, una vez más, a ocasión más feliz, para poder contar con un derecho concursal en general, y un derecho concursal laboral en particular, tomado en serio. La directiva así lo pretende. Ya se verá.



Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, María Teresa. (2020). Y también en medio de la tempestad... reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 153, 63-100.
- Cano Marco, Francisco. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal* (3.ª ed.). La Ley.
- Falguera Baró, Miguel Ángel y Serna Calvo, Mar. (2020). [El nuevo texto refundido de la Ley concursal: los cambios que afectan al derecho del trabajo y de la Seguridad Social](#). *Ciudad del Trabajo*, 34, 43-79.
- Montoya Melgar, Alfredo. (2015). *Derecho laboral concursal* (2.ª ed.). Civitas.
- Palomo Balda, Emilio. (2020). *Trabajadores y empresas en concurso. Soluciones en las jurisdicciones civil (mercantil) y social*. Lefebvre.
- Puebla Pinilla, Ana de la y Mercader Uguina, Jesús R. (11 de diciembre de 2020). La nueva Ley concursal a debate: ¿vuelve la polémica sobre la sucesión de empresas en el concurso? *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/12/la-nueva-ley-concursal-debate-vuelve-la.html>.
- UGT. (2020). *El concurso y el ámbito laboral. Guía práctica concursal* (partes I, II, III). <https://servicioestudiosugt.com/archivo-analisis/>.



Transmisión de empresa y cláusulas ambientales en la contratación pública: el TJUE abre la puerta a la sucesión de plantilla sin cesión de infraestructuras no sostenibles

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18](#)

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

Extracto

Ante un supuesto de una nueva empresa adjudicataria de un servicio de transporte de autobuses en zonas rurales que no adquiere la flota de vehículos de su predecesora por no cumplir las exigencias medioambientales del pliego de condiciones, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020 introduce un cambio de criterio en su doctrina *Liikenne*, aunque no reconocido.

Palabras clave: sucesión de empresas; cláusulas medioambientales; cambio de criterio.

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Transmisión de empresa y cláusulas ambientales en la contratación pública: el TJUE abre la puerta a la sucesión de plantilla sin cesión de infraestructuras no sostenibles. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 211-219.

Transfer of the company and environmental clauses in public procurement: the CJEU opens the door to the succession of the workforce without cession of non-sustainable infrastructures

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2020, case C-298/18

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The case refers to a new company awarded a bus transport service in rural areas that doesn't acquire the vehicle fleet of its predecessor because doesn't meet the environmental requirements of the specifications. The judgment of the Court of Justice of the European Union of February 27, 2020, introduces a change of criterion in its Liikenne doctrine, isn't recognized.

Keywords: transfer of the company; environmental clauses; change of criterion.

Citation: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Transfer of the company and environmental clauses in public procurement: the CJEU opens the door to the succession of the workforce without cession of non-sustainable infrastructures. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2020, case C-298/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 211-219.

1. Marco normativo: economía inclusiva y cláusulas ambientales en la contratación pública socialmente orientada

Actualmente, todo gran acuerdo –nacional, comunitario o mundial– para la recuperación económica en el contexto de salida de las consecuencias de la pandemia y de avance hacia los [objetivos de desarrollo sostenible](#) se vincula a tres exigencias: «verde», «digital» e «inclusivo». Así, la «economía VDI» debe marcar la salida tanto de la emergencia pandémica, como de la emergencia climática.

Algunos sectores de producción han contribuido de manera importante a esta degradación del planeta, como es el sector del transporte, si bien con el desarrollo de la digitalización en la logística –economía propia de las plataformas digitales– parece haberse mejorado la eficiencia energética. Con todo, se hace necesario instrumentalizar todas las políticas –públicas y privadas–, de todos los sectores, en aras de la reducción de emisiones y mejora de la sostenibilidad ambiental.

Por lo que respecta al sector público, la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público (LCSP), que traspone las Directivas del Parlamento y del Consejo [2014/23/UE](#) y [2014/24/UE](#), de 26 de febrero, en su artículo 1, promueve incorporar, «de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales [...] que guarde[n] relación con el objeto del contrato». Estas cláusulas sociales y ambientales también están omnipresentes en la LCSP. Entre los principales preceptos sobre la materia, destacan el [artículo 127](#) –obligaciones de etiquetado social y/o verde «en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato»–, el [artículo 129](#) –obligaciones de información sobre aspectos relativos a la protección medioambiental, empleo y condiciones laborales y de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad–, en línea con el artículo 130 –información sobre obligaciones de subrogación en el contrato de trabajo–, el [artículo 145.2.1.º](#) –inclusión de criterios ambientales y/o sociales para valorar la mejor relación calidad-precio de ofertas presentadas–, el [artículo 149.4](#) –facultad de exclusión de las ofertas anormalmente bajas por vulneración de las normas ambientales, sociales y laborales–, y el [artículo 202](#) –condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ambiental, laboral...–.

No obstante, no cabe considerar propiamente como cláusulas sociales las relativas a la subrogación en los contratos de trabajo, por lo que esta solo puede tener:

- a) fundamento legal –como es el [art. 44 Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), trasposición, a su vez, de la [Directiva 2001/23/CE](#), o el [art. 75 Ley 16/1987, de 30 de](#)

julio, de ordenación de los transportes terrestres, que requiere del pliego de condiciones imponer a la nueva entidad adjudicataria la obligación de subrogarse en la relación laboral– o

- b) fuente convencional colectiva, para supuestos diferentes a los previstos en el [artículo 44 del ET](#), u otra fuente legislativa –como las cada vez más frecuentes sucesiones de contratas–.

De este modo, se excluye la legitimación de los pliegos para imponer la subrogación al margen de norma legal o convencional –[art. 130 LCSP](#)–, tras la rectificación de la jurisprudencia social que sí la avalaba.

El complejo marco normativo expuesto interacciona a favor de un efecto sinérgico entre el plano ambiental –sostenibilidad– y el laboral –transmisión de empresa–, como se verá.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La empresa que gestionaba el servicio de transportes de una zona rural alemana decidió no seguir optando a dicha licitación debido a que la entidad adjudicadora modificó los pliegos de condiciones, entre otras cuestiones, para cumplir exigencias medioambientales, no siéndole posible a aquella, en atención a las nuevas condiciones, presentar una oferta económicamente viable. Esta decisión supuso el cese de actividad y, por lo tanto, la extinción de los contratos de las personas trabajadoras a su servicio, alcanzando un acuerdo de reorganización y plan social con el comité de empresa, en virtud del cual preveía el pago de indemnizaciones por despido en caso de que la nueva entidad adjudicataria no presentase una oferta de contratación o de que se produjeran pérdidas en la retribución.

El contrato de servicios de transporte público de autobuses fue adjudicado a otra empresa que, a fin de ejecutarlo, creó una filial, cuyo capital posee íntegramente, contratando, a su vez, a la gran mayoría del personal conductor y de gestión de la empresa saliente. Con todo, la empresa entrante en la contrata expresó su intención de no comprar ni de arrendar los autobuses, las cocheras y demás instalaciones de explotación, al considerarlos obsoletos e insostenibles ambientalmente, y, asimismo, rechazó sus talleres, al preferir otros más especializados. Estas decisiones responden a su obligación de cumplir estrictamente con las nuevas normas técnicas –límite de antigüedad de los vehículos de menos de 15 años, cuando los actuales ya tenían 13, y accesibilidad mediante plataforma baja–, así como medioambientales –valores de emisión inferiores, a tenor de la nueva norma ambiental «Euro 6»–, impuestas por el ente adjudicador. En consecuencia, la empresa adjudicataria aduce que, ni en términos de sostenibilidad ambiental del negocio económico ni con base en las exigencias jurídicas de necesario respeto a las prescripciones técnicas y cláusulas ambientales de la licitación pública, es razonablemente posible adquirir la infraestructura de explotación precedente.

En este escenario, una persona trabajadora que ha sido contratada por la nueva empresa reclama el reconocimiento de la antigüedad desde el inicio de la relación contractual con la adjudicataria saliente, por entender que existe una cesión o transmisión de empresa en sentido de la [Directiva 2001/23/CE](#) (en este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 6 de abril de 2017, asunto C-336/15). Por su parte, otra, que no ha sido contratada por la empresa entrante, demanda por despido a la saliente que, a su vez, rechaza su responsabilidad al derivarla a la entrante ex [Directiva 2001/23](#).

A juicio de la empresa saliente, el modelo de negocio implicado depende, más que de los vehículos, de la cualificación y especialización de las personas conductoras, porque no solo deben disponer de un permiso especial válido, sino que han de tener un notorio conocimiento de la red de rutas, así como de los itinerarios y horarios de las líneas de autobuses regionales. Considera, en consecuencia, que las personas conductoras son las que caracterizan la entidad económica.

No obstante, la empresa entrante mantiene que ha actuado lícitamente, puesto que no se trata de una transmisión de empresa ex [Directiva 2001/23](#). Así, señala que, conforme a la doctrina *Liikenne* ([Sentencia de 25 de enero de 2011, asunto C-172/99](#)) establecida por el Tribunal de Justicia Europeo, se trata de una actividad económica que requiere una infraestructura productiva fuerte –autobuses– y esta procede de sus propias inversiones, pues la precedente es insostenible y, por tanto, improductiva, razón por la que ha debido adquirir otra nueva, adecuada a las exigencias de explotación del servicio público adjudicado.

El tribunal laboral que conoció en primera instancia el caso albergaba dudas, pues, a su juicio, la empresa saliente había tomado una solución económica, ambiental y jurídicamente razonable, en atención a las condiciones de la licitación pública, por lo que debería serle aplicable la [doctrina Liikenne](#). No obstante, paralelamente consideraba que, dadas las especificidades del servicio público rural de transporte, también sería razonable concluir que en estos casos concretos el TJUE alcanzaría otra solución diferente a su precedente, en aras de adaptar más adecuadamente la protección de los derechos laborales a la especialidad del servicio. Es por ello que planteó al TJUE dos cuestiones vinculadas: por una parte, si en este caso particular de cumplimiento de exigencias sociales y ambientales, la falta de cesión de los activos esenciales –autobuses– puede considerarse transmisión de empresa, dado que han perdido su valor determinante por los condicionantes técnicos, sociales y ambientales; y por otra, si por esa misma razón, siendo más valioso el bagaje de conocimientos del personal, podría apreciarse en este caso una excepción a la [doctrina Liikenne](#).

3. Claves de la doctrina judicial

En este caso, de indudable complejidad, el TJUE no da respuesta a la cuestión planteada, sino que remite la decisión final al órgano judicial inquiriente. No obstante, le proporciona una pauta interpretativa que, en parte, se aparta de su precedente, tratando de

conciliar dos líneas doctrinales propias que, aunque parecían bien diferenciadas, ahora parecen aproximarse.

Así, considera el TJUE en la [sentencia comentada](#) que el artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#) del Consejo, de 12 de marzo, debe interpretarse en el sentido de que:

[...] cuando, en virtud de un procedimiento de contratación pública, una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, el hecho de que, debido a requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, esta entidad no adquiera dichos medios, propiedad de la entidad económica que ejercía anteriormente esa actividad, no obsta necesariamente a que la reanudación de la actividad pueda calificarse de transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho [...] permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso: la doctrina del TJUE sobre transmisión de empresa en actividades materializadas

4.1. Una dimensión estrictamente laboral: la «doctrina gris»

Es indudable la trascendencia teórica y práctica de la cuestión planteada, así como la incertidumbre que crea la [sentencia comentada](#). Ello es así porque, siguiendo su tradición, el TJUE nunca admite evoluciones disruptivas, por lo que, con mayor o menor fortuna, trata de presentar las innovaciones como una deriva estricta de su derecho de precedentes, como sucede en este caso, lo que complica las decisiones nacionales.

De la lectura del razonamiento y el fallo de la [Sentencia de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, Liikenne](#), se infiere claramente que el servicio de transporte público en autobús –en el caso, la explotación de líneas de autobuses locales regulares– es una actividad basada en recursos y activos tangibles, y no en el capital intangible o inmaterial que supone el recurso intensivo al factor trabajo. Por lo tanto, si no hay cesión de los autobuses, en principio, no se produciría transmisión de empresa. Al respecto, en esta, a diferencia de la [sentencia analizada](#), el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) era muy directo al afirmar que, «en una situación como la del litigio principal, la Directiva 77/187 no se aplica cuando no existe transmisión de elementos materiales significativos entre las dos empresas antes mencionadas».

Asimismo, en sus apartados 39, 42 y 43, el tribunal insistía en la centralidad del factor capital sobre el trabajo y, aunque asumía la eventual posibilidad de una transmisión

si mediaba un activo inmaterial más valioso (clientela, *vid.* [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodič](#)), cerró la cuestión concluyentemente. En este sentido, señaló en su apartado 42 que:

Sin embargo, en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que esta no conserva su identidad.

Aun no admitido, el giro dado en este tema en la [Sentencia de 27 de febrero de 2020](#) es evidente, aunque insiste en que la [Sentencia de 2001](#) solo dijo que:

[...] la inexistencia de transmisión [...] de los elementos materiales [...] constituye una circunstancia que ha de tomarse en consideración, [pero que de ello] no cabe inferir de dicho apartado que la asunción de los autobuses deba considerarse, *in abstracto*, como el único factor determinante de una transmisión [...] en el transporte público de viajeros en autobús.

De este modo, reinventa su precedente, obviando por completo la claridad y contundencia de la respuesta que este proporcionaba. Es cierto que el TJUE viene afirmando que la calificación de una cesión de activos como transmisión de empresa depende del conjunto de circunstancias del caso concreto –clásico recurso de la norma del caso concreto para poder acondicionar una doctrina general a una decisión y la contraria– ([Sentencia del TJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco](#)). Ahora bien –y aquí reside la segunda razón de la trascendencia que tiene, paralela a la perplejidad que genera, esta interpretación–, hasta ahora, no había mezclado las doctrinas relativas a actividades basadas en activos tangibles o materiales y la fundamentada en activos intangibles o inmateriales. Por lo tanto, lo que parecía una doctrina dicotómica y nítida se convierte en una «zona gris», pues no da una respuesta al órgano nacional, sino que, más bien, le torna confusa la decisión –clara– con que contaba basada en el precedente.

Así, hasta [esta sentencia](#) sostenía que la explotación de «actividades materializadas», una vez sean calificadas como tales, requiere cesión de tales activos en cantidad suficiente para mantener la identidad económica y aplicar la garantía de transmisión de empresa, mientras que las actividades basadas en la explotación intensiva del factor trabajo, por lo tanto desmaterializadas, podrían limitarse a la cesión de una parte significativa de la plantilla –sucesión de plantilla–, para aplicar la garantía de transmisión (así, [STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, Clece](#)). Pues bien, la [STJUE de 27 de febrero de 2020](#) opera una fusión de criterios, al aceptar que en una actividad materializada la sola sucesión de plantilla valga para identificar el presupuesto aplicativo de la directiva –[art. 44 ET](#),

en España–, si es el criterio clave para mantener la actividad. Con ello, además de introducir confusión, carga sobre el órgano que pregunta la determinación de si la inexistencia de transmisión de los medios de explotación –los autobuses– se opone a la calificación de transmisión de empresa. Así, entiende que si la ausencia –por imposición contractual externa– de esta transmisión de los activos materiales en actividad intensiva en los mismos no impide ya la transmisión de empresa, deberá tener en cuenta el hecho de la contratación de la mayor parte de las personas conductoras para calificar la operación.

En suma, por lo que respecta a su posible trascendencia en la experiencia española, probablemente implique una importante rectificación jurisprudencial, o al menos una nueva matización, rompiendo la cierta estabilidad alcanzada tras la consolidación del criterio de la doctrina comunitaria [Somoza Hermo](#) en la jurisprudencia interna (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 937/2018, de 26 de octubre](#)), sin perjuicio de los recurrentes problemas generados en el marco de la sucesión de contratatas, en especial en el sector público (por ejemplo, [SSTS 148/2020, de 18 de febrero](#) –que libera de la subrogación por incumplimiento de requisitos formales–; [818/2020, de 30 de septiembre](#) –que libera a la empresa entrante de la subrogación convencional al no imputarle el incumplimiento de los requisitos fijados–; o [1028/2020, de 25 de noviembre](#) –para la reversión de servicios públicos–, entre otras).

4.2. Dimensión laboral de la cuestión ambiental: las obligaciones ambientales como factor de innovación del concepto de transmisión de empresa

Una tercera razón por la que se ha considerado de enorme trascendencia esta decisión jurisprudencial es que en ella se evidencia la interrelación entre la cuestión social ambiental y la cuestión social del trabajo.

De este modo, aunque en el sector de la contratación pública tiende a distinguirse netamente entre las «cláusulas sociolaborales» y las «cláusulas ambientales», si bien las normas tienden a enunciarlas de forma simultánea, la realidad laboral muestra su estrecha conexión. En este caso, el factor principal para que el TJUE haya sometido su jurisprudencia sobre el concepto de transmisión de empresa a una importante y conflictiva revisión –aunque, como se ha apuntado, sin reconocerlo– está en la imposición de cláusulas ambientales a través de los pliegos incluidos en la licitación, que recogen la exigencia de que el modelo de negocio responda al imperativo de sostenibilidad ambiental. Como indicara la abogada general en el punto 54 de sus [conclusiones](#), la razón de ser principal de este deriva respecto del precedente [Liikenne](#) es este factor externo de significación jurídica y económica, ausente en aquel, que son los imperativos ambientales que basan la decisión de no adquirir los autobuses.

El deber de cumplir con las normas ambientales por imposición en los pliegos actuaría como criterio de excepción a la regla, según la cual la falta de transmisión de activos en una actividad materializada obstaría la reanudación de la actividad como una auténtica «transmisión de empresa» (art. 1.1 [Directiva 2001/23](#)) –pues debe recordarse que el [art. 130 LCSP](#) no le otorga valor para imponer obligación de subrogación, según un criterio ahora convergente–. En consecuencia, las normas ambientales, y el imperativo de sostenibilidad ambiental que estas traslucen, constituyen, por esta vía, una auténtica nueva garantía de seguridad sociolaboral.

Es cierto que esta sola interacción entre lo ambiental y lo laboral no basta para forjar esta renovada garantía de estabilidad de las personas trabajadoras, pues también se precisa que concurra una circunstancia típicamente laboral, como es que estas tengan significativos conocimientos profesionales, cualificación y experiencia. En cualquier caso, parece que perfila una nueva vía de seguridad laboral en estos supuestos estrechamente vinculada al desarrollo de la actividad empresarial ambientalmente sostenible.

Un giro esperado del Tribunal Supremo: de la duración de la contrata a la actividad permanente de la contratista

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 1137/2020](#),
de 29 de diciembre

Beatriz García Celaá

Magistrada del Juzgado de lo Social número 3 de Bizkaia

Extracto

Durante más de 20 años, el Tribunal Supremo español ha permitido una vía de contratación temporal por obra o servicio determinado no prevista en la ley: el contrato de obra vinculado a una contrata mercantil. De este modo, la jurisprudencia contribuía al exceso de temporalidad que sufre nuestro mercado de trabajo. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1137/2020, de 29 de diciembre, ha dado el giro esperado y corrige su doctrina. Los juzgados de lo social ya empiezan a aplicarla y sus consecuencias son muy importantes. Este análisis así lo evidencia.

Palabras clave: contratos temporales; contrato de obra o servicio determinado; empresas-red; seguridad en el empleo.

Cómo citar: García Celaá, Beatriz. (2021). Un giro esperado del Tribunal Supremo: de la duración de la contrata a la actividad permanente de la contratista. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1137/2020, de 29 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 220-229.

An expected turn of the Supreme Court: from the duration of the commercial contract to the permanent activity of the contractor company

Commentary on Supreme Court ruling 1137/2020
of 29 December

Beatriz García Celaá

Abstract

For more than 20 years, the Spanish Supreme Court has allowed a temporary employment contract for a specific work or service not provided for by law: the work contract linked to a commercial contract. In this way, social jurisprudence contributed to the excess of temporality that our labor market suffers. However, the STS 1137/2020, of December 29, has taken the expected turn and corrects its doctrine. The social courts are already beginning to apply it and its consequences are very important. This analysis shows it.

Keywords: temporary employment contracts; specific work or service contract; company networks; job security.

Citation: García Celaá, Beatriz. (2021). An expected turn of the Supreme Court: from the duration of the commercial contract to the permanent activity of the contractor company. Commentary on Supreme Court ruling 1137/2020 of 29 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 220-229.

1. Marco normativo: ¿excepcionalidad de la contratación temporal?

Partimos del dato básico de que en nuestro ordenamiento laboral el contrato de trabajo ha de ser siempre de duración indefinida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta regla general cede, permitiéndose excepcionalmente la contratación temporal, en los supuestos expresamente previstos en la ley y solo si se cumplen los requisitos. En caso contrario, el contrato temporal se tendrá en fraude de ley y deviene, por tanto, una relación laboral indefinida.

El artículo 15.1 a) del ET (modificado en 2010, para establecer un límite de duración máxima de 3 años, como norma, o 4, de mediar regla convencional) permite, entre las modalidades de contratación temporal de las llamadas «estructurales» (quedan fuera aquí las «coyunturales» o por razón de mercado, que responden a otra lógica de política jurídica diversa), la muy tradicional de obra o servicio determinado. Su configuración jurídica y requisitos son básicamente –conforme a reiterada jurisprudencia–:

- que la obra o servicio presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;
- que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea de duración incierta;
- que en el contrato se especifique e identifique, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y
- que la persona trabajadora sea normalmente ocupada en la ejecución de aquella, no en tareas distintas (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 457/2018, de 27 de abril).

Si, con carácter general, la concreción práctica de estas condiciones de validez no ha sido nunca pacífica, de ahí la enorme conflictividad judicial de esta modalidad temporal, de largo la más utilizada en el mercado de trabajo español, las dificultades alcanzan su máxima expresión en el ámbito de las «contratas mercantiles». La conjunción del objeto del contrato de obra o servicio determinado con la duración de la contrata supuso un canal de flexibilización extrema de la contratación temporal, fuente de problemas.

Precisamente, la STS 1137/2020, de 29 de diciembre, parece ser ya –ha costado– plenamente consciente del extraordinario boquete de temporalidad que abrió y ha decidido dar un viraje copernicano a su doctrina jurisprudencial, aquilatada en más de 3 décadas de

copiosa producción. Este cambio radical de posición jurisprudencial no viene solo, sino que se inserta en una tendencia más amplia de la propia sala a retornar a aquella visión legal sencilla (en la teoría, en la práctica seguirá siendo más sombría) de la regla que ha de regir esta materia: la empresa que recurra a la temporalidad deberá justificar la causa de forma precisa, excluyendo la justificación basada en atender a las actividades reiteradamente subcontratadas por una empresa tercera comitente.

2. El supuesto de hecho: extinguida o reducida la contrata, cesada la persona trabajadora

Un trabajador venía prestando servicios para la empresa Masa Puertollano, SA, con una antigüedad de fecha 1 de marzo de 2000. El centro de trabajo era la central térmica de Elcogas, SA, en Puertollano. Aquel 1 de marzo de 2000 el contrato de trabajo de duración determinada, y hasta fin de obra (mantenimiento mecánico, eléctrico e instrumentación y control de áreas de gasificación y ASU, y modificaciones/repación contrato suscrito con Elcogas), se firmó con la mercantil Babcock Montajes, SA, mientras que el 27 de abril de 2006 firmó con ella una modificación del objeto como consecuencia de la adjudicación a Babcock Montajes, SA, de un nuevo contrato mercantil por parte de Elcogas. El día 1 de junio de 2008, Masa Puertollano, SA, resultó adjudicataria de aquel servicio de mantenimiento, sucediendo a Babcock Montajes, SA. El trabajador continuó con su actual contrato, subrogándose la nueva adjudicataria en los contratos de las personas trabajadoras adscritas a la contrata mercantil.

La empresa Masa Puertollano comunica al trabajador el 31 de agosto la finalización de la contrata, por el cese de la explotación de la central y, por tal causa, su cese. El trabajador demanda por despido siendo declarado procedente en la instancia y, recurrida la sentencia en suplicación, la sala social castellano-manchega la revocará, declarando el despido improcedente. Contra esta resolución jurisdiccional recurrirá la empresa, en unificación de doctrina, por entenderla contraria a otra de la misma sala de casi una década antes ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 195/2009, de 5 de febrero](#)).

3. Doctrina jurisprudencial: razones jurídicas para la corrección de su posición tradicional

La [sentencia del TS aquí analizada](#), tras admitir el recurso de unificación y valorar la existencia de contradicción, lo desestimarán, atendiendo al motivo de fondo (tampoco estimará los dos motivos por razones procesales presentados en el recurso). Asume como doctrina correcta la que rechaza como causa justificativa del cese-despido para un contrato de obra o servicio determinado la finalización de la contrata a la que estaba adscrita la persona trabajadora. Con ello, lo explicita la Sala Social del TS, asume un viraje notable en

su consolidada doctrina jurisprudencial, que había identificado la causa temporal no con el objeto en sí mismo del contrato, sino con la duración temporal de la contrata. En términos sencillos, vendría a decir: a contrata temporal, contratos temporales (obra o servicio determinado), por más que la actividad desarrollada sea permanente. No es esta la regla legal que, como se recordó brevemente, es distinta: a actividad temporal, contrato temporal; a actividad permanente, contrato indefinido («permanente»).

La inversión de la regla legal cuenta con hondas raíces, remontándose a la última década del siglo pasado (tiende a identificarse con la [STS de 15 de enero de 1997, rec. 3827/1995](#)). Y se ha mantenido, con algunas matizaciones, prácticamente inalterada hasta hoy. Así las cosas, la duración del contrato ha venido quedando vinculada a la duración de la contrata, siendo la finalización de esta la causa única válida de extinción de los contratos de las personas trabajadoras (*vid.* [SSTS 274/2020 y 320/2020](#), de 6 y 13 de mayo, respectivamente, y [660/2020, de 16 de julio](#)).

Advertíamos de que esta inveterada doctrina no permaneció pétrea, sino que vio algunas modulaciones o precisiones, siempre sin alterar la regla de cuño jurisprudencial (la temporalidad se vincula a la duración de la contrata, no al objeto propiamente de la prestación, una actividad permanente). Entre ellas destacamos:

- La disminución de la contrata no puede ser causa justa de extinción válida del contrato temporal, salvo que así lo prevea o el convenio colectivo o el contrato de trabajo y resulte proporcionada o razonable. En otro caso, procede el despido objetivo ([STS de 16 de julio de 2014, rec. 1777/2013](#)).
- Las novaciones sobrevenidas en la contrata-subcontrata alteran el objeto del contrato de trabajo, desnaturalizándolo por la larga y novada duración ([STS 784/2018, de 19 de julio](#)).

Aunque en esta última matización jurisprudencial, de signo opuesto, como vemos, a la primera indicada, ya se intuían las dudas de la sala del TS sobre la solvencia de su tesis «histórica», de su doctrina tradicional, se mantuvo en lo sustancial, como recordamos. Sin embargo, será la citada [STS de 29 de diciembre de 2020](#) la que, en Pleno y sin voto particular, por unanimidad, se haya aprestado a levantar su acta de defunción. Ahora, se desplaza el punto de mira. Ya no será más la duración temporal del contrato mercantil firmado entre las dos empresas –principal y contrata–, sino la actividad permanente de la contrata y que no es otra que la prestación de servicios a terceras empresas, en virtud de los contratos mercantiles que se firman. Así sucederá, al menos, cuando los mismos no tengan un objeto específico o concreto, sino la prestación de un servicio mantenido en el tiempo. Un servicio que, de prestarse por la empresa principal, siempre daría lugar a la contratación indefinida de su plantilla, no a contratos temporales.

Para fundamentar tan trascendental cambio jurisprudencial utilizará tres razones jurídicas, básicamente. A saber:

- Por un lado, el núcleo de actividad propio de las contratas empleadoras de las personas trabajadoras. A actividad permanente –principal–, contrato indefinido.
- La condición contractual que hubieran obtenido las personas trabajadoras en la empresa principal de no haberse seguido una técnica de externalización de la actividad (contratas o subcontratas), esto es, si no hubiese optado por una forma de gestión indirecta de las relaciones de trabajo (relación triangular), sino una forma de gestión directa (relación bilateral).
- La necesidad de garantizar el efecto útil del derecho de la Unión Europea, que en su construcción precedente se quebraba¹. Muy sugerente es la conexión que hace la sala, siguiendo el enfoque comunitario (pero que está también en la Organización Internacional del Trabajo y su estándar de trabajo decente) entre «calidad de empleo» y «calidad de vida» de las personas empleadas.

4. Trascendencia más allá del caso: su efecto multiplicador ante las disminuciones de los servicios generadas por la COVID-19

4.1. Las innovaciones conceptuales y valorativas de la doctrina jurisprudencial: ¿neutraliza el TS la ventaja competitiva de la externalización?

De la enorme trascendencia, teórica y práctica, de esta sentencia se han hecho eco profusamente los medios. En sí misma, el impacto jurídico y económico que tiene es de una gran magnitud y no pueden sorprender las encontradas reacciones que ha tenido, de entusiasta aceptación en el ámbito sindical y de jarro de agua fría en el empresarial.

Ahora bien, más allá del cambio de doctrina en sí, *per se* muy relevante, las razones que subyacen a ese giro pueden anunciar innovaciones aún más profundas, y de alcance final aún incierto, como es el trabajo externalizado o de gestión indirecta. En cualquier caso, de extraordinaria significación es el énfasis que ha puesto en el concepto-criterio de «actividad permanente contratista», centrándose en una comprensión jurídico-económica material, por encima de la jurídico-contractual o formal, en el plano laboral y en el mercantil. En efecto, el contrato de trabajo debería vincularse a la actividad de servicios que se presta y si esa actividad es permanente, pese a realizarse a través de una pluralidad de relaciones contractuales mercantiles, no se puede descomponer lícitamente en una pluralidad de obras o servicios diferenciados «de la propia actividad de la contrata», núcleo de la actividad contratista.

¹ Una vez más emerge el protagonismo de la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio](#) (sobre el trabajo de duración determinada).

Por supuesto, la sala del TS, evitando pecar de excesiva inflexibilidad, no ignora que estas empresas de servicios también pueden realizar contrataciones temporales, lo que ni le veta ni puede. Así sucederá cuando se trate de prestar servicios puntuales a una tercera empresa o particular con identidad concreta que sí comprenda los elementos exigidos en el [artículo 15 del ET](#) y antes recordados. Así podría ser, por ejemplo, para la reparación de una máquina concreta sin tener el servicio de mantenimiento general contratado, la limpieza final en la reforma de una vivienda o un servicio de seguridad de un concierto sin tener el servicio de seguridad de las instalaciones a lo largo del año.

Justamente, la Sala Social del TS parece adelantar que los problemas derivados para estas contrataciones temporales se refieren principalmente a contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (RDL) [10/2010](#) y la [Ley 35/2010](#). Y ello porque el actual [artículo 15.1 a\) del ET](#) establece –como se recordó– la limitación a 3 años (máximo 4, si hay previsión convencional) de los contratos de obra o servicio determinado. Tras dicho plazo, las personas trabajadoras deben adquirir, por imperativo legal, la condición de personas trabajadoras fijas de la empresa, lo que evitaría la perpetuación de esta contratación temporal justificada por la contrata.

Sin embargo, y aunque la actual regulación del [artículo 15.1 a\) del ET](#) cumple su finalidad de limitar la consideración de temporales de las contrataciones dilatadas en el tiempo, esta circunstancia, a mi modo de entender, no implica la no aplicación de la doctrina emanada de esta sentencia del TS a contratos posteriores que tengan por objeto la ejecución de una contrata y cuya duración no supere el plazo máximo legalmente establecido. Encontramos aquí un paso más en el que avanza la [sentencia de nuestro comentario](#), de modo que ahora deja claro que la «contrata» propiamente dicha no tiene la condición de contrato de obra o servicio determinado y no puede justificar la contratación temporal cualquiera que sea la duración del contrato. Por lo tanto, es aplicable a todos los contratos anteriores o posteriores cuando se acredite que la obra objeto de la contrata es una obra de servicio permanente de la cliente y actividad ordinaria de la contrata y no tiene la individualidad propia y característica de una obra o servicio limitado en el tiempo identificado y concreto.

Realmente, por el efecto subrogatorio, solo se va a producir un supuesto extintivo en el caso de que la empresa cliente decida el cese del servicio. Así sucederá bien por no ser necesario, bien por haber asumido ella misma esta actividad que antes subcontrataba, o bien por cierre de la empresa cliente (como ocurre en el caso analizado). De este modo, lo que viene a ocurrir en la práctica es que estos servicios se mantienen en el tiempo dentro del ciclo productivo de la empresa cliente y las varias empresas adjudicatarias de la contrata se van sucediendo en el tiempo y proceden a subrogar a las personas que estaban adscritas al mismo (porque así lo prevé el contrato de adjudicación, el pliego administrativo –lo que, a tenor del [art. 130 Ley de contratos del sector público](#), es más discutible– o el convenio aplicable), permaneciendo mientras dure el servicio.

4.2. La doctrina judicial ya ha recogido el guante lanzado por la jurisprudencial: una aplicación pionera con efecto multiplicador en la crisis pandémica

No ha tardado en tener la debida respuesta esta doctrina jurisprudencial en niveles inferiores de la jurisdicción, por donde comienza a reconstruirse el nuevo traje jurídico para la contratación temporal en contratas mercantiles. La primera sentencia que vino a recoger el guante ha sido la [Sentencia del Juzgado Social \(SJS\) número 3 de Bizkaia 9/2021, de 4 de enero](#), que atendiendo a lo establecido por el Pleno del TS declara la nulidad del despido de un trabajador que, curiosamente, se llevó a cabo 1 día antes de que entrara en vigor el [RDL 8/2020](#): el 17 de marzo de 2020.

Brevemente, el supuesto es el siguiente. La empleadora Andamios y Sistemas Tubulares es una empresa que tiene por objeto el montaje, desmontaje y alquiler de andamios para la construcción y la industria en general. Desde el año 2018 presta estos servicios para Petronor (Bizkaia), habiéndose subrogado en parte de la plantilla que realizaba este servicio en las instalaciones de la empresa cliente. El 1 de octubre de 2019, la empresa es adjudicataria de un contrato marco a nivel nacional, que comprende, entre otras plantas, la refinería de Petronor en Bizkaia, con vigencia 2019-2022, manteniendo a través de un nuevo contrato el servicio de andamiaje que ya prestaba desde 2018. En el servicio existen 28 personas trabajadoras (unas subrogadas de la contrata anterior, otras indefinidas y otras temporales para prestar los servicios en virtud del contrato de andamiaje firmado).

Petronor comunica a la contrata con efectos desde el 17 de marzo de 2020 que, como consecuencia de la COVID-19, se van a reducir, en un 40 % de lo contratado, los servicios de andamiaje derivados del contrato firmado. La empleadora, como consecuencia de la reducción comunicada, procede a extinguir el contrato de 12 personas trabajadoras contratadas con contrato de obra o servicio determinado en la planta de Petronor. En los contratos se establecía como causa de cese «la finalización o disminución significativa de la actividad del mismo».

Una de las personas trabajadoras afectadas por el despido solicita la nulidad por varias causas:

- la –eventual– «prohibición» de despido por causas vinculadas a la COVID-19;
- la vulneración de la garantía de indemnidad por la demanda interpuesta el 28 de febrero de 2020 por diferencias salariales, a raíz de una indebida aplicación de convenio; y
- la nulidad por superación de los umbrales del despido colectivo en el propio centro de trabajo.

En la sentencia de «instancia social» se analiza primeramente el carácter de unidad productiva del centro de trabajo y el convenio aplicable al efecto de determinar las circunstancias

profesionales de la persona demandante. Seguidamente pasa a analizar las causas alegadas para declarar la nulidad o improcedencia del despido. Respecto del primer motivo, se descarta la aplicación de las cláusulas de salvaguardia del empleo que prevé la «legislación de excepción» ([RDL 8/2020, de 17 de marzo](#)), porque, aún por 1 día, no estaban en vigor, sin que puedan asumir eficacia retroactiva.

Aunque no se refiere a ello en la sentencia, la juzgadora es consciente de que no hay una posición unánime al respecto en la doctrina judicial. La [SJS número 3 de Sabadell 93/2020, de 6 de julio](#), si bien respecto del [artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo](#) –en el caso de la [sentencia aquí analizada](#) se refería al [RDL 8/2020](#)–, sí declara nulo el despido de una trabajadora que se efectuó 1 día antes de entrar en vigor (28 de marzo). Para la intensa polémica de esta cuestión, tanto en situaciones ordinarias como de excepción, se hace una remisión al [diálogo con la jurisprudencia](#) del profesor Molina Navarrete incorporado en este mismo número y revista.

También se apreció vulneración de la garantía de indemnidad (para una síntesis reciente de la doctrina jurisprudencial al respecto, aunque al final no la estima, merece reseñarse la [STS 674/2020, de 16 de julio](#)). Y ello porque no consta la notificación a la empresa de la reclamación administrativa interpuesta, porque los ceses afectan a 12 personas trabajadoras y, además, existe una causa real de cese tras la comunicación de la empresa cliente de disminución efectiva de los servicios de andamiaje objeto de la contrata.

Mejor fortuna correrá el motivo relativo a la nulidad del despido al entender que se trata de un despido colectivo *de facto* o encubierto, porque no se han seguido los trámites fijados en el [artículo 51 del ET](#). La empresa extingue los 12 contratos temporales en el centro de trabajo anejos a la contrata de andamiaje sin tramitar el correspondiente expediente de regulación de empleo (ERE). Justamente, este cómputo solo es posible por la nueva doctrina jurisprudencial. Y ello atendiendo, básicamente, a las siguientes razones:

- Si la contrata tiene por objeto un servicio de andamiaje necesario en el ciclo productivo de Petronor y formalizado a través de diferentes contratas desde 2018 y con adjudicación pactada hasta 2022, es evidente que no se trata de una obra determinada o individualizada con sustantividad propia en el sentido del [artículo 15 del ET](#), sino de la actividad permanente de esta empresa. Por tanto, no se justifica la rescisión de contratos por la disminución del servicio (como consecuencia de la COVID-19 y en aras de limitar la concentración de personas en el centro de trabajo).
- Si los contratos temporales debieron ser indefinidos, para su cese la empresa debió acudir a un despido objetivo, como recuerda la doctrina jurisprudencial comentada (por ejemplo, [STS 90/2017, de 1 de febrero](#)). Atendido el número de despidos objetivos y plantilla (12/28), es de aplicación la jurisprudencia forjada sobre el nuevo criterio comunitario ([STS 848/2016, de 17 de octubre](#)).

¿Qué hubiera ocurrido, si siendo este el supuesto, la sentencia se hubiera dictado con anterioridad a la publicación de la [resolución judicial de nuestro análisis](#)? Que la acción no hubiese fructificado, de ahí la relevancia de esta doctrina. Y ello porque:

- Los contratos de obra o servicio determinado adscritos a la contrata, conforme a la doctrina judicial imperante, tenían una duración temporal válida.
- En el propio contrato de trabajo se preveía que este podía concluir por «la finalización o disminución significativa de la actividad». Por lo tanto existía como causa válida de finalización esa disminución cuantitativa del servicio que respondía a la comunicación de Petronor de descenso del servicio de andamiaje en un 40 % ([STS de 16 de julio de 2014, rec. 1777/2013](#), *a sensu contrario*, cabía la posibilidad de tener por finalizada la causa de contratación temporal).
- La válida extinción de un contrato de obra o servicio determinado por finalización del mismo no exige la tramitación mediante ERE.

En suma, sin entrar en otras consideraciones que podrían analizarse al objeto de declarar la improcedencia del despido (por ejemplo, la proporcionalidad de número de contratos rescindidos en relación con el porcentaje de disminución de la contrata, o la naturaleza temporal de la medida de disminución), el cese, bajo la jurisprudencia social, más flexibilizadora, anterior a la, mucho más garantista, [STS 1137/2020](#), hubiera sido declarado como procedente. Las consecuencias prácticas de este viraje esperado son, pues, de enorme calado.

El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

España va a ratificar la Carta Social Europea revisada. La consecuencia debe ser un reforzamiento de la protección frente al despido arbitrario o sin causa real en virtud de su artículo 24. Un plus de protección que debe producirse tanto para los despidos vinculados a la pandemia de COVID-19 como a los despidos sin causa real en situaciones de la «vieja normalidad». Antes de este cambio legal, una parte de la doctrina judicial, con el argumento de realizar un juicio de conformidad de las leyes españolas a las normas internacionales, al artículo 24 de la Carta Social Europea revisada y al Convenio 158 de la OIT, se ha rebelado en contra de la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, que venía considerando que el derecho español sobre despido injustificado sí es conforme al derecho internacional. El resultado es una extrema disparidad de criterios interpretativos, que están provocando una gran –a veces innecesaria– inseguridad jurídica. El autor de este análisis expone las principales decisiones judiciales de forma crítica y propone alternativas que, a su juicio, son más racionales jurídicamente y más ecuanímenes socioeconómicamente.

Palabras clave: despido sin causa; COVID-19; Carta Social Europea revisada; Convenio 158 OIT.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 230-246.

Dismissal with unreal cause: predictable changes with the ratification of the revised European Social Charter?

Commentary on the judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020 of 19 November

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Spain is going to ratify the revised European Social Charter. The consequence must be a reinforcement of the protection against arbitrary dismissal or without real cause by virtue of its article 24. This added protection must be produced for dismissals linked to the COVID-19 and dismissals without real cause, for ordinary or normal times. Before this legal change, a part of the judicial doctrine, with the argument of carrying out a judgment of conformity (conventionality) of Spanish laws to international standards, to article 24 of the revised European Social Charter and ILO Convention 158, has rebelled against the previous jurisprudence, the Supreme Court and the Constitutional Court. The Spanish High Courts have been assessing that Spanish law on dismissal without real cause or with fraudulent cause is in accordance with international law. The result is an extreme disparity of interpretive criteria. This strong contrast of criteria causes extreme –sometimes unnecessary– legal uncertainty. The author criticizes this chaotic judicial situation and proposes alternatives that, in his opinion, are more legally rational and more socio-economically equanimous.

Keywords: dismissal with unreal cause; COVID-19; revised European Social Charter; ILO Convention 158.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Dismissal with unreal cause: predictable changes with the ratification of the revised European Social Charter? Commentary on the judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020 of 19 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 230-246.

[...] letras sin virtud, son perlas en el muladar [...] la pluma es lengua del alma: cuales fueren los conceptos que en ella se engendraren, tales serán sus escritos [...].

Miguel de Cervantes (*Don Quijote de la Mancha*)

1. Marco normativo: la gran tensión entre el viejo marco nacional que se desmorona y el nuevo internacional que no termina de nacer

Una norma puede vivir inalterada en su redactado durante décadas, pero adquirir su comprensión práctica, en un cierto momento, un nuevo sentido para acomodarse «a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 198/2012, de 6 de noviembre). Conforme a los artículos 3 del Código Civil (CC) (criterio de interpretación realista) y 10 de la Constitución española (CE) (criterio de la dignidad según estándares de protección internacional), las leyes en general, y aquellas sobre derechos humanos en particular, son árboles vivos, no letras muertas o tablas pétreas. El signo del tiempo y los nuevos rumbos de la vida, aquí del trabajo, cincelan su sentido y no pueden dejar de imprimir su huella en el tránsito de ley prescrita a práctica normalizada.

La insigne institución jurídico-social de la protección frente al despido arbitrario o sin causa justificada está en absoluta efervescencia. En el plano de los despidos colectivos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 17 de diciembre de 2020 (rec. 48/2020) (nulidad del realizado por el Grupo Alcoa Inespal) ha terminado de encender los ánimos y prender la mecha de una contrarreforma de la regulación liberalizadora promovida en 2012, como indicamos en los análisis de actualidad de este número, sumándose, en el tránsito de lo colectivo a lo individual, el acto de rebeldía judicial frente al derecho de precedentes de la STSJ de Baleares 412/2020, de 18 de noviembre. En el de los despidos individuales, disciplinarios (art. 54 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y objetivos (art. 52 ET), este papel (para unos honorable, para otros cizañador) de sacudida del *statu quo* en pro de un nuevo rumbo cabe atribuirlo al, tan rico como convulso, Pleno de la sala de suplicación catalana, a raíz de la STSJ de Cataluña 3550/2020, de 21 de julio. En ella se declaró la improcedencia de un despido objetivo sin especificación de la causa que la fundamentaba, sobre la base de la conformidad de nuestro derecho al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Carta Social Europea revisada (CSEr), por 16 votos a favor y 9 en contra.

Por supuesto, nos situamos en la «ley ordinaria» («vieja normalidad») de los despidos sin causa o arbitrarios. Es conocido –y de ello venimos dando cuenta de forma puntual igualmente en esta revista– que aquel problema está presente, incluso se agudiza, en la actual situación «pandémica» (legislación –no propiamente derecho– de emergencia), en la que las dudas interpretativas en torno a si los despidos sin causa, con causa falsa o prohibida para eludir las salvaguardas ([art. 2 Real Decreto-Ley –RDL– 9/2020, de 27 de marzo](#), y [disp. adic. sexta RDL 8/2020, de 17 de marzo](#)) frente a los ceses vinculados a cuestiones derivadas de la crisis por la COVID-19, ameritan la calificación de nulidad o la de improcedencia. A las sentencias sabidas que optan por la nulidad, se les van sumando otras, cierto que de forma minoritaria, con idénticos órganos judiciales protagonistas o nuevos, de instancia, caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 6 de Oviedo 363/2020, de 22 de octubre, e, incluso, de suplicación social, como ilustra la STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre. En ella se declara la nulidad del despido colectivo ([art. 124.11 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)) no solo por la falta de información (documentación) debida, sino por basarse en las mismas causas que el expediente temporal de regulación de empleo por fuerza mayor durante el estado de alarma por razón de la COVID-19, lo que estaría vetado (FJ 4.º).

Ciertamente, no le van a faltar oportunidades a la sala de suplicación social asturiana para reafirmar y perfeccionar, o modular, su criterio. Otros juzgados de lo social de su ámbito jurisdiccional mantienen posiciones diferentes. Sería el caso, por ejemplo, de la SJS número 1 de Oviedo 297/2020, de 19 de octubre, o de la SJS número 1 de Gijón 194/2020, de 18 de septiembre. Estas y otras sentencias del mismo ámbito se alinean con la posición –de momento– claramente mayoritaria en la instancia social, según la cual las causas de nulidad se encuentran tasadas, en relación con los despidos objetivos, y, por lo tanto, nada habría en la nueva legislación de emergencia que mutase la situación en las leyes ordinarias laborales, las de la «vieja normalidad».

Tampoco echará de menos la sala de suplicación catalana nuevas oportunidades para probar la firmeza de su criterio mayoritario, o para mostrar que se ha abierto hueco la minoría. Otras sentencias de instancia social de la capital catalana se apartan tanto de la calificación de nulidad como de la indemnización adicional disuasoria, con expreso rechazo de las tesis creativas de su homólogo Juzgado número 26 de Barcelona (Sentencias 26, 170 y 174/2020, de 31 de julio), porque, a su juicio, ya es suficientemente disuasorio el [artículo 56 del ET](#) (por ejemplo, SJS núm. 35 de Barcelona 50/2020, de 18 de noviembre, y conforme al [Convenio 158 OIT](#) según el Auto del Tribunal Constitucional –ATC– 43/2014, de 12 de febrero). Contrasta de raíz con las tesis de la nulidad, se trate de despidos con causa irreal ajenos a la COVID-19 o vinculados a ella (por ejemplo, SJS núm. 29 de Barcelona 180/2020, de 28 de julio, en línea con la SJS núm. 3 de Sabadell 93/2020, de 6 de julio –situación vinculada a la pandemia–). Y como no suele haber «dos sin tres» hemos conocido que la SJS número 1 de Barcelona 283/2020, de 15 de diciembre, ha completado el rompecabezas con la tercera pieza que faltaba: la procedencia (un despido con causa en la crisis de la COVID-19 sí puede ser declarado justificado si se prueban razones económicas suficientes para ello, pues la ley nacional no podría prohibir este tipo de despidos,

en virtud de la libertad de empresa ex [art. 38 CE](#) y ex art. 16 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–).

Como la sala de suplicación balear, también tendrá ocasión de probar si se mantiene en esa rebeldía frente al derecho de precedentes, reafirmando su competencia relativa al juicio de convencionalidad en relación con el [Convenio 158 OIT](#) y la [CSEr](#) (la [STC 140/2018, de 20 de diciembre](#), atribuye en exclusiva a la jurisdicción ordinaria y distingue de la constitucionalidad) o no, o en qué casos sí y en cuáles no. Varias sentencias del JS número 4 de Palma de Mallorca mantienen que, para los despidos con causa irreal o fraudulenta, la sanción, ordinaria o vinculada a la COVID-19, es la improcedencia (por ejemplo, [SJS núm. 4 de Palma de Mallorca 117/2020, de 31 de agosto](#)).

La disparidad de criterios interpretativos no puede ser mayor y la incertidumbre lejos de menguar acrece exponencialmente. Ahora bien, el motivo de emprender este estudio reside también en un dato estadístico, que tiene que ver con la aplicación e interpretación realista ([art. 3 CC](#)) de las normas y sus garantías de efectividad, una vez esa acredita que los desarrollos legislativos han perdido su efecto útil (diría el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), su efectividad, esto es, la coherencia entre el mandato normativo y la conducta normalizada de quienes están obligados a cumplirlo. Me refiero a la prueba estadística de la intensa devaluación del coste del despido, hasta normalizarlo frente a la configuración normativa como *ultima ratio*.

Una pionera [publicación](#) oficial relativa a la estadística sobre el coste de los despidos en España pone cifras concretas, escribe blanco sobre negro, a lo que ya se conocía (incluso por estudios de la OCDE, que acreditan que España es el país de tan selecto club que más ha debilitado la protección frente al despido arbitrario desde 1994), pero que impresiona más cuando se hace numérico. No obstante, siempre hay quien da la vuelta a los datos y los presenta en sentido contrario, como pretendidamente elevados, valorando que despedir a una persona trabajadora fija –que son las que más sufren el despido, lógico, pues para las temporales bastará con esperar a que cese por su causa– «[roza nada menos que los 17.000 euros](#)». Pero, se mire como se mire, España es uno de los países de la Unión Europea donde más despidos se realizan en media anual, al margen de las situaciones críticas –en las que se desbordan–, rondando los 450.000, porque es uno de los de menor coste indemnizatorio: contadas las personas fijas y temporales despedidas, apenas llega a los 10.000 euros de media (9.652). Además, evidencia notables diferencias (desigualdad):

- de género, pues se despide más a hombres (243.321) que a mujeres (182.425), pero las indemnizaciones son mayores para ellos (la cuantía de la indemnización media es superior en un 33 % en los hombres respecto de las mujeres). En suma, también la brecha indemnizatoria de género por despido existe;
- de sector de actividad (las diferencias pueden llegar a ser de 10 a 1: la media más reducida está en el sector de hostelería, apenas 6.000 €); y, por supuesto,

- de tipo de contrato: la diferencia puede llegar a ser de 200 a 1 según el caso (coste medio del despido indefinido y a tiempo completo: 16.977 €; temporal y a tiempo completo: 1.131 €; temporal y parcial: 474 €; personas fijas discontinuas: 3.375 €).

El coste sigue a la baja, por cuanto en los 2 años finales del estudio la reducción es más intensa. El problema se agravará en 2019-2020. La caída continuada del coste monetario del despido en general, y del arbitrario en particular, por factores jurídicos (devaluación garantista en aras de su normalización como técnica de gestión del factor trabajo) y económicos (de mercado), desnuda un profundo desajuste entre el deber ser normativo (principio de la estabilidad en el empleo, favoreciendo las medidas de gestión interna sobre la externa) y su ser real (facilidad extrema para despedir, primando, en el plano fáctico, la flexibilidad externa).

Pues bien, ante esta toma de conciencia social –además de prueba estadística– de la realidad devaluadora de la ley nacional, adquiere mayor vigor la nueva norma internacional social que ha de regir esta cuestión (la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso propuso al Pleno de la Cámara que conceda autorización para ratificar la CSEr –[BOCG de 30 de diciembre de 2020, núm. 46-2](#), p. 1–). Cómo no, me refiero al artículo 24 de la [CSEr](#). A su tenor, para «garantizar el ejercicio efectivo» del derecho de «los trabajadores» [el lenguaje inclusivo de género no es tampoco fuerte de la Constitución social de Europa] a la protección en caso de despido, las partes se comprometen no solo a reconocer el derecho a no ser despedido sin que existan «razones válidas», sino también a garantizar, en caso de despido sin causa válida, «una indemnización adecuada [u] otra reparación apropiada [...]».

Si la exigencia de una causa válida para despedir (vinculada a la conducta de la persona trabajadora, su capacidad o al funcionamiento de la empresa: el despido como decisión causal, no como negocio jurídico abstracto ni puramente formal), así como la de la acción judicial, no aporta nada al sistema vigente (la exigencia de causa es contenido esencial del [art. 35 CE](#) y la defensa judicial del [art. 24 CE](#)), sí que los efectos previstos ante su ausencia plantean problemas de ajuste significativos. Así, ni la garantía típica indemnizatoria es el único remedio previsto, exigiendo una «reparación apropiada» a las diversas situaciones (por ejemplo, readmisión obligatoria, no solo para la violación de derechos fundamentales, o del procedimiento de despido colectivo, como en el caso español), ni la garantía indemnizatoria puede ser la que libremente se estime por la ley nacional, al margen de su eficacia para disuadir del despido sin causa válida, sino que, en todo caso, debe ser «adecuada». Frente a un modelo legal nacional rígido, predeterminado y tasado legalmente, mediante soluciones generales y abstractas, el modelo legal social europeo (reflejo del [art. 10 Convenio 158 OIT](#)) se basa en soluciones más flexibles y abiertas, ajustables a las circunstancias concurrentes, para que sean realmente, no solo presuntamente, «adecuadas».

Y es aquí, precisamente, donde adquiere un valor particular la [STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#). Aunque es el ensayo, a mi entender, más solvente

de construcción científico-judicial del fundamento del régimen de improcedencia para los despidos sin causa justificada o irreal, contiene dos afirmaciones muy dudosas a la luz de los imperativos del artículo 24 de la [CSEr](#), así como del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#). A saber:

- La cuestión de la calificación de nulidad o improcedencia de un despido sin causa o causa irreal es una cuestión procesal, no sustantiva, y la –distinta dogmáticamente– relativa a las consecuencias indemnizatorias, un problema económico (establecimiento de los costes de oportunidad), no jurídico.
- El efecto disuasorio o no de la indemnización para desincentivar la conducta es una cuestión de reprobación social, que excede el recurso.

2. Supuesto de hecho: parquedad del relato fáctico, un silencio elocuente

El relato fáctico en este caso será muy breve, no por laconismo narrativo, sino porque en la exposición de hechos probados solo aparece que una persona trabajadora, empleada en una empresa de frutas onubense, desde el 5 de julio de 2015 al 7 de marzo de 2017, con un salario diario (prorratedas las pagas extraordinarias) de 46,57 euros y categoría de peón no cualificado, ve extinguido su contrato mediante «certificado de empresa» en el que como causa figura un texto tan parco como elocuente: «despido del trabajador». Una vez presentada la correspondiente demanda, es estimada, calificándose como un despido improcedente, con las consecuencias legales derivadas (arts. [56 ET](#) y [110 LRJS](#)). Ante su (lógica) insatisfacción por tan reducida tutela monetaria frente a una decisión tan huérfana de fundamentación (2.689,42 € –como vemos, está muy por debajo de la media indemnizatoria en los sectores más precarizados, según el ya citado [estudio](#) de costes promedio del despido en España–), el trabajador presentará recurso de suplicación arguyendo que, no concurriendo causa real y seria, debe tenerse como un despido fraudulento y, en consecuencia, nulo, por así exigirlo el artículo 4 del [Convenio 158 de la OIT](#) en relación con el [artículo 24 de la CE](#).

3. Doctrina judicial: nuevas –y sólidas– razones para un fallo con aroma de conservación nostálgica de un caduco derecho de precedentes

La citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#), desestimará el recurso puesto por la defensa letrada del trabajador. En una apretada síntesis de un riquísimo razonamiento, tributario de la posición esgrimida por un sector de la doctrina científica, cabe sintetizar sus argumentos en dos grupos. A saber:

1. Un grupo de razones conceptuales, que obedecen a una construcción de estricta y clásica –también algo rígida y formalista– «dogmática contractual civilista».

A su vez, en este grupo, dos argumentos adquieren especial significación:

- El despido en España mantendría su naturaleza de negocio jurídico causal, sin que las sucesivas reformas hayan operado su reducción (degradación) a formal. Por tanto, predicar de la irrealidad de la causa la nulidad confundiría calificación judicial del despido (nulidad o improcedencia, cuestión procesal –arts. 56 ET y 110 LRJS–) y sanción de la causa contraria a la norma, resuelto con su extinción ex artículo 6.3 del CC (FF. JJ. 2.º y 3.º).

En sus términos, esta reducción se formula así:

Sentado que la causa no tiene una naturaleza meramente formal [...] subyace la confusión entre [...] la calificación de nulidad o improcedencia, sin afectar a la naturaleza causal de la decisión de despedir, de la dimensión procesal.

Es decir, [...] está exigiendo al empresario el cumplimiento del programa de prestación ahora ilegítimamente incumplido con la consecuencia del apartado 3 del art. 6 CC: la nulidad del acto extintivo [...] [pero] extender los efectos de los apartados 3 y 4 del art. 6 CC a la dimensión procesal [...] no solo implica una confusión conceptual, [...] también [...] hace imposible distinguir el despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa del [...] improcedente [...] (FJ 3.º).

- El alcance concreto de la responsabilidad por un despido ilícito, al presumirse siempre causal y formal, pese a la irrealidad material del despido, incluso la falsedad de su causa, es una cuestión concerniente a los costes de oportunidad relativos al incentivo-desincentivo de una determinada conducta. Por lo tanto, pertenecería a la ciencia económica, no a la jurídica, de modo que valorar si es o no suficientemente disuasivo el remedio previsto para tratar de evitar el comportamiento socioeconómicamente reprochable excede el ámbito del juicio jurídico.

Por tanto, circunscrita la nulidad del artículo 6.3 del CC al acto extintivo, distinta de la calificación judicial de nulidad (cuestión procesal resuelta conforme a las leyes laborales), quedaría fuera de la valoración judicial el mayor o menor efecto disuasorio del remedio indemnizatorio atribuido por la ley laboral a esa ilicitud de la conducta extintiva. Y ello porque: «Cuestión distinta es si la prestación por equivalente parece suficientemente disuasiva para tratar de evitar un comportamiento que se entiende que es socialmente reprochable, pero ello excede del objeto de este recurso» (FJ 3.º).

2. Razones normativas. La naturaleza causal del despido integra el contenido esencial del derecho al trabajo (SSTC 22/1981, 192/2003, 8/2015), pero ni la Constitución (ni su intérprete

máximo) ni el derecho internacional (ni su intérprete nacional supremo) anudan la nulidad (el modelo de estabilidad real: readmisión obligatoria) al despido sin causa o con causa irreal o falsa.

La sala andaluza cierra su rico despliegue argumental con un doble razonamiento normativo «patrio», a fin de evidenciar que nada ha cambiado (función conservadora de la jurisprudencia) en la comprensión jurídica del despido sin causa o con causa irreal. De un lado, según la [STC 185/2014](#), recuerda que no existiría «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». De otro, trae a colación la consolidada jurisprudencia social conforme a la cual se limitarían los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la norma nacional, habiendo sido abandonada, hace casi 30 años, la construcción del despido radicalmente nulo por causa excepcionalmente irreal o falsa (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)– de 5 de mayo de 2015, [rec. 2659/2013](#)).

Ninguna valoración realizará, sin embargo, respecto al actual escenario de protección multinivel de los derechos sociales fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo ex artículos 30 de la [CDFUE](#), 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#). Quizás porque presume su adecuación a la ley internacional, conforme al [ATC 43/2014, de 12 de febrero](#) (y [STC 118/2019](#), respecto del despido por absentismo), y, consecuentemente, en línea con la –más discutida internamente– [STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020](#), concluye:

[...] 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 (FJ 2.º).

Pero ¿verdaderamente, desde un punto de vista jurídico (normativo) y fáctico (realista), este estado de cosas es como se ha descrito y valorado? ¿Realmente el inmovilismo jurídico es el auténtico estado del arte interpretativo del despido sin causa o irreal, para un sistema típico de una protección multinivel frente al despido arbitrario?

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: el inexorable juicio de convencionalidad requiere una evolución controlada del sistema

4.1. El reduccionismo normativo y el exceso de idealismo al primar la esencia dogmática civil sobre la existencia práctica de la ley: de la calificación a la protección efectiva

No hay duda de la importancia de la decisión jurisdiccional aquí comentada, que ocupa un lugar destacado, en términos de rigor jurídico-conceptual, en el actual escenario vacilante

y de extrema inseguridad (sea en situaciones ordinarias, sea en emergencia). Aporta un plus conceptual a la [STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020](#), que ofrece un análisis muy profundo, del que adolece la sentencia andaluza, sobre la conformidad de la legislación nacional (arts. [56 ET](#) y [110 LRJS](#)) al derecho internacional, clave ante el horizonte inmediato de ratificación de la [CSEr](#) y aceptación del control directo por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Acepto algunas claves, conceptuales y normativas, de ambas. Pero mi comprensión es más crítica. Entiendo inexorable una evolución interpretativa, aun con rigor, sin el libre arbitrio-judicial que algunas decisiones postulan al amparo de la patente de curso hermenéutica que parece –erradamente– daría el juicio de convencionalidad, como vengo evidenciando.

Cierto, sin un cambio legislativo, ni las leyes de excepción ni, para las situaciones ordinarias, la ratificación del artículo 24 de la [CSEr](#), en la medida en que no es disímil de lo que exige el artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#), dejarán de hacer de la calificación de improcedencia la regla general en situaciones de despido sin causa o con causa falsa o irreal. Una regla respaldada por el derecho de precedentes jurisprudenciales, un tanto ajeno, dicho sea de paso, a un juicio de convencionalidad internacional más exhaustivo y riguroso, apegado en extremo, en este punto, al «patriotismo normativo», lo que deberá cambiar con la ratificación, la doctrina (cuasi) jurisprudencial, y en todo caso de gran valor interpretativo, del CEDS.

El favor por la improcedencia emerge por doquier. Así sucede respecto de la legislación de emergencia, como ya se indicó, donde son legión las decisiones –de instancia social– favorables a la calificación de improcedente si se viola el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) (otras: [SJS núm. 1 de León 218/2020, de 1 de octubre](#), y [SJS núm. 1 de Ponferrada 170/2020, de 9 de octubre](#), etc.), superando con mucho a las que apuestan por la nulidad, apelando por lo general al [artículo 6.3 y 4 del CC](#) y a la voluntad legislativa –lo que es una falacia–. Y, sin duda, viene sucediendo también respecto de las situaciones de «vieja normalidad», ordinarias. Así:

- la doctrina jurisprudencial que reitera la desaparición de la nulidad del despido con causa irreal y a la que se aferran tanto la sala catalana como la andaluza;
- la [STS 925/2018, de 23 de octubre](#), que califica un despido objetivo por causas económicas incumpliendo una cláusula de empleo pactada en un acuerdo de empresa como improcedente. No es baladí, por cuanto augura análoga solución para la inobservancia de la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) (a la improcedencia habrá que sumar la obligación de reintegro total de los beneficios sociales indebidamente percibidos);
- la [STS 913/2020, de 14 de octubre](#), que, en un despido objetivo, entiende que la mejora de la indemnización fijada en el acuerdo del despido colectivo ha de estar incluida en la necesaria puesta a disposición. En otro caso, procede la declaración

de improcedencia del despido como consecuencia de su no cumplimiento, al constituir un error inexcusable;

- la [STS 566/2020, de 1 de julio](#), que califica de improcedente la extinción ([art. 49.1 b\) ET](#)) por incumplimiento de la cláusula de rendimiento pactada si no aporta la empresa datos comparativos de los rendimientos, por la persona trabajadora y sus compañeros/as.

Esta última referencia jurisprudencial merece un comentario particular. En realidad, expresa una línea hermenéutica revitalizadora del imperativo de justificación causal real, sería, no en abstracto, por exigencias no solo de la esencia civilista del negocio (reclama la conexión del [art. 49.1 b\) ET](#) con el [art. 1.124 CC](#)), sino también, y sobre todo, como de garantía de efectividad de los principios jurídicos sustantivos, como la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, así como del fraude, ex artículos [6](#) y [7](#) del CC, a los que sirve. De ahí que condene la falta de seriedad y de precisión motivadora (en este caso, de los elementos precisos para verificar si los objetivos de la cláusula de rendimiento son posibles y razonables), con la nulidad de tales criterios y la improcedencia del despido basado en su pretendido incumplimiento (por ejemplo, [STS 600/2020, de 3 de julio](#)). Un análogo enfoque prevalente de garantías, sobre el de construcción conceptual, e incluso de tipicidad legal, que está también presente en el derecho de precedentes relativo a los despidos colectivos con una causa falsa o fraudulenta.

Como puede comprobarse, el eje de la interpretación del sistema de las garantías jurídicas –causales y de forma– no se sitúa tanto en la calificación judicial (ni en la construcción dogmática que la soporta), sino en la efectividad de la protección. Esto es, el eje cardinal de la tutela judicial se sitúa en el efecto útil de la protección constitucional [artículo 35 de la CE](#) y de los principios generales del derecho (buena fe, estabilidad en el empleo, ejercicio social de las facultades contractuales, etc.), sobre una interpretación de las leyes conforme al contexto normativo superior y a criterios realistas ([art. 3 CC](#) en relación con los arts. [1](#), [9](#) y [10 CE](#)). Justamente, la prevalencia de este doble criterio interpretativo (efectividad de un derecho humano social fundamental, realismo para evitar que, *de facto*, pierda su efecto útil) es la razón de ser del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) y, tras recibir su inspiración directa, del artículo 24 de la [CSEr](#) e, incluso, del artículo 30 de la [CDFUE](#) (para materias reguladas por el derecho de la Unión Europea, como, por ejemplo, serían los despidos colectivos).

Por eso, ni el artículo 10 de la [norma social universal](#) ni el artículo 24 de la [norma europea](#) (la norma constitucional social europea, no se olvide, porque tiene implicaciones hermenéuticas directas) se preocupan de cuál es la calificación (jurídica nacional) apropiada para un despido sin justa causa o causa irreal. Su centro de atención está en la garantía de efectividad prevista y esta se define en términos de un imperativo de «reparación adecuada». Reparación que tanto se puede predicar de la nulidad-readmisión, como

de la improcedencia-indemnización, según los casos concretos, sin que, de proceder la indemnización (conforme a la legislación nacional), pueda dejar de exigirse que sea adecuada, esto es, «disuasoria».

4.2. El control de la real adecuación reparadora, como el efecto indemnizatorio disuasorio, es inherente a la tutela judicial efectiva, no opcional ni económico

Es aquí donde reside, a mi juicio, la principal novedad de la normativa internacional y, por lo tanto, su radical impacto en nuestro sistema legal, así como en nuestra experiencia forense. El primero establece un sistema tasado, sobre dos criterios generales y abstractos (días de salario por año trabajado), cada vez más rebajados, además, al margen de toda valoración de su carácter adecuado-disuasorio. La segunda prescinde de valorar ese estándar de reparación cualificada internacional, sobre la base de la automaticidad de la previsión legal nacional. El contraste con la doctrina del CEDS (y de la CEARC: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –para el [Convenio 158 OIT](#)–) es radical, por cuanto exige ese juicio de adecuación, como ya se comentó en su día al analizar su [Resolución de 11 de septiembre de 2019 \(núm. 158/2017, Confederazione Generale Italiana del Lavoro –CGIL– vs. Italia\)](#) y que ha sido acogida por la doctrina constitucional italiana, según se dijo igualmente en su día:

Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable.

Desde esta interpretación, cristalina como un mar de coral, es difícil entender que siga la doctrina judicial y jurisprudencial, así como la constitucional (pero ella misma reconoce que no ejerce con tales juicios competencia propia, sino que es exclusiva de la jurisdicción ordinaria –[STC 140/2018](#)–), afirmando, sobre razonamientos abstractos, que nuestro derecho se ajusta plenamente a las normas internacionales en este punto. Huérfana totalmente de razonamiento al respecto la [sentencia andaluza comentada](#), el muy profuso desplegado por la sentencia de Pleno en el TSJ de Cataluña adolece, a mi juicio, de imprecisiones. Al respecto, si se puede compartir su rechazo a que la norma internacional solo tenga satisfacción adoptando las garantías de nulidad-readmisión, conforme a un pretendido modelo de garantismo fuerte (la realidad es que tal garantismo no está ni en los textos ni en las doctrinas jurisprudenciales que le dan sentido, ni internacionales ni en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos), no puede hacerse lo mismo cuando afirma, sin más, que una indemnización alternativa automática a la nulidad es, en sí misma, «adecuada».

Pero ¿cómo puede hacerse una afirmación tan apodíctica sin atender a la realidad resultante de su aplicación y a la abstracción y automaticidad de sus criterios, cuando hemos visto que, en el plano de la prueba estadística, las indemnizaciones resultantes, normalizadas, como media, la del estándar de persona trabajadora media, o más frecuente, son pírricas? Atrincheradas, o, a mi entender, enrocadas en una construcción dogmática y formalista, ancladas en el dato legal positivo nacional, y con una lectura de las normas internacionales apegada a la letra del texto, se rechaza:

- la degradación de la causa a elemento formal (irrelevante o no tomado en serio en las decisiones extintivas empresariales, perdiendo su dimensión de control de fondo ex [art. 35 CE](#) y ex art. 4 [Convenio 158 OIT](#)) y
- la devaluación del coste del despido, de modo que ha dejado de tener un efecto disuasorio, en términos del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) y del 24 de la [CSEr](#).

El simple contraste del dato legal con el dato real evidenciaría que en España queda el despido *ad nutum* prohibido constitucionalmente, pero existe en la práctica –el dato estadístico es irrefutable, y no está privado de efecto jurídico, mediado por el art. 24 [CSEr](#)– «despido libre (con causa aparente o irreal), pero (cada vez peor) pagado».

En suma, frente al dilema –falso en clave internacional– sobre nulidad o improcedencia del despido con causa irreal (distinto sería con causa prohibida, procediendo la nulidad), se debe verificar si, una vez aplicada la ley nacional, el resultado concreto se corresponde o no con el mandato internacional de «reparación adecuada» y, en su caso, si la indemnización es razonablemente útil a los efectos del estándar disuasorio. Este es inherente, no opcional, al juicio de control judicial. En modo alguno, el mayor o menor efecto desincentivador de la norma en la conducta socioeconómicamente reprobable puede ser indiferente (en contra de lo sugerido en la sentencia anotada) a su garantía de efectividad. El juicio de efectividad se requiere expresamente en ambas normas internacionales. Cierto, alterará la cultura tradicional de automaticidad y creará importantes problemas aplicativos a falta de disposición legal; pero es la ley prevalente ex [artículo 96 de la CE](#) y, por lo tanto, ex [artículo 24 de la CE](#).

4.3. De la solución en «normalidad» a la previsible en «excepcionalidad pandémica»: la deliberada ambigüedad legislativa no debe castigar la razón social

¿Y para el [artículo 2 del RDL 9/2020](#), qué? Desde el inicio, vengo insistiendo en que estamos ante una ambigüedad legal deliberada, es decir, prevista, calculada y buscada por

el Gobierno-legislador en este ámbito. El objetivo evidente –aún no expresado, lógicamente, pero es un «silencio elocuente»– es ganar tiempo, hasta tanto no se consolide un criterio jurisprudencial al respecto, conscientes de que habría disparidad de criterios judiciales, para mantener al tiempo las expectativas de las personas empleadoras (de ver cómo los tribunales, ante la falta de prohibición expresa, aplican el criterio precedente jurisprudencial: el despido con causa irreal o falsa es un despido improcedente) y las propias de los sindicatos (de ver cómo, ante la «clara» voluntad legislativa de «prohibir los despidos» en pandemia, pues media un plan de ayudas muy contundente para el mantenimiento de empleo, los tribunales tenderían a rectificar el derecho de precedentes, o al menos introducir una regla de excepción para estos tiempos de pandemia).

No es el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) el único ejemplo de esta –muy criticable– técnica legislativa. Ya se ensayó con la derogación de la modalidad de despido objetivo por absentismo laboral ([RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), devenido, sin modificaciones, en la [Ley 1/2020, de 15 de julio](#)). La [STS 784/2020, de 17 de septiembre](#), lo reafirmaría. En el caso se discutía «si la carta de despido objetivo por absentismo [de teleoperadora especialista], acaecido bajo la vigencia del derogado artículo 52 d) ET, debe especificar las jornadas hábiles del periodo tomado en cuenta, so pena de improcedencia» (FJ 1.^o). Frente a la exigencia de una carta exhaustiva, indicando no solo porcentajes de ausencia, sino también las jornadas laborales hábiles exigibles contractualmente, para facilitar el cálculo a la persona trabajadora (por ejemplo, [STSJ de Madrid 609/2017, de 28 de septiembre](#) –también teleoperadora–), el TS toma partido por la línea más flexible: bastará con indicar los porcentajes de ausencia laboral ([STSJ de Madrid 219/2018, de 28 de febrero](#)).

Eso sí, dicho sea, al paso, la derogación de esta modalidad de despido objetivo (conlleve, en caso de contravención de la previsión legal, improcedencia o nulidad) no significa que las empresas pierdan su poder de control del absentismo laboral ex [artículo 20.4 del ET](#). Si bien, como es lógico, los costes derivados (por ejemplo, gastos de desplazamiento para someterse a los controles) deben ser a cargo de las empresas, aunque externalicen esa facultad de control a otra empresa especializada a tal fin. Así lo afirma la [STS 1025/2020, de 24 de noviembre](#), fundamentando la garantía de indemnidad económica para la persona trabajadora, entre otros preceptos, en el reciente [RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#) (trabajo a distancia). En todo caso, ni rastro de la menor sospecha de disconformidad jurídica de las regulaciones en esta materia al orden internacional, más bien todo lo contrario (FJ 3.^o, punto 1).

¹ Podemos comprobar cómo el TS ni se plantea cuestión alguna de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#) ni tan siquiera tiene en cuenta de que se trata de una trabajadora en un sector especialmente feminizado, de modo que, por enésima vez, en los casos difíciles –cabría plantearse si estamos ante una discriminación indirecta por razón de género, como indican la [STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero](#), y el preámbulo de la [Ley 1/2020](#)–, el TS orilla la perspectiva de género que dice asumir teóricamente.

4.4. Conclusiones para una solución ecuatoriana: los extremos se tocan y se alejan de la razón jurídica, favoreciendo el (puro) economicismo o la (pura) ideología

A mi juicio, a la luz del análisis concluido, el estado del arte interpretativo, tras la incorporación efectiva de la [CSEr](#) y su sólido acervo de doctrina aplicativa, tenga un valor directo o interpretativo, debería quedar como sigue:

a) Nulidad del despido por causas vinculadas a la COVID-19 ex [artículo 2 del RDL 9/2020](#), en relación con los artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), salvo que la empresa muestre una evolución excepcionalmente gravosa.

Pese a la deliberada ambigüedad legislativa, injustificable, el [artículo 2 del RDL 9/2020](#), no así la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) (que tiene una razón de ser diferente –recaudatoria: reintegro de la totalidad de las cotizaciones percibidas–), debe ser interpretado, en línea de principio, como una auténtica prohibición de despedir y, de conformidad con los artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), el derecho a la reparación adecuada se concreta en la nulidad (readmisión obligatoria). En el actual entorno de legislación de emergencia, el tratamiento de este tipo de extinciones hace prevalecer el interés colectivo o social (de ahí la analogía con las SSTs de [17 de febrero de 2014, rec. 142/2013](#), FJ 4.º, y [20 de mayo de 2015, rec. 1/2014](#)). Honestamente, ni el recurso al [artículo 6.4](#) (despido fraudulento) ni al [6.3](#) (despido contrario a una prohibición legal) del CC es suficiente para alcanzar, por sí solo, este resultado. Sí la relectura de nuestra legislación nacional a la luz de los preceptos sociales internacionales.

Ahora bien, esta regla general de garantismo fuerte en un contexto excepcional puede, y debe, ser compatible con una regla de excepción, conforme a los principios jurídicos generales, que también juegan para las empresas, cuando la persona empleadora acredite que la prolongación más allá de las previsiones iniciales de tan dramática situación alcanza daños irrazonables, extremos (para la aplicación, aún restrictiva, de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el ámbito laboral, *vid.* [STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014](#)). El tiempo –como hemos visto al analizar la [actualidad concursal](#)– va haciendo mella en los estados de las empresas y, en consecuencia, no todas tienen la misma situación derivada de la crisis pandémica desde inicio. La carga probatoria de ese plus de daño económico respecto de la sola causa asociada a la COVID-19 corresponderá a la persona empleadora.

En consecuencia, del mismo modo que no hay –ni la [CDFUE](#) ni la [CSEr](#)– norma que impida de forma total a la ley nacional prohibir el despido en ciertas circunstancias y con proporcionalidad (por lo que consideramos errada la [SJS núm. 1 de Barcelona 283/2020, de 15 de diciembre](#)), tampoco la ley puede privar a las empresas que despidan cuando concurren

causas suficientes (por eso también es errada la doctrina del JS núm. 34 de Madrid). Los extremos se tocan y se alejan de la razón jurídica.

b) Nulidad del despido, ya en situaciones de «normalidad sociolaboral» (por si volviera), en aquellos supuestos en los que se acredite (la carga corresponderá a la persona trabajadora cesada, al igual que corresponde a la empresa acreditar la causa real) la concurrencia de un «plus de arbitrariedad extintiva».

A mi entender, en estos casos, el derecho ex artículo 24 de la [CSEr](#) a la reparación apropiada se identifica mejor con la nulidad. Naturalmente, deben ser excepcionales (como siempre mantuvo la jurisprudencia sobre el despido radicalmente nulo) y se concretan en aquellos casos en los que haya un total desprecio de la carga justificativa. No cabe aceptar la tesis judicial que hace una aplicación indiscriminada (por ejemplo, SJS núm. 34 de Madrid 177/2020, de 21 de octubre).

c) Improcedencia del despido sin causa suficiente, incluyendo una indemnización efectivamente disuasoria, a fijar judicialmente, previa prueba de la concurrencia de factores, objetivos o subjetivos, que evidencien que la indemnización tasada ha perdido aquel efecto útil.

Esta sería la nueva regla general. No es opcional, aunque pueda generar incertidumbre, sino un imperativo insoslayable del artículo 24 de la [CSEr](#). Por supuesto, los tribunales no pueden fijarla discrecionalmente, sino bajo parámetros objetivables, controlables jurídicamente y que puedan hacerlos razonablemente previsibles; precisamente en esa previsibilidad para toda persona empleadora se fundamentará también el efecto disuasorio.

Cierto, es posible que este nuevo rumbo cree cierto vértigo. Pero es evidente también que, tras un cierto periplo de desorientación y mareo, volverá la calma y, con rigor jurídico, hallaremos el equilibrio que se había perdido en estas cuatro décadas de regulación estatutaria laboral y que ya está urgida de un cambio, también real y serio.

En última instancia, no solo esta es la lección de experiencia del derecho del trabajo, siempre haciéndose y deshaciéndose sobre la tensión entre su razón-alma económica (rendimiento y libertad de empresa) y su razón-alma social (garantía y derecho social a un trabajo decente), sino de las etapas más lúcidas de la vida humana, como se reproduce en esta genial conversación –extraída de *El mercader de libros* (Luis Zueco)– entre el capitán de la nao Santa Lucía y el mercader de libros Thomas Babel en el primer viaje al Nuevo Mundo en que se permitía embarcar a personas extranjeras, no españolas, para explicar la ley del equilibrio entre mundos, entre lo nuevo y lo viejo, y que cabría sintetizar así:

–Sois mercader de libros, sugeridme uno. ¿Qué debería leer un capitán de un barco rumbo al Nuevo Mundo, allí hay tierras y gentes paganas...?

–*La Odisea*, de Homero –respondió Thomas sin vacilar–.

–¿Por qué? ¿Qué tiene que ver eso con un libro?

–Porque vamos a colonizarlos, eso es un hecho. Vamos a la guerra, como en *La Ilíada*. Y luego, cuando sean súbditos del emperador, les llevaremos lo mejor del Viejo Mundo: [...] Buscaremos un nuevo orden tras el caos, como en *La Odisea*.

¿Más igualdad o menos precariedad?: el complemento docente del profesorado universitario temporal tras la correspondiente evaluación de méritos

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 1111/2020](#), de 10 de diciembre

José María Moreno Pérez

*Abogado
Profesor asociado. Universidad de Jaén*

Extracto

El Tribunal Supremo reconoce el derecho del personal docente investigador no permanente, sea a tiempo completo o a tiempo parcial (periodos equivalentes), a someter la actividad docente realizada cada 5 años (los llamados quinquenios) a una evaluación ante su universidad empleadora. Consecuentemente, de superar favorablemente la misma, debe tener derecho a adquirir y consolidar, por cada una de ellas, el complemento por méritos docentes, en cuantía anual según la figura docente e investigadora de que se trate, en los mismos términos que el personal docente e investigador laboral permanente.

Palabras clave: personal docente investigador temporal; igualdad de trato; quinquenios docentes; universidades.

Cómo citar: Moreno Pérez, José María. (2021). ¿Más igualdad o menos precariedad?: el complemento docente del profesorado universitario temporal tras la correspondiente evaluación de méritos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1111/2020, de 10 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 247-253.

More equality or less precarity?: the teaching bonus of the temporary university teacher after the corresponding merit assessment

Commentary on Supreme Court ruling 1111/2020,
of 10 December

José María Moreno Pérez

Abstract

The Supreme Court recognizes the right of non-permanent research teaching staff, whether full-time or part-time (equivalent periods), to submit the carried-out teaching activity every 5 years (the so-called five-year periods) to an evaluation before their employer university. Consequently, if they pass it favorably, they must have the right to acquire and consolidate the bonus for teaching merits related to each one of those periods in an annual amount according to the teaching and research figure in question, in the same terms as the permanent teaching staff.

Keywords: non-permanent teaching staff; equal treatment; five-year periods of teaching activity; universities.

Citation: Moreno Pérez, José María. (2021). More equality or less precarity?: the teaching bonus of the temporary university teacher after the corresponding merit assessment. Commentary on Supreme Court ruling 1111/2020, of 10 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 247-253.

1. Marco normativo: persistente ausencia de igualdad –y control del abuso– en los marcos de regulación inferiores al comunitario

En el ámbito del empleo público, la actualidad jurídica viene marcada por la necesidad de una reforma en profundidad de su marco regulador para corregir los abusos producidos, casi de forma sistemática, en relación con las modalidades temporales. Los reiterados reveses dados a nuestro sistema, y sobre todo experiencia práctica, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (a ello se hizo alusión en la [presentación](#) del monográfico de diálogos sobre la jurisprudencia comunitaria más reciente, publicado en el número de enero de 2021), parecen estar calando en las autoridades españolas, a juzgar por los compromisos parlamentarios alcanzados para una reforma que corrija tal estado calamitoso de cosas. El problema, lejos de ser ajeno al sector del empleo público universitario, se hace netamente visible y grave en él, donde también constituye una continua actualidad la difusión de noticias que dan cuenta de las condenas judiciales en este ámbito, tanto respecto de las prácticas de abuso de la temporalidad, cuanto de las políticas de tratamiento desigual en las condiciones de trabajo, sobre todo retributivas, cuya suma daría conformidad a la persistente crítica de precariedad del empleo público allí donde más garantías debería tener: la universidad.

El nuevo ministro de Universidades, antes de cualquier evaluación profunda de la situación, ya ha comprometido una nueva reforma de la Ley orgánica de universidades ([Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre](#), de universidades –LOU–), a fin de promover un diverso estatuto propio del profesorado, se supone que sobre todo permanente, tanto laboral como funcionarial. No obstante, y a falta de conocer en profundidad el proyecto de reforma final, ya [se anuncia en los medios](#) que se tiene intención de llevar a cabo la «regularización» de las casi 20.000 personas que actúan (actuamos) como profesorado asociado, unas más precarias que otras, sea dicho. Para ello ha comprometido –es la enésima vez por parte de un ministro del ramo– un nuevo –y se supone moderno– Estatuto del Personal Docente e Investigador (PDI). En tanto se cumplen –o no– las promesas gubernamentales, los tribunales siguen pronunciándose, porque entienden que ya existe un marco normativo superior (constitucional y comunitario) que exige, sin «quitas ni esperas», ambas cosas, sin condicionarlo necesariamente a los ajustes –siempre deseables– normativos y convencionales (colectivos) en los niveles inferiores de regulación: la muy célebre –lamentablemente– [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), sobre contrato de duración determinada, tanto en su cláusula 4 (igualdad de trato) como 5 (protección frente al abuso de la temporalidad).

Pese a las décadas de vigencia, y la década de reivindicación continua en España por parte de los tribunales (laborales y contenciosos), de sus imperativos jurídicos, auténticos derechos fundamentales de igualdad y de estabilidad (seguridad económica y ocupacional), los marcos de regulación infraconstitucional y también infracomunitaria siguen viviendo, en gran medida, al margen de estos derechos de rango superior¹. En este sentido, la LOU, que tan profuso uso hace de las figuras temporales de contratación ([art. 48](#)), carece de garantías específicas para asegurar ambos compromisos comunitarios (protección frente al abuso de temporalidad e igualdad), sin más referencias que reglas muy genéricas de delimitación de las figuras ([art. 49](#)). No obstante, aún más obsoleta y desajustada aparece la norma específica retributiva, que piensa únicamente en un modelo dominado por el PDI funcional, en todos sus componentes, por supuesto en el que aquí interesa, el complemento de méritos docentes (por ejemplo, [art. 2 RD 1086/1989, de 28 de agosto](#), sobre retribuciones del profesorado universitario).

Una disconformidad que se reproduce en la práctica totalidad de las normativas autonómicas (la retribución depende básicamente del autogobierno) respecto del PDI laboral. Aunque en el análisis aquí conducido las universidades afectadas son las madrileñas ([art. 21 Decreto 153/2002, de 12 de septiembre](#), sobre el régimen de PDI contratado), el problema se reproduce de forma análoga en prácticamente todas las comunidades autónomas.

No mejor fortuna (comprensión y atención) se suele encontrar, para el PDI laboral temporal, en aquel ámbito que mejor debería hacerlo, el convencional. A menudo, como ocurre con el artículo 24 del [Convenio colectivo aplicable al PDI laboral universitario madrileño](#), se remiten a aquellas normas autonómicas, por lo que el problema, lejos de corregirse, se perpetúa. Naturalmente, en este estado inmovilista de cosas, los conflictos judiciales se ven alimentados, incrementando de forma injustificada los litigios (lo que fomenta, admítase, el funcionamiento de la abogacía y de sus muchas personas cultoras, por vocación –y necesidad profesional–), a sabiendas, para las universidades-empleadoras, y los autogobiernos, que probablemente perderán en una lid con un resultado que bien parece una «crónica anunciada». Es el caso aquí analizado y los que están en liza en el mismo TS y que seguramente tendrán la misma suerte.

¹ Tristemente, la práctica de abuso de la contratación temporal en ámbitos tan predestinados a cumplir con las reglas de forma escrupulosa, como las universidades, templos de calidad y saber, desborda la contratación del PDI, y abarca otras actividades. Entre los ejemplos diarios de ello en los repertorios jurisprudenciales, podemos destacar, por reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [1133/2020, de 18 de diciembre](#). Esta «sanciona» con la conversión en indefinido de un contrato de obra o servicio determinado realizado por la Universidad de Valladolid con base en un convenio de colaboración con la Junta de Castilla y León, y la consiguiente subvención (se reitera, citando el precedente de la [STS 204/2020, de 4 de marzo](#), que la existencia de subvención no da patente de curso en materia de contrato de obra) que se mantiene nada menos que la friolera de 27 años. La desnaturalización del contrato temporal es tal que sorprende incluso que hubiese recurso, a todas luces indefendible.

2. Supuesto de hecho: relato fáctico de un conflicto colectivo recurrente

No nos detendremos mucho, en esta ocasión, en el relato fáctico, porque es sencillo, y muy recurrente, al menos cada vez más. El origen del conflicto judicial (demanda colectiva ex [art. 153 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) está en la impugnación sindical de la práctica de todas y cada una de las universidades públicas madrileñas (incluida la de Alcalá de Henares, pese a que firmó un acuerdo colectivo para corregirla) de excluir al PDI laboral temporal de las convocatorias de la retribución variable consistente en el complemento de méritos docentes (quinquenios), al igual que se hace para los de investigación (sexenios). El ámbito subjetivo afecta –tras alguna confusión en las demandas, que el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid aclarará– a todo el PDI laboral temporal, tanto si lo es a tiempo completo, como si lo es a tiempo parcial (por lo tanto, incluye a profesorado asociado en este derecho, aunque no tiene una función investigadora, por lo que podría quedar excluido de los complementos de investigación por criterios objetivos, como afirmó la [STS 854/2018, de 20 de septiembre](#), para el complemento de doctorado, aunque con argumentos discutibles).

Las demandas –luego acumuladas– incorporaban dos pretensiones. La principal, que reclamaba el derecho de aquel colectivo a someter la actividad docente a una evaluación quinquenal y, en caso de superar favorablemente la misma, a adquirir y consolidar por cada una de ellas el complemento por méritos docentes, en cuantía anual según la figura de PDI correspondiente. Otra subsidiaria, que reconociese y se consolidase tal derecho.

Esta última pretensión será descartada por la Sentencia del TSJ ([STSJ de Madrid 556/2018, de 8 de octubre](#)), por entender que no procede en una demanda de conflicto colectivo, por cuanto supone una valoración de forma individualizada y, en consecuencia, dependerá de cada caso. En cambio, estimará la pretensión principal. Frente a ella recurrirán las universidades demandadas.

3. Doctrina jurisprudencial: fallo y razonamiento decisorio

El TS desestima el recurso y reconoce el derecho del PDI no permanente, sea a tiempo completo o a tiempo parcial (periodos equivalentes), a someter la actividad docente realizada cada 5 años (los llamados quinquenios) a una evaluación ante su universidad empleadora. Consecuentemente, de superar favorablemente la misma, debe tener derecho a adquirir y consolidar, por cada una de ellas, el complemento por méritos docentes, en cuantía anual según la figura docente e investigadora de que se trate, en los mismos términos que el PDI laboral permanente. Así se derivaría del derecho comunitario a la igualdad de trato ex artículo 4 del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada recogido en la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), según la interpretación reiterada de la jurisprudencia

comunitaria (por ejemplo, Sentencias del TJUE de [13 de marzo de 2014, C-190/13](#), y [5 de junio de 2018, C-677/16, Montero Mateos](#) –aunque esta sentencia no terminara del modo esperado, al rechazar, como se sabe, el derecho indemnizatorio para el cese legítimo de las personas contratadas temporalmente en el empleo público, con carácter general, por lo tanto, también para el empleo público universitario–).

Con afinado criterio, el TS recuerda que la desigualdad reside en la exclusión del acceso a solicitar la evaluación de su actividad profesional, sin que haya criterio objetivo justificador de esta diferencia, pues todo el personal debe tener el mismo derecho a evaluar sus méritos si cumple los requisitos previstos. Su concesión, o no, dependerá de la valoración concreta, si bien sabido es que, para los quinquenios docentes, el reconocimiento sigue siendo automático (más bien se trata de un complemento de antigüedad –análogos a los trienios, si bien estos se reconocen de oficio, a diferencia de los quinquenios, que requieren trámite de solicitud– que de mérito docente propiamente dicho), aunque es una cuestión pendiente de revisión. Y ello a fin de que, como en el caso de los sexenios, haya una real (otra cosa es más o menos justa) valoración de méritos por la entidad empleadora o por un órgano externo competente a tal fin.

Respecto de esta última afirmación, si las evaluaciones realizadas correspondiesen a un órgano administrativo ajeno a la universidad, como en el caso de los sexenios de investigación (no sucede así, se insiste, en los quinquenios de docencia), sería un acto administrativo de ente público distinto y ajeno a la relación laboral (pese a la manifiesta incidencia en los derechos retributivos e, incluso, profesionales –carga docente–). Por lo tanto, la decisión debe enjuiciarse –en caso de impugnación– en el orden contencioso, no en el social. En este sentido, dicho sea de paso, de interés resulta la [STS 1005/2020, de 17 de noviembre](#).

En ella, con un criterio, a mi juicio, discutible, se estimará el recurso de casación ordinaria –demanda de conflicto colectivo– contra una sentencia de suplicación vasca que había asumido su competencia en tales casos. Y ello porque:

En definitiva, no siendo UNIBASQ la empleadora, y ciñéndose su actuación al marco legal de las competencias que tiene asignadas para la evaluación de la actividad investigadora de los profesores universitarios [esta actuación no supone el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral, para cuya impugnación fuese competente el orden social conforme a lo previsto en el [art. 1 LRJS](#)], corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción el conocimiento de la pretensión ejercitada en la demanda.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto: antesala de un nuevo revés

De la significativa relevancia de la doctrina jurisprudencial fijada da cuenta el hecho de su importante [difusión mediática](#), también, lógicamente, por el gran interés sindical en que

así suceda, evidenciando la nueva victoria de este colectivo frente a las persistentes políticas y prácticas de precarización de este ámbito de relaciones laborales y que se resisten a cambiar de rumbo, pese a los constantes reveses que vienen sufriendo en los tribunales. Constituiría, así, un paso más en su defensa del principio jurídico comunitario de a trabajo de igual valor, iguales derechos laborales (desde luego retributivos, también en sus componentes variables), y que tanto parecen resistirse las universidades a (querer) entender, tanto como la Administración de Justicia parece afanada en seguir recordándoles (para las universidades vascas, de interés la [STSJ del País Vasco 203/2016, de 2 de febrero](#), muy influyente en la decisión de suplicación social madrileña).

Justamente, esta decisión jurisprudencial se sumaría al precedente reconocimiento ([STSJ de Madrid 335/2020, de 28 de abril](#)) a este personal del derecho a solicitar los complementos de investigación previstos para el personal indefinido laboral (que es el mismo ganado por estos, en su día, respecto del personal permanente funcional), esto es, los llamados «sexenios de investigación» (como se anticipó, aquí su reconocimiento es más gravoso, a diferencia de los quinquenios docentes, hasta ahora –no parece que deba ser así en el futuro– automático). Esta decisión está también recurrida ante el TS. Pero, a la vista de este muy contundente precedente, parece manifiesta la dirección que tomará la Sala Cuarta, reafirmando su derecho a los sexenios.

Este cúmulo de victorias judiciales (actuales y futuras) incrementa los costes de personal para unas universidades cada vez más apretadas en sus presupuestos (el futuro no parece más halagüeño, quizás aún se ciernen más nubarrones sobre ellas). Su elevado volumen agrava este efecto (está cercano al límite legal, el 49 % –en Madrid supone casi el 48 % y afectará a más de 8.500 profesionales–; superado en varias de ellas). Pero –TJUE *dixit*– el criterio económico no puede excepcionar el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. La vigencia inmediata de estos derechos no precisa ni desarrollos normativos ni previsión convencional –cuya ausencia esgrimen las universidades, tan infructuosamente– para actualizar en derechos las expectativas económicas que el marco de prestación profesional les crea, legítimamente. Está por ver si consiguen dar un nuevo paso y acceder al complemento de transferencia de conocimiento, si bien, aquí, sí parece existir esa diferencia objetivada, ¿o no?

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúan los trabajos dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!



Sobre el #MétodoCEF.-

1. Telepresencial y online

Elige entre seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio



Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA