

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 464 | Noviembre 2021

ISSN: 1138-9532

«Angelus novus», del futuro de los ERTE a los ERTE del futuro: ¿el «ERTE por lava» augura la era del «ERTE por crisis ambiental»?

Cristóbal Molina Navarrete

Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico

Antonio Ojeda Avilés

Salario mínimo interprofesional. Negociación colectiva y gestión de la retribución

Juan Bautista Vivero Serrano

La consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación

Marta María Artacho Martín-Lagos

Crisis mundial de «mano de obra»: ¿las políticas migratorias como solución o problema para los riesgos sociales globales?

Margarita Miñarro Yanini

Estudios de derecho vivo del trabajo de hoy a la luz de la jurisprudencia de ayer. En recuerdo de don Aurelio Desdentado Bonete

Descubre nuestras novedades editoriales

del área de laboral

Lecciones de Seguridad Social



*José María Orellana
García*

978-84-454-4281-4

2021 (7.ª ed.)

784 págs.

49,50 € (papel)

Esta obra expone a lo largo de 11 capítulos los conceptos necesarios para aproximarse al sistema de la Seguridad Social y facilitar su comprensión desde un punto de vista práctico: las exposiciones teóricas se acompañan de ejemplos, precisiones con las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más destacables y casos prácticos solucionados a partir del capítulo 7. Partiendo de la composición del sistema, se analizan las obligaciones derivadas de la relación jurídica (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de las personas trabajadoras), pres-tándose especial atención al estudio de cada una de las prestaciones que integran su acción protectora.

Movilidad, extranjería y nacionalidad



Luis Vidal Martín Sanz

978-84-454-4271-5

2021 (6.ª ed.)

680 págs.

54,20 € (papel)

Esta obra es fruto de décadas de ejercicio profesional del autor, que ha trabajado con todas las leyes de extranjería de nuestro sistema constitucional, y que con marcado espíritu práctico se orienta a los profesionales que precisan solucionar su día a día en las empresas, despachos y asesorías, analizando la aplicación de directivas y reglamentos comunitarios en el movimiento de trabajadores expatriados y desplazados.

Igualdad retributiva y cálculo de la brecha salarial



José Ángel López Palomo

978-84-454-4252-4

2021 (1.ª ed.)

126 págs.

17,50 € (papel)

Este libro tiene por objeto facilitar la interpretación de las obligaciones de las empresas y las organizaciones en materia de igualdad retributiva y brecha salarial de género desde un punto de vista práctico, combinando los aspectos jurídicos y retributivos contenidos en el Real Decreto 902/2020. A través de un formato de preguntas y respuestas, se trata de aportar soluciones en relación con el contexto y el marco normativo de la igualdad retributiva, la valoración de los puestos de trabajo, los registros retributivos, la auditoría retributiva y el cálculo de la brecha salarial de género.

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 464 | Noviembre 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 Jaume I

Consejo asesor

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
María Lourdes Arastey Sahún. Magistrada del Tribunal Supremo
Laura Calafá. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
Carmen Castro Casal. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Santiago de Compostela
Rocío Gallego Losada. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Rey Juan Carlos
Antonia Mercedes García Cabrera. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA
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)
Ana María Lucía Casademunt. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Málaga
Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales
Miguel Ángel Purcalla Bonilla. Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa (Barcelona)
Alfredo Rodríguez Muñoz. Profesor titular de Psicología de las Organizaciones. Universidad Complutense de Madrid
Miguel Rodríguez-Piñero Royo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla
Aránzazu Roldán Martínez. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid
María Luisa Salanova Soria. Catedrática de Psicología Organizacional Positiva. Universidad Jaume I
María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática del área de Organización de Empresas. Universidad de Cartagena

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) (12 números en 11 volúmenes) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

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
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).

Sumario

Editorial

- «*Angelus novus*», del futuro de los ERTE a los ERTE del futuro: ¿el «ERTE por lava» augura la era del «ERTE por crisis ambiental»? 5-21
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico 23-47
Deconstructing the indicia of labour in the face of technological change
Antonio Ojeda Avilés
- El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución 49-88
The increase of the interprofesional minimum wage. The impact on collective bargaining and business management of remuneration
Finalista del Premio Estudios Financieros 2021
Juan Bautista Vivero Serrano
- La consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación 89-120
The consignment of the amount of the sentence as a requirement for the appeal in supplication
Marta María Artacho Martín-Lagos

Análisis de actualidad

- De la nueva crisis de «personas refugiadas» a la crisis mundial de provisión de «mano de obra»: las políticas migratorias como solución o problema para los riesgos sociales globales 121-142
From the new crisis of "refugees" to the global crisis of provision of "labor": migration policies as a solution or problem for global social risks
Margarita Miñarro Yanini

Diálogos con la jurisprudencia

- Estudios de derecho vivo del trabajo de hoy a la luz de la jurisprudencia de ayer. En recuerdo de don Aurelio Desdentado Bonete. Por Cristóbal Molina Navarrete**
- Presentación. Razones y sentido de este estudio: la jurisprudencia impulsada por don Aurelio Desdentado como luz de recientísimas decisiones judiciales 143-146

Desventuras del teletrabajo en el derecho vivo: entre autonomía colectiva y doctrina jurisprudencial 147-166

Misadventures of telework in living law: between collective autonomy and jurisprudential doctrine

«Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre 167-185

"Lime" and "sand": state of the interpretative art in matters of dismissal (productive reason) due to illness (personal reason). On the occasion of the Ruling of the High Court of Justice of Cataluña 4380/2021, of 14 September

Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 933/2021, de 23 de septiembre 186-196

Employment regulation and eligible terminations: de facto collective dismissal, a happy concept in continuous expansion. On the occasion of the Supreme Court Ruling 933/2021, of 23 September

Recursos humanos

No es momento de derroches: la recuperación de talentos dispersos como *driver* de competitividad 197-232

No time to waste: the recovery of dispersed talents as a driver of competitiveness

Accésit del Premio Estudios Financieros 2021

María Bastida Domínguez y Alberto Vaquero García

Acto de graduación de CEF.- UDIMA 2019-2020 y 2020-2021 233-243

Acto de entrega de los premios CEF.- 2021 244-246

Normas de publicación 247-248

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>.

«*Angelus novus*», del futuro de los ERTE a los ERTE del futuro: ¿el «ERTE por lava» augura la era del «ERTE por crisis ambiental»?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Una leyenda talmúdica nos dice que una legión de ángeles nuevos es creada a cada instante para, tras entonar su himno ante Dios, terminar y disolverse ya en la nada.

Walter Benjamin (*Angelus novus*)

1. ¿El último suspiro de los «ERTE-COVID-19» alumbra los «ERTE-pos-COVID-19»?

En un tiempo estertor de las leyes de urgencia sociolaboral pandémica, y en los albores de un tiempo distinto de leyes de reforma estructural social y laboral, el Real Decreto-Ley (RDL) 18/2021, de 28 de septiembre, formaliza en una norma de autoridad gubernamental con valor de ley el VI Acuerdo de Concertación Social en Defensa del Empleo, sobre la que, con probabilidad, será la última prórroga del instrumento de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por COVID-19.

En principio, la principal razón de la norma y sus contenidos más relevantes se dirigirían a dar certeza, aun al límite del plazo y para un tiempo corto, a la pervivencia de un sistema («escudo social») de protección del empleo, asalariado y autónomo, así como de las empresas, tan extraordinario como ya urgido de revisión para afrontar un tiempo nuevo, el de la recuperación. De ahí la carencia de novedades sustanciales, centrándose en establecer nuevas prórrogas de vigencias para medidas que tienen fecha de caducidad, como la de los ERTE-COVID-19 (y de la protección de las personas autónomas)¹. Desde esta perspectiva eminentemente continuista (tanto que también lo hace de la mayoría de las muchas incertidumbres interpretativas que ha ido acumulando esta regulación, así como

¹ Modalidades de ERTE-COVID-19 vigentes con anterioridad a la nueva norma: hasta el 31 de octubre de 2021 pasado; modalidades de ERTE-COVID-19 a solicitar nuevamente, a partir del 1 de noviembre, se extenderán, salvo que otra cosa disponga la reforma estructural anunciada, hasta el 28 de febrero de 2022.

buena parte de sus complejidades de gestión), incluso la que se presenta como gran novedad no sería sino más bien una suerte de simulacro de toma en serio de una previsión arraigada en el [artículo 47.4 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), pero completamente olvidada: las obligaciones de formación ([art. 3 RDL 18/2021](#)).

Pudiera parecer, pues, que se trata de una nueva norma que hace vivir en el presente y futuro más inmediato (28 de febrero de 2022) un instrumento que pertenece al pasado pandémico ([art. 4](#) –beneficios extraordinarios en materia de cuotas sociales– en relación con los arts. [1](#) y [2](#) –ERTE vinculados a crisis pandémica, precedentes y nuevos– [RDL 18/2021](#)). Sin embargo, analizada con más detenimiento, contiene dos novedades de interés para prefigurar los ERTE del futuro pos-COVID-19. Una, apenas referida, relativa al alumbramiento de un genuino (el ahora regulado es desvaído) modelo de «ERTE-formación-recualificación». La otra, subyace en una previsión de apariencia solo coyuntural, motivada por la emergencia volcánica que está sufriendo La Palma («la Isla Bonita»), pero que, a mi juicio, bien pudiera apuntar una nueva figura para una realidad más recurrente y sistémica en el futuro: ¿«ERTE por crisis ambientales»?

Se trata de una nueva norma que hace vivir en el presente y futuro más inmediato (28 de febrero de 2022) un instrumento que pertenece al pasado pandémico

Por su interés, en este editorial me detendré a comentar, sucintamente, algunos de los aspectos más relevantes de estas dos novedades y su proyección para los futuros «mecanismos de sostenibilidad del empleo» que ya se anuncia serán la figura que sustituya a los ERTE, tanto excepcionales (COVID-19) como estructurales ([art. 47.3 ET](#)), si bien recogiendo aspectos de unos y de otros. No obstante, antes del abordaje de su exposición crítica haré un breve repaso por algunos aspectos que merecen comentario en relación con las medidas de protección a las personas trabajadoras, tanto asalariadas como autónomas, en especial las novedades relativas a la ampliación del beneficio social extraordinario del «contador a cero» de la protección por desempleo.

2. Protección extraordinaria frente al desempleo de las personas trabajadoras en ERTE-COVID-19: entre continuidad y mejora (extensión del «contador a cero»). Como ya se ha anticipado, en lo sustancial, el [RDL 18/2021](#) conserva el conjunto y la secuencia de medidas que han venido conformando el escudo sociolaboral contra la COVID-19, objeto de múltiples análisis en números precedentes de esta revista, a los que remitimos. Hemos dicho que nos centraremos en las medidas relativas a los ERTE. Pero merecen reseña algunos aspectos sobre protección a las personas frente al riesgo de desempleo creado por la COVID-19. Los podemos agrupar en dos bloques (aunque estén dispersas las medidas entre el cuerpo articulado y una abigarrada serie de disposiciones extravagantes, esto es, disposiciones adicionales –la [octava](#) es verso suelto: deber de información de la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– a las fundaciones laborales según convenio colectivo– y [transitoria](#)):

- medidas de cobertura extraordinaria de la situación de desempleo (personas en ERTE, personas con contrato a tiempo parcial y fijas discontinuas: arts. 6 y 7 RDL 18/2021)² o
- medidas complementarias laborales para evitar los despidos (art. 5 RDL 18/2021: cláusula de salvaguarda de empleo; reglas prohibitivas de horas extras o de las externalizaciones en situaciones de ERTE, etc.; «prohibición» de despedir –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] de Galicia 2635/2021, de 21 de junio–, en relación con el art. 2 RDL 9/2020)³.

Al respecto, la imagen de continuidad esencial hasta el 28 de febrero del año próximo no debe velar algunas novedades, incluidas particulares modificaciones de leyes de urgencia precedentes. Desde esta perspectiva cabría destacarse⁴:

La imagen de continuidad esencial
no debe velar algunas novedades

- El denominado «contador a cero» se prorroga de manera extraordinaria hasta el 1 de enero de 2023: el tiempo consumido de desempleo por las personas en ERTE desde septiembre de 2020 no computará para disfrutar de la prestación en caso de despido, por cualquier causa, después del 1 de enero de 2023⁵.
- Las bases reguladoras de las personas trabajadoras, sobre las que se calculan las prestaciones, se incrementan del 50 al 70 % para quienes hayan consumido 180 días.
- Se establece una prestación extraordinaria por desempleo para las personas con contratos fijos-discontinuos, especialmente en el sector turístico, aunque se concentra singularmente en Baleares. También se garantiza el «contador a cero» para este colectivo, que antes no estaba garantizado.

² De ahí que se mantenga el 70 % de la base reguladora para calcular el importe de la prestación a recibir por las personas trabajadoras en ERTE durante la prórroga, así como las condiciones de acceso a la prestación, aunque no se tenga el tiempo cotizado requerido. Para las personas trabajadoras autónomas, la prórroga de protección se encuentra en los [artículos 8 a 11 del RDL 18/2021](#).

³ La [disposición adicional novena](#) prorroga el Plan MeCuida.

⁴ Conviene advertir, aunque no sea objeto de este análisis, que la [disposición final segunda del RDL 18/2021](#) aprovecha para modificar la regulación del ingreso mínimo vital (IMV), una más en una secuencia larguísima e inacabada, quizás inacabable. Ahora se precisa el requisito del domicilio independiente que establece el [artículo 7.2 del RDL 20/2020, de 29 de mayo](#), con efectos desde el 11 de julio de 2021, para mayores y menores de 30 años.

⁵ Así deriva de la [disposición final primera del RDL 18/2021](#), que modifica el punto 7 del artículo 8 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, que a su vez preveía la prórroga de vigencia de esta medida, prevista en el artículo 25.1 b) del RDL 8/2020, de 17 de marzo (hasta el 30 de septiembre de 2020). No son buenos tiempos para la técnica legislativa, no, aunque la norma resultante esté aquí clara y sea positiva.

3. ¿Qué hay de nuevo –real o pretendidamente– en la tramitación y gestión de los «últimos» ERTE-COVID-19?: del «ERTE-sectorial» al (simulacro de) «ERTE-formación». Es en la prórroga de los que, a juzgar tanto por la realidad de retorno a la cuasi normalidad como por la propia decisión del Gobierno anunciada en la [disposición adicional tercera](#), parece serán los «últimos» ERTE-COVID-19 donde se concentra la mayor atención de esta nueva norma de coyuntura sociolaboral pandémica. Los aspectos de interés se hallan en su tramitación, lógicamente (gestión administrativa), sin duda un auténtico quebradero de cabeza, pese a la pretendida simplificación que exhibe en su presentación oficial de la norma el Gobierno, como en sus contenidos (beneficios sociales y sus condiciones).

Es en la prórroga de los «últimos» ERTE-COVID-19 donde se concentra la mayor atención de esta nueva norma de coyuntura

- a) De la prórroga automática a la prórroga solicitada (a instancia de parte), si bien el silencio sigue siendo negativo, como mecanismo de control efectivo de eventuales fraudes (que la práctica ha demostrado son una minoría).

Hasta ahora, para facilitar el trámite –siempre complejo y sometido a la superior revisión de la autoridad laboral y su brazo actuante en funciones de verificación, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social– de prórroga se contemplaba con automatismos. Así se ha dispuesto también para la prevista hasta el 31 de octubre de 2021 pasado. Pero para la renovación con un horizonte menos perentorio, la que se sitúa como referente temporal máximo en el 28 de febrero de 2022, será obligatorio solicitarla ante la autoridad laboral competente (en función de la ubicación del centro de trabajo afectado –[art. 25 RD 1483/2012, de 29 de octubre](#)–), a realizar entre el 1 y el 15 de octubre. Para tramitar esta solicitud –en el modelo oficializado que ya han publicado diversas comunidades autónomas⁶–, debe acompañarse de diversa documentación⁷, condición *sine qua non* para la autorización de la prórroga, sin que, por cierto, se haya previsto trámite específico de subsanación, lo que planteará el problema de si cabe acudir a la normativa común.

El sistema de doble prórroga se aplica con vocación de generalidad

De este modo, se apuesta por un instrumento de control del –eventual– fraude altamente riguroso y que sin duda generará problemas y conflictividad. En todo caso, menor de la que hubiese generado de haberse terminado aplicando el mecanismo que anunció

⁶ Para Galicia la [Orden de 30 de septiembre de 2021, de la Consellería de Empleo e Igualdad](#); Castilla-La Mancha publicó, hasta el cierre de este trabajo, solo una [síntesis de requisitos para la tramitación](#).

⁷ Se trata del listado de las horas o de los días de trabajo suspendidos o reducidos desde julio de 2021. Para los ERTE-ETOP (por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción), se añade el informe de la representación de las personas trabajadoras.

el Gobierno, como era cambiar del modelo de silencio positivo (mantenido) al de silencio administrativo negativo (desechado)⁸. El sistema de doble prórroga se aplica con vocación de generalidad (ERTE-FM [por fuerza mayor] vigentes a 30 de septiembre de 2021 –[art. 22 RDL 8/2020](#)– y ERTE-impedimento o limitación de actividad), incluidos los ERTE-ETOP ([art. 1 RDL 18/2021](#), en relación con el [art. 23 RDL 8/2020](#)). Esta inclusión sin matiz prescinde de la diferente fuente: autorización en el ERTE-FM, eventual acuerdo para el ERTE-ETOP.

En consecuencia, es posible que los periodos de la prórroga y los previstos en el acuerdo no coincidan, generándose una fuente de incertidumbres y conflictos que no tienen fácil solución. Parece que lo más razonable es entender que, en tales casos, no estamos ante una prórroga en sentido estricto, sino ante la necesidad de un deber de comunicación específico a fin de que la autoridad laboral proceda, como apunta el que se requiera el informe de la representación laboral.

b) La agilización del tránsito entre ERTE-impedimento y ERTE-limitación.

Aunque prácticamente todo el país está ya en una situación de cuasi normalidad, con cero restricciones, se asume que puedan producirse otras nuevas, por lo que no solo se mantiene la previsión del tránsito del ERTE-impedimento al ERTE-limitación de la actividad ([art. 2.2 RDL 18/2021](#)), sino incluso la opción de solicitar nuevos ERTE-impedimento o limitación ([art. 2.1 RDL 18/2021](#)). Como es lógico, se simplifica notablemente la primera opción, la de tránsito, pues en tal caso no se requiere tramitación de nueva solicitud, aunque sí se establecen obligaciones de transparencia y comunicación a cargo de las empresas ante la autoridad laboral que lo autorizó (por ejemplo, cambios de situación, fecha de los efectos, centros y personas trabajadoras afectadas), así como una declaración responsable ante la TGSS ([art. 2.3 RDL 30/2020](#)).

c) El rediseño parcial de las exoneraciones en los estertores ERTE-COVID-19, aun sin alterar su señal de continuidad, incluso de los «ERTE-zombis».

Ni que decir tiene que el principal atractivo (en realidad, la gran condición de su éxito, aunque no suela reconocerse tan descaradamente) de estos ERTE-COVID-19 en la norma que marca su ocaso (como en Reino Unido, Francia) son las exoneraciones en las cuotas sociales. Este beneficio extraordinario

El principal atractivo (en realidad, la gran condición de su éxito) de estos ERTE-COVID-19 en la norma que marca su ocaso son las exoneraciones en las cuotas sociales

⁸ Para la problemática del silencio administrativo en los ERTE-COVID-19, *vid.* [Sentencia del Tribunal Supremo 83/2021, de 25 de enero](#), y [STSJ de Madrid 901/2020, de 24 de noviembre](#).

se mantiene para ERTE-FM (residuales, y cuestionados incluso por el Banco de España –«ERTE-zombis»–, no obstante vincularse a sectores específicos con limitada recuperación: [art. 22 RDL 8/2020](#)) por limitación o impedimento y empresas integrantes en la «cadena de valor» que transiten desde un ERTE-FM a un ERTE-ETOP entre el 1 de octubre de 2021 y el 28 de febrero de 2022.

Pero no todo mantiene el mismo «espíritu de generosidad» en el reconocimiento de beneficios sociales. Así, reflejo del nuevo tiempo de recuperación y de imagen que se quiere dar, a tal fin, el Gobierno elimina la exención a ciertos ERTE-FM para favorecer la reincorporación. Ahora solo se reconoce la exoneración respecto de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE. Asimismo, y con un alcance menor en la práctica, si bien se mantiene la aplicación de distintos porcentajes de exoneración en función de la plantilla, el umbral ocupacional diferenciador se establece –también tiene efecto de una señal restrictiva– en 10 personas empleadas, no en 50, como venía sucediendo hasta el momento. Aunque, evidentemente, la gran «novedad normativa» –que no en el plano estrictamente jurídico, como volveré a razonar– está en la diferencia de cuantías según medien o no compromisos de tipo formativo. Las que –voluntariamente– realicen acciones formativas tendrán mayor porcentaje de exoneración ([art. 4.1 RDL 18/2021](#)), convirtiéndose en obligaciones como contrapartida al mayor beneficio social.

No todo mantiene el mismo «espíritu de generosidad» en el reconocimiento de beneficios sociales. El Gobierno elimina la exención a ciertos ERTE-FM para favorecer la reincorporación

d) Hacia un nuevo esquema de regulación-financiación de los ERTE: el ensayo –desvaído– de los «ERTE-formación», voluntarios, pero incentivados.

En efecto, en la nueva regulación, no solo se reducen con carácter general las exoneraciones (faceta cuantitativa), sin perjuicio de la continuidad de la exención total para ciertos ERTE-impedimento, sino que, como aspecto diferente básico, se condiciona la cuantía a actividades formativas de las empresas. Además, se asume buena parte del coste de esa formación, que no parece comprenderse tanto como una «inversión productiva», a cargo de la empresa, cuanto más bien como «gasto», una nueva «carga empresarial», que debe ser aligerada mediante subvención pública del grueso de su coste (cultura de la formación subsidiada) a través de fondos del Estado –sin perjuicio de los autonómicos–, como son los del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

4. Tras «dormir el sueño de los justos», la actividad formativa en situación de ERTE aflora como garantía de empleabilidad: ¿recapacitar para recolocar internamente o para la recolocación externa? El objetivo que anima esta (más pretendida que real) «nueva filosofía o alma» de los «ERTE-formación» sería el de garantizar que «el capital profesional» de

las personas en tal situación no se deteriore (descualificación), sino que incluso aumente (recualificación profesional). ¿Cómo? En primer lugar, en virtud de nuevas competencias transversales, como las digitales –mencionadas expresamente–. En segundo lugar, con la adquisición de nuevas competencias funcionales (capacidades de novación de la profesionalidad –aunque quiebre la «regla aristotélica» del derecho del trabajo clásico relativa a la unidad profesional–), útiles para poder emplearse en sectores diferentes (oportunidades de recolocación externa).

El objetivo que anima esta (más pretendida que real) «nueva filosofía o alma» de los «ERTE-formación» sería el de garantizar que «el capital profesional» de las personas en tal situación no se deteriore

De este modo, se facilita más que el valor de la polivalencia para estas personas, objetivo explicitado en el [artículo 47.4 del ET](#) y que refleja el modelo alemán del que procede, el denominado *Kurzarbeit* (la arraigada y útil receta alemana para que una crisis –económica o sanitaria– no dispare las tasas de desempleo, por el mayor valor que la empresa da a retener a una persona trabajadora capacitada –inversión productiva– que a su despido para luego contratar a otra que deba formar, con el coste que supone: coste formativo, costes de pérdida de oportunidad), su reconversión profesional, que pueda emplearse en otros sectores y/o empresas (recolocación externa). Un objetivo, sin duda, también apuntado por la norma estructural o estatutaria laboral ([art. 47.4 ET](#)) al atribuir al compromiso formativo, expresado no como obligación empresarial estricta, sino solo como una recomendación, un desiderátum programático («se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional [...] cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad»), pero, a mi juicio, apunta más bien a la recolocación interna.

Pese a la calificación en el preámbulo como «relevante novedad», vemos que, en un sentido normativo estricto, no lo es, porque la previsión es de larga data en el [artículo 47.4 del ET](#). Lo que sí es cierto es que, hasta el momento, no se ha exigido. Consistiría en un programa de intercambio de beneficios sociales para las empresas por obligaciones formativas para las personas incluidas en el ERTE, como garantía de empleabilidad en el mercado de trabajo (no solo, ni siquiera tanto como garantía de mantenimiento del empleo en la empresa actual), mediante la mejora de las competencias profesionales («capital humano») de aquellas. Que el Gobierno sigue sin tener una idea clara de qué tipo de acciones formativas deben ser las más adecuadas a estos fines, evidenciando al tiempo una notable improvisación, se refleja en que se contentará con cualquiera de las acciones formativas previstas en el amplio abanico contemplado en la [Ley 30/2015, de 9 de septiembre](#), por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, la mayoría de las cuales no se ajustan a esta situación específica.

En este sentido, pese a que precisa el preámbulo que deben priorizarse las acciones dirigidas a atender «necesidades reales de formación», lo que va de suyo y parece una obviedad,

luego no se concreta en el texto articulado esa condicionalidad, salvo en la cuantía del beneficio de la exoneración de cuotas (**art. 3 RDL 18/2021**: 80 % si se realiza formación, al margen de la dimensión de la empresa), incluso se acepta lograrlo sin actividad formativa, aunque en este caso, lógicamente, se reduzca de manera notable (40 % si no se da y se trata de empresas de 11 personas empleadas o más; 50 % si la plantilla tiene 10 o menos).

Más aún. Como se decía, la formación puede no tener «relación directa con la actividad desarrollada en la empresa». Pero entonces ¿qué empresa toma en serio la formación de sus personas empleadas si no obtiene con ella una utilidad para sí, puesto que nada tiene que ver con sus actividades, sino con la mejora de las opciones de sus personas empleadas, «carne de cañón» de futuros despidos, para encontrar un nuevo empleo, esto es, para su recolocación?

¿El Gobierno está reconociendo, de forma implícita, que estamos ya en el tiempo de «ERTE-zombis»? La **disposición adicional tercera del RDL 18/2021** parece confirmarlo. En cualquier caso, parece claro que el Gobierno sí asume la crítica vertida contra nuestro mercado de trabajo por su incapacidad de ajustar las ofertas de empleo a las demandas debido a sus deficiencias formativas. Nuestro auténtico «talón de Aquiles» (junto al exceso de precariedad, claro).

En el caso de optar por acciones formativas –siempre dentro de la jornada que ha sido suspendida o reducida–, la carga de capacitación profesional añadida dependerá de la dimensión ocupacional de la plantilla:

- tendrán que dedicar 30 horas de formación por persona si tienen entre 10 y 49 personas trabajadoras;
- 40 horas si cuentan con plantillas superiores.

5. ¿Una obligación formativa tomada en serio?: el momento de impartición se fía a larga data (casi 9 meses –«un embarazo»–), el coste a cargo del SEPE. En lo que concierne a la financiación de estas actividades formativas, a realizar no de manera inmediata, pues tiene un generoso límite temporal de 9 meses (antes del 30 de junio de 2022), prácticamente el tiempo de un embarazo, se vincula con un aumento del crédito que se utiliza para financiar la formación programada y regulada en ley del sistema de formación profesional para el empleo. Así:

- 425 euros por persona trabajadora en ERTE de empresas de menos de 10;
- 400 euros por persona para empresas de 10 a 49 personas empleadas;
- 320 euros por persona para empresas de 50 o más.

Pese a que precisa el preámbulo que deben priorizarse las acciones dirigidas a atender «necesidades reales de formación», luego no se concreta en el texto articulado esa condicionalidad, salvo en la cuantía del beneficio de la exoneración de cuotas

Por tanto, el compromiso no es cargar a las empresas con más costes, pese a que la capacitación tiende a entenderse como una «inversión productiva», sino socializarlos también. De modo que el aumento del crédito necesario para financiar tales actividades formativas se cubrirá con una aportación extraordinaria al SEPE. Un incremento del crédito que, sin duda, redundará en la creación de nuevas oportunidades de negocio para el sector privado de la formación profesional, el dominante en este ámbito.

El compromiso no es cargar a las empresas con más costes, pese a que la capacitación tiende a entenderse como una «inversión productiva», sino socializarlos también

Al respecto, conviene recordar, solamente al paso, que se publicó también el [Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre](#). Especialmente pretencioso, porque dice regular de forma sistemática, integral, simplificada y actualizada el conjunto de los programas comunes de activación para el empleo, a fin de establecer los contenidos esenciales que deben formar parte de ellos para mejorar nada menos que la eficacia de unas políticas activas de empleo que llevan más de 3 décadas obsoletas en nuestro país. Demasiada ambición para tan poca norma, auténtico galimatías a la hora de delimitar con razonable precisión algo tan elemental como la vigencia de unas normas –las que pretende derogar la nueva– y otras –las que pretenden establecerse de futuro–; es extemporánea, tarde en el cambio de lo viejo y pronto en la antesala de una nueva Ley de empleo, lo que, de seguro, llevará a su fracaso⁹.

¿Por qué la traemos a colación, entonces? Porque, cómo no, también reserva un espacio importante a los programas del eje 2, el relativo a la «formación» ([arts. 29 a 40](#)). Un aspecto esencial es la regulación de los «programas públicos mixtos de empleo-formación», así como «programas experienciales», poniendo el acento en el presupuesto de mediar un contrato de trabajo, sobre todo de formación, pero también admite otros temporales, que no precisa, remitiendo a una normativa laboral ([art. 37](#)) que es incierta cuando entre en vigor real –si lo hace– al estar anunciada una reforma de la contratación temporal en la que el típico contrato de obra o servicio parece tener sus días contados. Pero contempla otras muchas cuestiones, como la financiación, claro, siempre en el marco de las competencias del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Aunque, como ya se recordó en el [editorial del número precedente](#), a propósito de la reforma de la formación profesional, no es el único ministerio con competencias en este ámbito, también el de

Es una reforma reglamentaria que quedará obsoleta antes de aplicarse, porque se hace en un contexto de reformas legales, que exigirá otro desarrollo reglamentario

⁹ [Vid. Rojo Torrecilla: El empleo y la formación. Medidas necesarias, ¿medidas adoptadas a tiempo? Notas a propósito del RD 818/2021, de 28 de septiembre, y repaso del marco normativo vigente.](#)

Educación y Formación Profesional ([art. 5.3 a\) RD 498/2020, de 28 de abril](#) –estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional–). En suma, es una reforma reglamentaria que quedará obsoleta antes de aplicarse, porque se hace en un contexto de intensas y extensas reformas legales, que exigirá otro desarrollo reglamentario.

6. De emergencia en emergencia: los

«ERTE-por crisis volcánica». Como también es bien sabido, el [RDL 18/2021](#) contiene otra importante novedad en la regulación de la figura del ERTE. Novedad no por sus contenidos, que son análogos a los ERTE-COVID-19, sino por la dramática causa que los motiva. No es otra que la emergencia surgida con la crisis volcánica en la isla de La Palma, la llamada «Isla Bonita», ahora arrasada en una parte cre-

ciente por las coladas de lava provenientes de la erupción en Cumbre Vieja. En la denominada parte extravagante del RDL 18/2021 (disps. adics. [quinta a séptima](#)) se establecen medidas extraordinarias, desde el ámbito sociolaboral, para tratar de paliar, siquiera parcialmente, las gravísimas consecuencias de los procesos de destrucción de actividad y empleos asociados a las coladas de lava. Aunque, casi a modo de metáfora de nuestro tiempo, y más del que viene (la transición digital y la verde tanto destruyen lo construido como construyen un nuevo mundo en su pulso por la sostenibilidad), signifiquen procesos de creación de nuevos espacios y oportunidades de futuro con los terrenos añadidos por la lava, también la que está fluyendo al mar y que se prometen creadores de riqueza cuando se puedan explotar¹⁰.

La [disposición adicional quinta](#) regula las medidas extraordinarias para empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja. Estas empresas (códigos de cuenta de cotización correspondientes a las provincias de la comunidad autónoma de Canarias), que hayan visto o vean impedido o limitado el desarrollo de su actividad y se les autorice un ERTE-FM, tendrán derecho a los beneficios extraordinarios previstos. Así, como rasgos básicos se establecen (procedimiento y requisitos para la aplicación de las exoneraciones de cuotas son los del [art. 2 RDL 30/2020](#)):

- La autoridad laboral deberá dictar resolución en el plazo de 5 días, resultando facultativa la solicitud del informe de la Inspección de Trabajo (previsto en el [art. 33.1 RD 1483/2012](#)). El silencio será negativo.

¹⁰ El alegato de los plataneros del volcán: «En el 49 convertimos la ruina en riqueza y lo volveremos a hacer».

- Estos expedientes surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la FM y se mantendrán hasta el 28 de febrero de 2022, resultándoles, en su caso, igualmente de aplicación el mecanismo de transición regulado en el [artículo 2, apartados 2 y 3, del RDL 18/2021](#). En todo caso, se prevé su prórroga si la evolución de la crisis volcánica así lo exigiera.
- Los beneficios son los siguientes: ERTE-impedimento, exención del 100 % de la aportación empresarial devengada –por los conceptos previstos en el [art. 273.2 Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS), así como la cuota de recaudación conjunta– durante el periodo de cierre, y hasta el 28 de febrero de 2022. El ERTE-limitativo, el 90 %.

No solo las empresas reciben esta protección extraordinaria, claro está, también las personas trabajadoras afectadas por estos ERTE-erupción volcánica. De forma análoga a los ERTE-COVID-19 se prevé la protección extraordinaria por desempleo, establecida en el [artículo 6 del RDL 18/2021](#) (que, como se recordó, a su vez, remite a los [apdos. 1 a\) y 2 al 5 del art. 25 RDL 8/2020](#)). En consecuencia, el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias no computará para el consumo de los periodos máximos de percepción establecidos (contador a cero). Por su parte, la [disposición adicional sexta](#) establece las medidas extraordinarias de Seguridad Social para las personas trabajadoras autónomas afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja en La Palma. En estos casos se prevé que:

- Podrán causar derecho a percibir la prestación por cese de actividad ([título V LGSS](#)), sin que se computen, a efectos de consumir los periodos máximos de percepción establecidos, los 5 primeros meses de esta prestación.
- Se considerará como cumplido, a los efectos de poder acceder a la prestación por cese de actividad, el requisito de cotización ([art. 338 LGSS](#)).
- Las personas trabajadoras autónomas que a 30 de septiembre de 2021 se hubieran beneficiado de algunas de las prestaciones por COVID-19 (arts. [6, 7 y 8](#) o en la [disp. trans. segunda](#) RDL 11/2021, de 27 de mayo), y se vean obligadas a suspender o cesar en su actividad por la erupción, tendrán derecho a 5 meses de prestación, no computables para su periodo total de prestación.

Finalmente, se establece una típica norma de derecho reflexivo, previendo un espacio de diálogo interadministrativo a fin de facilitar una acción coordinada entre los tres niveles de gestión público-administrativa concernidos. Así, la [disposición adicional séptima](#) establece la Comisión mixta para la reconstrucción, recuperación y apoyo a la isla de La Palma.

7. ¿«Angelus novus»? el anuncio-augurio de un nuevo modelo de ERTE para una normalidad con mecanismos de sostenibilidad del empleo estructurales. Pese al más que manifiesto carácter coyuntural tanto de los «ERTE-COVID-19», que llegan a su fin, por fortuna (en lo que representa de tiempo anunciador de la recuperación económica), como de los «ERTE-erupción volcánica», estos aún más localizados, el Gobierno no ha querido dejar pasar la oportunidad de anunciar que parte de lo regulado en tiempos de excepción por emergencias (pandémica, volcánica) servirá para reconstruir la figura del ERTE ex artículo 47 del ET. De ahí que en su [disposición adicional tercera](#) anuncie un nuevo modelo que debería reproducir las condiciones de éxito básicas de los «ERTE-crisis pandémica». Por eso, advierte de que la referencia temporal del 28 de febrero de 2022 no será necesariamente respetada en el futuro, previniendo a las empresas de que la prórroga no evitará que deban someterse a un nuevo régimen, una vez sea aprobado.

En suma, la norma de presente (coyuntural) anuncia ya el futuro, y parece hacerlo a modo de una suerte de «Angelus novus»¹¹. Aunque quiera darse un sentido positivo a este «nuevo ángel de la historia sociolaboral» pospandémica. Se promueve una lectura positiva al proceso augurado (como la Organización Internacional del Trabajo –OIT–¹²) de normalización futura de lo considerado de una forma excepcional en el pasado –y en el presente–, como son las crisis (sanitarias, económicas, ecológicas, tecnológicas, etc.). La historia dice que son recurrentes y aún lo serán más en el futuro, por eso la necesidad de anticiparse.

La norma de presente (coyuntural) anuncia ya el futuro, y parece hacerlo a modo de una suerte de «Angelus novus»

El preámbulo de la (¿última?) ley de excepción pandémica incluye una referencia al mayor protagonismo (ahora sí tomado en serio, se entiende, tras el simulacro del [RDL 18/2021](#)) de las políticas (público-empresariales) formativas en el futuro «mecanismo de sostenibilidad del empleo» (MSE), figura prevista para sustituir a los ERTE-COVID-19 en la gestión estructural que priorizará la flexibilidad interna en la inminente (ahora parece que sí) contrarreforma laboral. La [disposición adicional tercera](#) (vinculación de los

¹¹ *Angelus novus* (Ángel nuevo) es el título de una célebre obra (reedición [Editorial Comares, Granada, 2012](#)) del filósofo Walter Benjamin y que se inspira en una leyenda hebrea originaria del Talmud. En esencia, formula una teoría del «Ángel de la historia» como comprensión pesimista del devenir histórico como un ciclo continuo de situaciones críticas y dramáticas que explicarían el sentimiento (natural y social) de desesperación de la condición humana. En cambio, el filósofo Jürgen Habermas sostiene una visión optimista, positiva, de modo que el ángel representaría realmente la posibilidad de redención o de transformación, al ser su mirada hacia el pasado una retrospectiva que se enfrenta al daño causado, para enmendarlo y, en lo posible, evitar que vuelva a suceder.

¹² *Anticiparse a las crisis, prepararse y responder. Invertir hoy en sistemas resilientes de seguridad y salud en el trabajo* (OIT, 2021).

beneficios de cotización a acciones formativas en el ámbito del MSE¹³) avanza algo más en la prefiguración de ese futuro próximo. Así:

- De un lado, el futuro MSE preverá una vinculación directa de los beneficios en materia de cotización al desarrollo efectivo, por las empresas, de acciones formativas a favor de las personas trabajadoras afectadas por la reducción de jornada derivada de su aplicación. Se podrá valorar el conjunto de la oferta formativa (ERTE-formación).
- Los ERTE-COVID-19 que, de conformidad con la futura ley, transiten al MSE deberán dirigir las acciones formativas en tales casos «a fomentar la transición profesional necesaria para afrontar los cambios económicos o tecnológicos (ecológicos, energéticos, de transición digital) que requieran una revisión de su organización» (ERTE-crisis sistémicas o estructurales continuadas).

Aunque no se conoce nada seguro sobre dicho mecanismo, más que el nombre, y que la formación será una condición necesaria (parece que lo contemplado en el [art. 47 ET](#) dejará de dormir el sueño de los justos y adquirirá la condición de obligación, no solo recomendación incentivada), cabe pensar que se abre un abanico de diversificación más amplio. A tal fin, se apunta en dos direcciones:

- Diversificación según el sector de actividad («ERTE-MSE sectorial»).
- Distinción según cambios sistémicos, incluidos los ecológicos («ERTE-MSE cíclico»).

8. El augurado futuro ya es presente: ¿de la erupción volcánica a la irrupción de la era de «ERTE-por crisis ambientales»? Pero mientras las normas y sus poderes creadores (de momento el Gobierno y los interlocutores sociales, a falta de la anhelada intervención legislativa, no solo con sentido reafirmatorio o de mera convalidación de lo que aquellos hacen) tratan de ganar tiempo para preparar el futuro, este ya está aquí, es presente y exige la debida respuesta, sin demora. Precisamente, es en este contexto de interacción de lo que se augura y de lo que ya sucede donde creo que tiene sentido hablar de un nuevo tipo de instrumento de regulación de empleo vinculado a la emergencia que ahora está ocupando el primer plano de la escena mundial, el cambio climático y su lucha –también resistencia–: los «ERTE-por crisis ambientales».

Es en este contexto de interacción de lo que se augura y de lo que ya sucede donde creo que tiene sentido hablar de un nuevo tipo de instrumento de regulación de empleo: los «ERTE-por crisis ambientales»

¹³ En esta misma dirección se sitúa la [disposición adicional decimotercera](#), de medidas para las personas trabajadoras autónomas en el ámbito del MSE.

Precisemos, para no especular en el vacío, sino ofrecer respuestas coherentes desde el derecho social para los cambios no solo augurados, sino presentes (por cierto, el [preámbulo de la ley del IMV](#) lo advierte igualmente –alude a las crisis tecnológicas y a las ambientales como recurrentes– y augura una función sistémica al IMV, pese a nacer en una situación de coyuntura-emergencia sanitaria). En efecto, es evidente que [no hay relación alguna](#) –pese a los bulos que corren por las redes sociales– entre la emergencia volcánica y el cambio climático. En cambio, sí es una evidencia científica la relación causal entre cambio climático y COVID-19. La Organización Mundial de la Salud (OMS) no duda y argumenta que [la emergencia ambiental está en la fuente de las últimas epidemias y pandemia](#), y aún lo estará más en las venideras, más usuales:

El huésped siempre es el mismo, siempre en condiciones ambientales de estrés, con deforestación y prácticas agrícolas muy intensivas, grandes errores en no preservar la biodiversidad, así como la comercialización de especies de animales salvajes sin protección en su traslado, ha contribuido a un aumento de enfermedades infecciosas (María Neira, directora de Salud Pública de la OMS).

Del mismo modo que es efecto del cambio climático la intensificación de otros fenómenos meteorológicos adversos, como la gran nevada («Filomena») que paralizó Madrid durante varios días. Al respecto, parece ya más una cuestión científico-social que de profetismo astrológico, incluso de saberes ancestrales (por ejemplo, [«método de las cabañuelas»](#)), prever la siguiente. Como previsible era que las compañías aseguradoras, cada vez más urgidas de pagos millonarios por catástrofes naturales, incluida la erupción volcánica, [pidieran una mayor responsabilidad social en el pago de los «daños por catástrofes naturales»](#), en la medida en que sus cuentas de resultados y, por lo tanto, su viabilidad se resiente de forma creciente.

¿Y el disparatado y absolutamente descontrolado precio de la luz tiene que ver con el cambio climático? Las desmedidas subidas en la factura de la luz que sufrimos, aunque se tienden a considerar como «históricas» y, por tanto, vinculables a situaciones típicas de una coyuntura, la realidad es que, junto a otros factores, [traen causa del coste del CO2](#), y ello ya sea en invierno o en verano, porque [cada vez tienen que ver menos directamente con los consumos reales](#) y más con decisiones externas (ambientales, institucionales).

En consecuencia, por enésima vez, como nos ha enseñado –a un precio muy alto– la crisis pandémica, las políticas de «salud ambiental» (transición verde) no pueden desligarse de las políticas económicas e industriales (la «salud económica» de un país), y viceversa, y, por tanto, tampoco de las políticas laborales y de mercado de trabajo. Antes o después, exigen medidas de regulación de empleo, que, si no es adecuada, en términos de flexibilidad interna (novatoria de condiciones de empleo y trabajo), mutará en definitiva (destructiva de empleo). ¿Modismo, especulación? No.

Volvamos por la senda de los ejemplos sistémicos, es decir, los casos que describen nuevas realidades y, por tanto, requieren nuevos instrumentos jurídicos de gestión. En este sentido, tengo para mí que quien redactó la [disposición adicional tercera](#) (como el que hizo lo propio con el [preámbulo de la norma del IMV](#)), cuando incluye en la necesidad de renovación del instrumento de regulación de empleo (ERTE-MSE) no solo los procesos destrucción-construcción sociolaboral ligados a las mutaciones económico-tecnológicas (transición digital), sino también a las transformaciones «ecológico-energéticas» (transición verde), no es ajeno a situaciones de parón productivo, y, por lo tanto, de la regulación de empleo derivada, ligadas a la espiral de subidones de la factura de la luz.

Nuevas realidades requieren nuevos instrumentos jurídicos de gestión

Es el caso, por ejemplo, de la acería Sidenor. [Parará su producción, en su centro principal de Basauri \(Vizcaya\), 20 días](#) al cuadruplicarse los gastos de electricidad (de 60 a 260 € tonelada). El parón será intermitente y equivale a la reducción del 30 % de los días laborales programados hasta el 31 de diciembre. Meses antes, el grupo informó a los sindicatos más representativos de su decisión de ampliar plantilla. Asimismo, estuvo interesada en la compra de la planta de Alcoa en San Ciprián (recuérdese que la pésima gestión de la crisis de precios por Alcoa llevó a un despido colectivo anulado por la [STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2020, rec. 48/2020](#)). Ahora, alerta no solo de este parón intermitente para 800 personas empleadas, sino de otros progresivos para las restantes 800 de plantilla.

[No está sola](#). La misma decisión adoptó Ferroatlántica, que paró uno de sus cuatro hornos en la fábrica de Boo de Guarnizo (Cantabria), valorando, de futuro, la deslocalización de la producción, trasladando sus plantas a Francia y Noruega. Asturiana de Zinc tampoco ha escapado a los altos precios de la electricidad. El gigante del zinc ha elaborado un calendario anticipado de paradas con la esperanza de ganar tiempo.

La lista es más amplia (por ejemplo, industria cerámica y azulejera), pero no seguiremos. La espiral de la factura de la luz, como la inflacionista, pese a lo que se quiere hacer ver (son pasajeras), no son la causa última de los problemas de fondo, más bien solo sus síntomas, aunque graves y muy «dolorosos» en el plano social e industrial, también laboral.

La lista es más amplia (por ejemplo, industria cerámica y azulejera), pero no seguiremos. La espiral de la factura de la luz, como la inflacionista, pese a lo que se quiere hacer ver (son pasajeras), no son la causa última de los problemas de fondo, más bien solo sus síntomas, aunque graves y muy «dolorosos» en el plano social e industrial, también laboral.

De nuevo, un preámbulo legal (no en el articulado, lo que evidencia que «predicar no es dar trigo», con lo que, [como afirma la profesora Margarita Miñarro](#), hace dudar de la seriedad del compromiso) reconoce estos cambios sistémicos. Así, el de la [Ley 7/2021, de 20 de mayo](#), de cambio climático y transición energética, evidencia el impacto de estas transformaciones en el empleo, el trabajo y su mercado, aunque, una vez más, ofrece la imagen más positiva, la creadora, presuponiendo, pero sin explicitar, la negativa, la destructora –sin la cual no llegará aquella–. De este modo, no duda en reconocer que:

La transición hacia un modelo productivo más ecológico que sea socialmente beneficioso [...] se logrará promoviendo la transición ecológica de las empresas, las metodologías de trabajo y del mercado laboral en general. Estos esfuerzos crearán oportunidades de empleo decente, incrementando la eficiencia de los recursos y construyendo sociedades sostenibles con bajas emisiones de carbono.

Sin duda, pero, cual «Ángel nuevo», incluso en la versión positiva del filósofo Habermas, antes anuncia destrucción de empleo, o al menos el riesgo de ello. Por lo tanto, ninguna rama del derecho social, menos la del trabajo y la de la seguridad social, puede permanecer ajena a estos procesos. Desde luego no lo hace el «nuevo derecho comunitario» de inmigración y asilo, como evidencia la [propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo](#) [Bruselas, 23.9.2020 COM (2020) 613 final]. Aunque no recoge expresamente el impacto de los crecientes procesos de migraciones por causas climáticas, queda claro, como viene alertando la profesora Margarita Miñarro en esta revista ([en este número hace un sugerente estudio](#) de la referida propuesta con mayor alcance), a partir de serios [informes de la CEAR \(Comisión Española de Ayuda al Refugiado\) y Greenpeace](#), que el cambio climático será una fuente cada vez más importante que provoque esas crisis y «fuerza mayor ambiental-migratoria».

La transición hacia un modelo productivo más ecológico anuncia, cual «Ángel nuevo» de la historia, oportunidades de empleo decente, pero previamente también anuncia destrucción de aquel, o al menos riesgo de ello

Asimismo, lo reconoció en su día, si bien no prosperó finalmente en la ley por oposición de la patronal –que lo consideraba confuso, complicando innecesariamente el panorama–, el artículo 21 del [Anteproyecto de Ley del trabajo a distancia](#). Preveía una modalidad de trabajo a distancia ocasional por causa de fuerza mayor empresarial, según la cual la concurrencia de fuerza mayor impeditiva o limitativa de la actividad por razones de protección medioambiental obligaría a las empresas a adoptar formas de prestación de trabajo a distancia, si posible, con preferencia al [artículo 47.3 del ET](#). Pero ¿y en los casos en que no?

A mi juicio –y es hora ya de terminar esta reflexión, que exigirá más desarrollos futuros–, la solución se avista en los nuevos «ERTE-MSE por crisis ambiental». Esa es la nueva etapa que se abre en un tiempo donde tales crisis serán más recurrentes.

¿Pesimismo u optimismo con el futuro que ha comenzado a reescribirse? Cada cual que opine. Ahora me gustaría terminar con las palabras del autor (Walter Benjamin) con las que inicié este estudio de reflexión-editorial y que expresó en su ensayo [Tesis sobre la filosofía de la historia](#):

Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus novus*. En él se muestra a un ángel que parece a punto de alejarse de algo que le tiene paralizado. Sus ojos miran fijamente, tiene la boca abierta y las alas extendidas; así es como uno se imagina al Ángel de la Historia. Su rostro está vuelto hacia el pasado. Donde nosotros percibimos una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única que amontona ruina sobre ruina y la arroja a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado, pero desde el Paraíso sopla un huracán que se enreda en sus alas, y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja... hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras los escombros se elevan ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso.

«Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus novus*. En él se muestra a un ángel que parece a punto de alejarse de algo que le tiene paralizado [...]. Su rostro está vuelto hacia el pasado. [...] desde el Paraíso sopla un huracán que se enreda en sus alas, y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas [...]. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso»
(Walter Benjamin)

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «*Angelus novus*», del futuro de los ERTE a los ERTE del futuro: ¿el «ERTE por lava» augura la era del «ERTE por crisis ambiental»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 464, 5-21.



Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales

aojeda@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

Extracto

Las nuevas tecnologías, en especial las digitales, han traído un cambio tan radical en las relaciones de trabajo que difícilmente los tradicionales indicios de laboralidad sirven para determinar la calificación de los diversos supuestos. Entre las alternativas planteadas, de muerte del derecho del trabajo, de ampliación del derecho del trabajo a todo trabajo personal, o de reordenación de la calificación laboral desde una perspectiva orgánica y no individualista, este análisis conduce a la última de las posibilidades.

Palabras clave: deconstrucción; ajenidad; subordinación; dependencia orgánica; nuevas formas del trabajo.

Fecha de entrada: 23-08-2021 / Fecha de revisión: 12-10-2021 / Fecha de aceptación: 13-10-2021

Cómo citar: Ojeda Avilés, Antonio. (2021). Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 23-47.



Deconstructing the indicia of labour in the face of technological change

Antonio Ojeda Avilés

Abstract

New technologies, especially digital ones, have brought such a radical change in labor relations that it is difficult for the traditional indications of employment to determine the qualification of the various assumptions. Among the alternatives proposed, of death of Labor Law, of extension of Labor Law to all personal work, or of reordering the labour qualification from an organic and non-individualistic perspective, this analysis leads to the last of the possibilities.

Keywords: deconstruction; alienation; subordination; organic dependence; new forms of work.

Citation: Ojeda Avilés, Antonio. (2021). Deconstructing the indicia of labour in the face of technological change. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 23-47.



Sumario

1. La crisis existencial del derecho del trabajo
 2. La reiterada muerte del derecho del trabajo
 3. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, sobre trabajo de reparto de mercancías a través de plataformas digitales
 4. La necesaria delimitación del ámbito del derecho del trabajo y los criterios clásicos utilizados
 5. La deconstrucción del derecho del trabajo: los nuevos perfiles
 6. ¿Qué indicio cardinal de laboralidad para una realidad difusa?
- Referencias bibliográficas

Nota: el presente artículo se enmarca en el grupo de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Plan Estatal 2017-2020, sobre «Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible» (PGC2018-095263-B-100).

1. La crisis existencial del derecho del trabajo

Desde hace demasiado tiempo, tanto como el que media desde la terminación de la época dorada del derecho del trabajo que se ha denominado «los treinta años gloriosos» hasta nuestros días, las personas especialistas han comenzado a hablar de una situación de crisis para nuestra disciplina, en donde los poderes públicos y los propios acontecimientos han remado contra el viento de una expansión que parecía imposible de detener hasta 1975, cuando la crisis del petróleo pone en jaque a los países industrializados. Comienza entonces a hablarse de «la huida del derecho del trabajo»¹ ante una serie de fenómenos como el trabajo autónomo o «autoemprendimiento» o la mayor atención a la voluntad de las partes en la calificación del contrato como contrapartida frente al principio de realidad. Pero hasta cierto punto esta atracción del derecho civil o común frente a otras ramas del derecho donde existe una desigualdad de partes en el ordenamiento es algo compartido por otros segmentos jurídicos, particularmente por el derecho administrativo, como la doctrina ha también manifestado², y tiene su origen en momentos económicos depresivos en donde se abre paso la solución liberal, en concreto la crisis mundial del petróleo de los años setenta y la reacción legislativa inaugurada en Estados Unidos y Reino Unido por Reagan y Thatcher, seguida por muchos otros países.

Pero en nuestra disciplina hubo incluso antes una reacción todavía más enérgica que la de suavizar los rasgos del derecho del trabajo, y que llevó a un sector de comentaristas a hablar de la muerte anunciada de esta rama jurídica. Hablaban, no ya de un deslizamiento hacia las fronteras del derecho del trabajo de esas fórmulas contractuales donde se omite algún elemento característico de contrato de trabajo por las peculiaridades sociológicas que ofrecen (artistas, deportistas, personas reclusas, intermediarias mercantiles, de la alta

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (1992); la idea expuesta viene a ser concretada años más tarde por Baylos Grau (2000, p. 44) o Igartua Miró (2014).

² Sobre la adopción de formas jurídicas de derecho privado y la creación de entidades privadas para la gestión pública en el derecho administrativo, cfr., por ejemplo, Del Saz Cordero, para quien:

De un tiempo a esta parte la cuestión de la «privatización» de la actividad de la Administración, es decir, la huida del derecho administrativo, ocupa un lugar estelar en las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del derecho, como demuestran los numerosos trabajos que últimamente han venido ocupándose de ello, bien para apoyar y justificar la aplicación del derecho privado a la Administración pública, bien para denunciar la falta de garantías que ello conlleva (1994, p. 57).

También Sánchez Rodríguez (2020); para otros países, Restrepo Medina (2002). Desde el derecho penal se siente esta pulsión, como vemos en González López (2016, pp. 375 y ss.).

dirección, profesionales de la abogacía subordinados, etc.), sino de la desaparición pura y dura de la materia y la inmersión en el contrato de arrendamiento de servicios al cabo de un extenso periodo de decadencia donde una a una irían desapareciendo las reglas que lo han hecho característico. Para este sector doctrinal, sobre todo anglosajón, el declive de las organizaciones obreras y la «muerte del trabajo» producida por la robotización, que había vaciado las fábricas, enlazaban con pensamientos globales como el del final de la historia y su desenlace último en una economía liberal (Fukuyama, 1989; 1992). Por cuanto nos interesa aquí, en nuestra indagación de hacia dónde se dirige el derecho del trabajo tras la pandemia, veamos con mayor detenimiento esta última corriente de pensamiento desde una perspectiva laboralista crítica como la de quienes han hablado de ella.

2. La reiterada muerte del derecho del trabajo

Desde 1988, en que Keith Ewing habló de la muerte del derecho del trabajo (Ewing, 1988, pp. 293 y ss.), preocupado por la legislación neoliberal de Thatcher y Reagan, algunos comentaristas han reiterado la afirmación de que el declive de toda una época de esplendor del derecho del trabajo conducía inevitablemente a su desaparición en un fluir lento que se consideraba «discreto» por su escaso relieve (Martín Valverde, 1990). Miraban sobre todo a la proliferación desde la década de los años setenta de una legislación y jurisprudencia conservadoras, ya no preocupadas de ampliar los derechos de las personas trabajadoras, sino de eludirlos por la vía del espaldarazo al trabajo precario, a la subcontratación o descentralización y al debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva³.

Pero –al menos bajo mi punto de vista– la legislación es una superestructura que reacciona a los dictados de la estructura económica de mercado, si bien hemos de tener siempre en cuenta la capacidad moral del ser humano para a su vez impregnar de valores a ese tipo de economía, en una espiral dialéctica asentada en los avances científicos. De ahí que a no mucho tardar la doctrina comenzara a fijarse en la propia estructura económica o, si se quiere, en las propias relaciones surgidas de los cambios económicos, más que en las diversas respuestas del legislador. Relevantes autores hablaron entonces de cómo iba finiquitando la «relación laboral normal», como se denominaba al empleo por tiempo indefinido (Zachert, 1988, pp. 129 y ss.), y el contrato implícito vitalicio, como lo denominaba entre otros Hyde (1988, p. 100) –en nota 4–. Este autor añadía a la altura de 1998 que su melodramática referencia a la muerte del empleo se refería al debilitamiento del empleo

³ Estlund (2006, pp. 105 y ss.; 2007, pp. 1.527 y ss.) indica como causas del declive del derecho del trabajo la osificación o petrificación de la legislación laboral norteamericana y el debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva. En la mayoría de estos estudios, la visión se constriñe al propio país.

permanente y al crecimiento de las relaciones no laborales⁴. El cambio de perspectiva apuntaba ahora al avance de situaciones plurales donde no había vinculación directa o inmediata entre persona empleadora y trabajadora, como sucedía en la fábrica clásica, sino mediante relaciones descentralizadas o en red (Castells, 2004). De este modo las relaciones entre legislación y realidad social se invertían y era la segunda la que se veía influyendo en la primera, y no al revés, al menos en los países occidentales. Al pasar los años, la visión de la doctrina ha terminado por ajustar el enfoque, y ahora hay una mayor atención a la evolución de las relaciones laborales y a su impacto en las leyes, partiendo de la idea de que un cambio en aquellas propiciará la adaptación de las segundas⁵. Y parece perder fuerza la idea de la desaparición *sic et simpliciter* del derecho del trabajo a favor de una posición menos escatológica, de aumento de las relaciones laborales no subordinadas, o fuera del derecho del trabajo.

Transcurridas esas décadas de fuerte crisis, la nitidez no ha mejorado, pero al menos somos capaces de advertir cómo las fronteras del derecho del trabajo se encuentran sometidas a una enorme presión que no es, como en los buenos tiempos, de ampliación, sino de ambas direcciones encontradas, de modo que se aplican las instituciones del derecho del trabajo a las personas trabajadoras autónomas, y las del derecho civil o mercantil a las personas trabajadoras subordinadas. Aquella «zona gris» en medio de ambos mundos, que antes acogía situaciones como las de las personas que desempeñaban altos cargos, agentes mercantiles o personal del servicio doméstico, hoy día acoge una pléyade de situaciones en donde convergen tanto las relaciones verdaderamente ambivalentes como las simuladas o fraudulentas. Las denominaciones se agotan, y ya nadie habla del taylorismo ni del fordismo, raramente del toyotismo (robotización), e incluso la palabra clave que parecía resumir el nuevo trabajo, la de «uberización» (Todolí Signes, 2015), deriva en nuestros días hacia el término más general de «trabajo en plataformas digitales».

A mi modo de ver, la evolución que comento tiene tres fases pronunciadas:

- A fines de los ochenta, la difusión de la informática y los ordenadores en el mundo de la economía produce la aparición de modelos de empleo altamente volátil en

⁴ El autor alude a la decadencia de dicho «*lifetime employment*» en los mercados de trabajo intraempresariales, un específico tipo de empleo, afirma, tenido a menudo como paradigmático por la doctrina.

⁵ La evidencia de que incluso los partidos políticos de izquierda se veían abocados a una legislación conservadora viene puesta de relieve por Dukes (2016, p. 2 y capítulo 5 titulado «*From collective laissez-faire to the Law of the Labour Market*»). De ahí la tesis de algunos autores, agrega en la citada página, de compensar los nuevos fenómenos de precariedad y deslocalización mediante propuestas externas a la relación laboral precaria, como la de Supiot (2001) del salario permanente. También Davidov y Langille (2006). Por mi parte he analizado la crisis del derecho del trabajo nacido a finales del siglo XX (Ojeda Avilés, 2010), desde el planteamiento de (1) el análisis de los nuevos vínculos laborales, (2) la reacción del legislador y (3) la corrección adaptadora de la crítica social.

determinados distritos industriales, en particular de Silicon Valley, que pronto una parte de la doctrina lanza como el modelo del futuro (Moss Kanter, 1995, p. 52; Wysocki, 1996). En esas industrias dominadas por el ordenador, la persona trabajadora es una persona empleada altamente retribuida que mantiene relaciones sucesivas o simultáneas con diversas empresas a las que dedica una atención saltuaria y de donde derivan ventajas de difusión del conocimiento y de los avances que reciben comentarios positivos por quienes observan este fenómeno.

- A fines de los noventa, la difusión de internet y las redes telemáticas ha desmontado el presencialismo –que reaparecerá bajo otras fórmulas más adelante– y proliferan los empleos vía internet o desde internet, debilitando de diversas formas la relación laboral y al mismo tiempo fundiendo de manera alarmante la vida laboral con la personal⁶.
- A fines de los primeros 2000, por último, la intermediación por internet se expande hasta extremos en que la doctrina habla de un cambio de paradigma, «desde la dependencia industrial a la dependencia digital», con una triangulación múltiple en donde el lazo de conexión entre empresa, persona empleada y clientela se produce de manera virtual (Sierra Benítez, 2015, pp. 93 y ss.; 2017).

Al término de esta evolución, los límites entre la relación laboral y la no laboral se encuentran cuestionados, porque no hablamos de una intercomunicación entre situaciones equivalentes, sino de degradaciones más o menos permitidas. Nos hallamos ante una dialéctica que lejos de ser horizontal tiene todos los visos de ser, al menos en una primera fase de incierta duración, de destrucción de lo creado y calificación incierta⁷. La situación para la gran mayoría de las personas trabajadoras viene escenificada de manera pesimista por Fitoussi (2004)⁸ con estas palabras:

Lamentamos sinceramente el destino que habéis tenido, pero las leyes de la economía son despiadadas y es preciso que os adaptéis a ellas reduciendo las protecciones que aún tenéis. Si os queréis enriquecer, debéis aceptar previamente una mayor precariedad. Este es el contrato social del futuro, el que os hará encontrar el camino del dinamismo.

Pero el futuro no será, no puede ser, tan tenebroso ni tan materialista, y la solución parece alumbrar, o bien una destrucción creativa –generación de un nuevo tipo de equidad–,

⁶ Hyde (1988, pp. 109 y ss.) pone de relieve en este sentido las nuevas formas de empleo, especialmente las de vinculación por internet y de la economía del posempleo.

⁷ Lo analiza a fondo Molina Navarrete (2017).

⁸ Citado por Molina Navarrete (2017, p. 8).

o bien la difusión o el ajuste de equilibrios⁹. A mi modo de ver, no estamos en el momento presente, pese a los estragos causados por la pandemia de la COVID-19, ante los últimos estertores de la perspectiva laboral –un cuerpo legislativo y colectivo donde el ser humano tiene derechos inalienables y por ello no puede ser tratado bajo la ley del mercado–. Lo ocurrido en estos decenios ha sido el rápido despliegue de una realidad muy distinta a la que da origen a la legislación del trabajo de fábrica, y de una respuesta jurídica que de ninguna manera conduce a la muerte del derecho del trabajo mientras haya trabajo humano a las órdenes de otro, sino una «deconstrucción», o, si se quiere, una reformulación, de ese cuerpo normativo. El derecho del trabajo no muere, sino que se reinventa, y en sus nuevos contornos tienen tanta importancia los nuevos perfiles laborales cuanto los criterios a utilizar para su juridificación. Volveré sobre ello en seguida.

La nueva perspectiva dista mucho de ser aún clara, aunque los factores principales anuncian un momento áureo para el lado empresarial: la digitalización ha traído, por una parte, una mejor vigilancia y control sobre la persona trabajadora, pese a una aparente mayor libertad de la misma, pues los medios de videovigilancia en los centros de trabajo y la penetración de la empresa en el ámbito privado de la persona trabajadora a través de los ordenadores han permitido rastrear y conocer las peripecias de esta a extremos impensables y de manera discreta. Y ha aligerado, por otra parte, la función de dirigir, porque las plataformas y los ordenadores automatizan y producen las órdenes –esos algoritmos–, dejando a la dirigencia humana los aspectos más delicados o principales. Muestra de ello ha sido la transnacionalización y la fuerte presencia de las cadenas de suministro en las que la empresa principal o cabecera dirige buena parte del actuar laboral de su pirámide organizativa en el país sede y en el resto de países donde opera.

No todo ha rodado en beneficio del empresariado en las décadas de digitalización, desde luego, y en favor de la persona trabajadora debe resaltarse la drástica reducción del trabajo físico y una mayor libertad personal, aunque pasible de control, con el trabajo a distancia total o parcial.

El legislador ha permitido un amplio «periodo de ausencia de normas», un abstencionismo quizá premeditado, donde el empresariado campaba por sus respetos, que recuerda al periodo abstencionista del siglo XVIII en Inglaterra, pero los abusos palmarios han

⁹ Vid. los datos que aporta Molina Navarrete (2017, p. 8), de los que entresaco el de que, tanto en EE. UU. como en Alemania, dos de los países con mayor índice de robotización, han marcado máximos históricos en creación de empleo. El ejemplo con mayor aliento histórico puede ser el de la Revolución Industrial y su destrucción masiva de empleos fabriles en el siglo XIX, con la reacción de la opinión pública y los legisladores hacia un reajuste más equilibrado hasta que la globalización ha venido a imponer el modo de producción asiático. Sin embargo, la estadística no tiene en cuenta la desertización del empleo en las economías subordinadas, ni el efecto de succión o de centralización del empleo en el capitalismo tardío. Un efecto difícil de calibrar, porque el equilibrio económico mundial está cambiando actualmente y surgen nuevas potencias económicas en Asia.

obligado a intervenir de manera bastante clara, si bien no al gusto de todas las personas. La presencia de los derechos fundamentales internacionales, de constituciones sociales, de la seguridad social y de una jurisprudencia imbuida del principio de que el trabajo no es una mercancía permitió mientras tanto eludir los aspectos más dramáticos del *laissez faire*. En España, la secuencia interventora se produce a partir del Estatuto del trabajo autónomo, Ley 20/2007, y continúa con la Ley de trabajo a distancia, 10/2021, y la Ley del trabajo en plataformas, 12/2021, circunscrita al reparto de mercancías o productos mediante gestión algorítmica. Veamos algunas características de esta última.

3. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, sobre trabajo de reparto de mercancías a través de plataformas digitales

La aparición de esta ley tiene extraños antecedentes, pues sustituye *sic et simpliciter* al real decreto-ley que 4 meses antes había venido a decir exactamente lo mismo, y al cual ni siquiera menciona. Tan idénticos son ambos textos que la única diferencia radica en la justificación de la convalidación del real decreto-ley por el Parlamento¹⁰, la cual lógicamente no aparece en la ley.

Los antecedentes inmediatos son prácticamente los mismos: una intensa labor de la Inspección de Trabajo y de las entidades gestoras de la Seguridad Social denunciando las situaciones; una jurisprudencia al principio indecisa¹¹, que desemboca en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) en unificación de doctrina 805/2020, de 25 de septiembre, a favor de la laboralidad; y un acuerdo tripartito sobre la materia de 10 de marzo de 2021. Una identidad que lleva a algún resultado estrambótico, pues ambas reformas establecen la introducción de una nueva disposición adicional vigesimotercera, de redacción idéntica.

Si acaso quizá pudiera señalarse un elemento de posible influjo en la promulgación de la ley ordinaria, cual fue el conjunto de reacciones de las empresas afectadas en el momento de promulgarse el real decreto-ley, evidenciando su fragmentación estratégica, pues mientras Deliveroo anunciaba su retirada del mercado español, Just Eat decidía subcontratar su flota a intermediarios¹² y Glovo anunciaba la creación de un modelo de personas trabajadoras autónomas con mayor libertad de acción que pretendería esquivar la normativa¹³. Sea como fuere, la anunciada por la prensa «implosión» del negocio, y con ella de los miles de puestos de trabajo precario de los/las «riders» o personas repartidoras, no parece haberse producido.

¹⁰ Resolución del Congreso de 10 de junio de 2021, de convalidación del Real Decreto-Ley 9/2021.

¹¹ Cfr. Pérez Capitán (2020).

¹² Repetidamente han aparecido en este comercio de reparto empresas de trabajo temporal (ETT), y cabe pensar también en cooperativas de trabajo asociado, los propios restaurantes, y otros agentes.

¹³ Cfr. Gómez y Romera (2021).

La ley se limita a introducir dos modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET) (art. 64.4 d): una nueva facultad informativa para la representación de las personas trabajadoras, consistente en ser informada de los parámetros, reglas e instrucciones suministrados a los sistemas informáticos de las empresas en materia de acceso al empleo, su mantenimiento (despidos) y condiciones de trabajo, «incluida la elaboración de perfiles»; y una nueva presunción de laboralidad que recae sobre el personal contratado para el reparto de toda clase de mercancías y productos de consumo merced a la gestión virtual de plataformas digitales.

Nótese, en primer término, que el ámbito de la facultad informativa de la representación del personal es mucho mayor que el de la presunción de laboralidad para las personas repartidoras, pues, en el primer caso, la ayuda de las plataformas en la elaboración de perfiles de personas candidatas, de contrataciones y despidos, y de condiciones de trabajo puede afectar a toda la plantilla, y no solo a las personas repartidoras.

Centrémonos en la presunción de laboralidad de la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET. Plantea una colisión con tres categorías laborales contiguas, porque el problema de las personas repartidoras no es nuevo en nuestro ordenamiento, y tampoco la existencia de presunciones:

- Por un lado, la presunción que nos ocupa se acoge a la general establecida en el artículo 8 del ET. La cual, al no indicarse nada al respecto, es *iuris tantum*, y requiere por ello prueba mediante los indicios múltiples de la laboralidad, en tanto que en la delimitación del ámbito de aplicación del mismo estatuto que vemos en su artículo 1 no se habla de ningún tipo de presunción, sino de aplicación sin paliativos de la ley. Tal «desencuentro» entre ambos artículos nos permite elucubrar sobre los espacios no cubiertos por la aplicación en sus propios términos de la ley (art. 1), un ejercicio dialéctico sin resultado práctico, porque la única diferencia entre ambos preceptos consiste en que el de la presunción, el artículo 8, no comprende el trabajo voluntario, lo que obviamente apunta a otros derroteros sin interés a nuestros efectos y significa una contradicción en sus propios términos por cuanto todo contrato implica conceptualmente la voluntariedad.
- Otra remisión goza de mayor envidia práctica. La «nueva» disposición adicional termina con la afirmación de que con ella no viene afectado lo previsto en el artículo 1.3 g) del ET, a tenor del cual se excluye del ámbito de la ley la actividad de las personas transportistas profesionales con vehículos de servicio público de su propiedad o disponibilidad, con autorización de transporte y dedicación continuada a un mismo o una misma comitente: se trataría, para entendernos, de personas transportistas no trabajadoras. Una exclusión cuyos «dientes» están en otra ley, la de ordenación del transporte terrestre (Ley 16/1987), pues la autorización mencionada es exclusiva de los vehículos con más de dos toneladas de masa máxima, si bien su nuevo reglamento (RD 70/2019) contempla numerosas excepciones a

dicha autorización, como, por ejemplo, la de vehículos con menos de tres ruedas. El hecho de que la delimitación de la disposición adicional vigesimotercera del ET parta del tipo de actividad, y no del peso del vehículo utilizado, produce desajustes de difícil solución, pues nada obsta a que el/la *rider* reparta los productos o mercancías en vehículos de cierto volumen, por ejemplo, camiones de más de dos toneladas con autorización administrativa, para el reparto de muebles o mercancías de diverso tipo y tamaño dirigido mediante plataformas digitales: ¿quedan exceptuados a tenor del artículo 1.3 g) del ET, o se presumen personas trabajadoras ex disposición adicional vigesimotercera del ET, o son las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes (TRADE) del apartado siguiente de este estudio?

- Una última categoría estrechamente relacionada con la que nos ocupa es la de los/las TRADE del artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. En él se utiliza otro vector, el de los ingresos obtenidos por el/la TRADE en el trabajo, cuando provengan de una sola persona comitente en al menos el 75 %. Si la actividad de un/una TRADE se organiza desde una plataforma digital, ¿hemos de considerarla persona trabajadora *tout court* o siempre TRADE? La calificación dependería aquí, parece ser, de la actividad desarrollada, pues si fuera de reparto de mercancías, primaría la especialidad para considerarla como persona repartidora laboral. Pero en la *gig economy*, o economía de lo precario, y el *crowdworking*, las tareas de estas personas trabajadoras se mueven en límites blandos, en constante paso hacia la actividad más próxima, gobernadas por el teléfono móvil y la ubicación por satélite.

Que la figura de los/las TRADE y el artículo 11 del Estatuto del trabajo autónomo no han bastado, no han servido y no han aclarado las dudas como categoría conceptual quedó de manifiesto cuando su estreno sirvió para extraer del ámbito de lo laboral a una multitud de transportistas a quienes se pidió convertirse en personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas con vinculación a la empresa que las empleaba o, alternativamente, quedar excluidas sin alternativa. Y mientras en España el conflicto ha surgido en algunos casos con las originarias personas transportistas de vehículos pesados y su empresa, en otros países los tribunales van poco a poco calificando las situaciones del transporte de pasajeros y pasajeras mediante plataformas de adscripción como situación laboral: en Reino Unido¹⁴, en Países Bajos, en California, se producen sentencias en esa dirección, siendo la del Tribunal de Ámsterdam de 13 de septiembre de 2021, a petición de la confederación sindical FNV, contra la empresa Uber, la más contundente, pues no solo considera personas empleadas a los conductores

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Empleo de Londres Central de 28 de octubre de 2016, caso *Aslam, Farrar y otros v. Uber BV, Uber London y Uber Britannia*. Cfr. *Todo1 Signs* (2016).

(sabida es la infrarrepresentación femenina en el sector), sino que, además, obliga a la empresa a aplicar el convenio colectivo del sector del taxi¹⁵.

En España, el colectivo de transporte de personas mediante plataformas digitales no ha tenido aún respuesta significativa respecto a su situación como personas autónomas o trabajadoras, aun cuando hay algunas iniciativas en tal sentido¹⁶.

La vieja incógnita de si la conexión del servicio entre transportista y clientela a través de plataformas digitales se reduce a un caso de intermediación viene también resuelta por la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, que responde a una petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, referente a si tales servicios consisten en una «intermediación» retribuida que realiza Uber con su plataforma informática o pertenecen, en cambio, a una actividad de transporte. La respuesta del TJUE es rotunda:

[...] un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano [...].

En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano (considerandos 37 y 38).

¹⁵ Cfr. «Uber pierde batalla judicial en Países Bajos sobre los derechos de los chóferes». <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210913-uber-pierde-batalla-judicial-en-holanda-sobre-los-derechos-de-los-chofers>.

¹⁶ Vid. «Un grupo de conductores de VTC denuncia a varias empresas para las que trabajan por obligarles a incumplir la ley». <https://www.yotaxi.es/un-grupo-de-conductores-de-vc-denuncia-a-varias-empresas-para-las-que-trabajan-por-obligarles-a-incumplir-la-ley/>, donde se informa de la querrela de un grupo de conductores en un juzgado de Barcelona contra varias ETT o similares. La relación es laboral, pero se alega el incumplimiento de normas laborales de jornada y retribución, con ausencia de vacaciones, etc. El control de las operaciones se realiza al parecer por plataformas digitales. Vid. más adelante la petición de decisión prejudicial del Juzgado número 3 de lo Mercantil de Barcelona y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de diciembre de 2017, anterior en el tiempo a la querrela planteada ante la jurisdicción penal de la misma ciudad.

Para el TJUE, el servicio en cuestión debe calificarse como un servicio en el ámbito de los transportes¹⁷, con todo lo que ello implica en materia de autorizaciones y de relación jurídica personal.

4. La necesaria delimitación del ámbito del derecho del trabajo y los criterios clásicos utilizados

Una clarificación del fluctuante panorama debiera pasar por concretar en lo posible el criterio epistemológico más eficiente para distinguir las relaciones laborales de las demás «relaciones personales» –en la terminología de Freedland y Kountouris (2011)– del mundo del derecho. La confusión actual deriva en buena parte de la multiplicación de contratos y relaciones en donde la figura central es una persona física que presta un servicio a otra, ya en el ámbito civil, en el mercantil o en el administrativo. Porque no se trata únicamente del contrato de arrendamiento de servicios o del de obra, sino de muchos otros, especialmente en el ámbito del derecho mercantil, que giran en torno al mismo esquema y que con la proliferación del sector servicios y de las redes informáticas han experimentado un incremento exponencial. Ya no parece suficiente aplicar un único criterio, como antaño, sino que se acude a todos a través de una multitud de «indicios» de laboralidad –la jurisprudencia británica habla de veinte–. Superando viejos enfrentamientos, el legislador menciona dos criterios, inicialmente alternativos y ahora complementarios: la ajenidad y la subordinación, o lo que es lo mismo, la dependencia económica y la dependencia personal¹⁸. Y así, entran en funcionamiento perfiles patrimonialistas como la ajenidad en los frutos del trabajo, o la ajenidad en los riesgos, o la prestación principal, que pasará a absorber a lo secundario, junto a perfiles personalistas como la jornada regular, la percepción periódica de salario, la prestación del trabajo en las dependencias de la empresa, la sujeción a instrucciones de la persona empleadora, etc.

Pues bien, comencemos a simplificar con la siguiente afirmación: los criterios de ajenidad no son importantes. Una afirmación que parece excesivamente drástica, pues hay en la actualidad multitud de países que se rigen por ese criterio, y que merece que la maticemos. Por ajenidad entiendo «solo» el aspecto patrimonial o económico de la relación laboral, lo que en el siglo XIX se entendía como dependencia del salario que pagaba la

¹⁷ STJUE citada, fallo.

¹⁸ Antes, la Ley de contrato de trabajo de 1944 mencionaba también en su artículo 1.2 como objeto del contrato a «todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones». Ahora, los artículos 1 y 8 del ET, ya citados, aluden como objeto del contrato de trabajo a la prestación de «servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

persona empleadora y hoy apunta mejor a la no asunción de riesgos ni de beneficios mercantiles por la persona trabajadora. Y entiendo que carece de importancia para delimitar el ámbito del derecho del trabajo, no solo por la gran cantidad de relaciones laborales prestadas para organizaciones sin ánimo de lucro, tanto públicas como privadas, sino porque en sí mismas no consiguen diferenciar la relación laboral de otras muchas relaciones donde se presta actividad personal a cambio de precio: la retribución o contraprestación económica por un trabajo personal existe en una multitud de contratos de todo tipo, por lo que en sí misma no es determinante. Ni siquiera puede diferenciar en su última y más sofisticada manifestación, de la ajenidad en el mercado, con solo pensar en la multitud de pequeñas empresas que trabajan como subcontratistas para una gran multinacional en las cadenas de suministro o en los grupos de empresa.

Desde la perspectiva patrimonialista, que al cabo persigue ubicar el contrato de trabajo en la hilera de contratos patrimoniales, como figura *per se* distinta de los de índole civil o mercantil (mandato, arrendamiento, transporte, *negotiorum gestio*, agencia, representación mercantil, *leasing*, *engineering*, suministro, etc.), el contrato de trabajo tiene vocación transversal y penetra en los ámbitos de los demás contratos cuando hallamos el elemento de la subordinación personal.

Los rasgos típicos del contrato de trabajo derivan, pues, de su «modalidad» subjetiva, del hecho de subordinar a la persona trabajadora a las instrucciones de la empresaria. Una modalidad con doble rostro, pues a la subordinación corresponde en la contraparte un poder de mando que no hallamos en los demás contratos, y que traza paralelismos evolutivos con otras relaciones de poder en la historia, como la de gobierno político o la de familia. Relaciones de desigualdad que paulatinamente van introduciendo elementos de equilibrio aun manteniendo en la mayoría de los casos un cierto desnivel. Pues bien, lo característico de la subordinación ha consistido en el ámbito locativo y temporal donde el mando se ejercía, con una evolución hacia ámbitos cada vez más amplios, pues la delimitación típica ha sido inicialmente el fundo patrimonial, después el taller, luego la fábrica y por último la oficina, así como la jornada, en sus diversas variantes según la voluntad de la persona empleadora. Era en ellos donde la empresa ejercía su poder y donde la persona trabajadora dejaba de ser ciudadana o, con la gráfica expresión de Romagnoli, dejaba en la puerta sus derechos de ciudadanía. Ese «ámbito de organización y dirección de otra persona», como lo define la legislación española, ha sufrido una radical transformación con la emergencia de la informática como elemento cotidiano donde operar y contratar.

La situación actual se caracteriza por que la sociedad en red permite hoy día trabajar sin necesidad de cumplir horarios en un local ajeno, e incluso trabajar en un local ajeno con una libertad próxima a la de la persona trabajadora autónoma sin dejar de ser persona trabajadora subordinada. Para tener una idea de cuanto hablamos es preciso mencionar al menos los siguientes fenómenos desde una perspectiva sociológica y económica, cuya invasión del campo jurídico ha provocado el reajuste que comentamos:

- Robotización y flexibilización (toyotismo¹⁹). Los robots han despoblado las fábricas y en lugar de trabajadores y trabajadoras hay ahora máquinas semiinteligentes cuya progresión geométrica impele a hablar de impuestos y otros temas que aquí no interesan. Por otro lado, la posición de las personas trabajadoras queda debilitada por las amplias prerrogativas empresariales de modificación de las condiciones de trabajo.
- Trabajo en plataformas digitales en donde la empresa organiza, asigna, cobra de la clientela y paga al conductor mediante un algoritmo matemático de probabilidades a través de internet, con un nivel de presencia virtual que ha llevado a considerar a estas intermediarias («plataformas»), al menos en Reino Unido²⁰ y Francia²¹, o España²², como empresas transportistas, y a sus «colaboradores/as» como auténticas personas empleadas subordinadas²³. Junto a la intermediación en el transporte de personas, el fenómeno ha arraigado con enorme fuerza en la compraventa de artículos de todo tipo (Amazon y otras), mensajería (Seur, Packlink), alimentación (Just Eat, Deliveroo, etc.), compras locales y entregas de todo tipo (Glovo), etc. Distinto de ello es el uso de algoritmos para una o algunas funciones no directivas²⁴.
- *Crowdworking* o *crowdsourcing*, trabajo difuso en red, similar al más conocido *crowdfunding*, en cuanto aportaciones de una multitud abierta de personas colaboradoras externas a una plataforma empresarial telemática, como, por ejemplo, Wikipedia. La empresa suele solicitar y seleccionar el tipo de personas colaboradoras a través de la red, como en el apartado anterior, pero no necesariamente.

¹⁹ La robotización es hoy día más amplia que la fórmula toyotista, y al mismo tiempo más restringida, pero inicialmente Toyota masificó la presencia de robots en sus fábricas como parte de su fórmula de eficiencia, rapidez y flexibilidad. Cfr., al respecto, Casanova Surroca (2007, p. 199).

²⁰ *Vid. supra*, nota 14.

²¹ Ley Thévenoud 2015-1104, relativa a los taxis y vehículos de transporte con conductor, artículo 12.4, prohibición de la geolocalización de vehículo disponible, y Ley 2016-1088. Sobre ambas leyes, Sierra Benítez (2017, § 3.2).

²² Real Decreto-Ley 9/2021, y ahora Ley 12/2021, que introducen una letra d) en el apartado 4 del artículo 64 del ET.

²³ En Italia, la figura del «colaborador coordinado continuativo» (co.co.co.) ha sufrido constantes reformas desde su aparición con el *pacchetto Treu* en 1997, el Decreto legislativo 276/2003, la sustitución por el «colaborativo a *progetto*» (co.co.pro.) en la reforma Fornero de 2012, la vuelta a la formulación primigenia pero reducida con la *Jobs Act* de Renzi en el Decreto legislativo 81/2015, y la regulación para los/las *riders* en plataformas digitales por la Ley 128/2019, que les aplica la regulación laboral excepto en el despido, con un resultado final que parece orientado a una progresiva limitación e incluso, según algunos autores, desaparición. *Vid.* D'Alessandro (2020); en general, Santoro Passarelli (2015).

²⁴ Aun cuando los límites entre las funciones directivas y las demás de la empresa se difuminan a veces de manera casi irresoluble, como vemos en la gestión de los despidos mediante algoritmos de rendimiento y el despido de un tercio de la plantilla (150 personas trabajadoras) de la empresa rusa Xsolla como resultado de la indicación digital, según informa el diario *La Vanguardia* de 8 de agosto de 2021. Cfr. Gorelli Hernández (2019).

- *Smartworking* y *coworking*, o trabajo inteligente en la empresa, como actividad laboral con una gran autonomía principalmente telemática dentro de la organización empresarial, que admite fácilmente la no presencialidad.
- Asesoramiento intraempresarial, como una modalidad muy semejante a la de *smartworking*, cuando no un tipo específico de ella, consiste dentro del sector bancario europeo (Directiva 2014/65 MiFID II) en la labor de asesoramiento en productos financieros del banco realizada por las personas empleadas autorizadas del mismo con altos niveles de autonomía y de responsabilidad.
- *Gig economy*, o economía basada en la variación constante de empleos y de empresas, facilitada, de nuevo, por el contacto a través de internet, por lo que en muchos casos equivale al trabajo con plataformas digitales. La persona experta ofrece unos servicios al mercado virtual y sucesiva o simultáneamente cumple los encargos recibidos en situaciones jurídicas que en principio cabría calificar como autónomas, aunque su reiteración con algunas de las comitentes puede hacer pensar lo contrario. Su simple consideración como trabajo precario pierde de vista el que la *gig economy* implica algo más, una planificación de la contingencia, algo similar a la teorización del caos, en donde la persona trabajadora visualiza y puede hasta cierto punto orientar sus opciones.
- *Supply chains*, o cadenas de suministro nacionales o internacionales, caracterizadas por que se trata de las antiguas grandes multinacionales que han evolucionado para articularse en una pirámide de empresas de distintas nacionalidades, pero bajo el control y dirección básico de la empresa madre. Aunque entran dentro del género de los grupos de empresas, las cadenas de suministro presentan una jerarquía funcional en cuanto que la actividad del conjunto se ordena secuencialmente para la elaboración de un objeto mercantil, cualquiera que sea, desde un mueble a una marca de ropa²⁵.
- Teletrabajo, o trabajo a distancia, distinto del trabajo en plataformas, aunque coincida en algunos casos concretos, y regulado en leyes como la argentina 27.555/2020 o la española 10/2021.

5. La deconstrucción del derecho del trabajo: los nuevos perfiles

Estas fórmulas de la nueva economía dan paso a una reformulación de las figuras esenciales del derecho del trabajo, es decir, de la persona trabajadora, de la empleadora y del

²⁵ Vid. Kuruvillea (2021); Sanguineti Raymond (2021a; 2021b).

contrato, que ya están presentes en el primer decenio del siglo XXI²⁶. En ese momento se está produciendo una deconstrucción del derecho del trabajo, en el sentido expresado por Derrida (1989) y Baudrillard (1972), de cambios de posición de los elementos esenciales de una relación, mediante un proceso de reelaboración de sus contradicciones para darles una nueva configuración²⁷. Deconstrucción no es, como pueda pensarse a simple vista, la destrucción o desaparición del derecho del trabajo, sino la recombinación y resituación de sus elementos a la vista de los cambios producidos. Veamos cuáles son las alteraciones para entender mejor por qué hablamos de deconstrucción:

- En cuanto a la persona empleadora, surge la figura de la persona empleadora atípica compuesta por dos bloques de supuestos: la persona empleadora subordinada (subcontratación, grupos de empresas, franquicias) y la persona empleadora difusa (ETT, redes de empresas).
- Por cuanto hace a la persona trabajadora, aparece la figura de la persona trabajadora «nomádica» –en la terminología de Beck (2000)–, con «la incursión de lo precario, intermitente, informe y no sancionado en los baluartes occidentales de la sociedad del pleno empleo». Hablamos aquí de otros tres bloques: tanto de la persona trabajadora sin adjetivos (en empleos periféricos, irregulares o informales, o marginales), con una gran expansión en nuestro tiempo y en las economías desarrolladas, cuanto de las personas colaboradoras independientes, donde se incluyen las personas trabajadoras autónomas, semiautónomas y falsas autónomas, como, en fin, la persona trabajadora virtual en la empresa cibernética.
- Por último, respecto al contrato de trabajo, aparece la figura del contrato deslizando, en la frontera con el derecho civil, el mercantil y el administrativo, interaccionando simultáneamente en una invasión de los contrarios. Si en el campo del derecho público, por ejemplo, las personas empleadas con régimen laboral han tenido una amplia expansión y han logrado impregnar al sector público de las prácticas laborales como la negociación colectiva o la representación de personal, a su vez sufren limitaciones típicas del funcionariado, en el ingreso al empleo y otros aspectos. Igual puede decirse de la recíproca influencia de lo laboral con lo civil y lo mercantil, si paramos mientes en la aplicación de los principios laborales a grandes colectivos como el de la abogacía y la medicina dentro de organizaciones ajenas, así como los controles de *fair play* aplicados a la gestión empresarial (*compliance*), en tanto que en sentido inverso se produce la remercantilización y la pulsión hacia la igualdad formal que debilitan principios como el de la primacía de la realidad, el de norma más favorable o el de condición más beneficiosa, mientras que las categorías profesionales se diluyen en los grupos.

²⁶ Me permito remitir a las partes II, III y IV de Ojeda Avilés (2010, pp. 117 y ss., 351 y ss., y 475 y ss.).

²⁷ El *Diccionario de la lengua española* la define como: «Deshacer analíticamente algo para darle una nueva estructura». *Vid.* Balkin (1987); Kramer (1991); Teubner (1993).

Preciso será, antes de hablar del «nuevo derecho del trabajo», aludir brevemente a los criterios de delimitación vigentes, como punto de partida desde donde veremos hasta qué punto la nueva realidad –quizá más apropiado sería decir «nueva virtualidad»– no nos ha conducido a inventar o aplicar nuevos criterios, sino que ha producido una traslación del peso de los utilizados o, en otras palabras, una nueva valoración de los mismos a cuya virtud los más simples pierden peso en favor de alguno más complejo.

En el punto de mira concreto de nuestra indagación tendremos ocasión de plantearnos si no estaremos en vísperas de la unificación del empleo subordinado con el empleo autónomo, en línea con la conocida propuesta matizada y graduatoria de D'Antona (1988, pp. 195 y ss.; 1989, p. 48) sobre el «trabajo sin adjetivos»²⁸, donde convivirían «especies diversas de un mismo género de trabajo», a las cuales vendría reconocido un suelo mínimo de las tutelas que actualmente se reconocen solo a las personas trabajadoras subordinadas (D'Antona, 1996, pp. 195-196), o con la más drástica de Freedland y Kountouris (2011) sobre la «relación personal de trabajo». Y si, en semejante tesitura, no estaremos marchando hacia la formulación tripartita del salario permanente, propuesta ya por Supiot (2001) y por Boissonnat a finales de los años noventa²⁹.

6. ¿Qué indicio cardinal de laboralidad para una realidad difusa?

A la vista de lo comentado, la delimitación del ámbito en sentido físico ha perdido ampliamente su razón de ser, pero el contrato de trabajo subsiste en la subordinación digital (Sierra Benítez, 2015). En esencia, la nueva persona trabajadora carece de la autonomía sustantiva para organizar su trabajo sin interferencias de la persona empleadora, pues de ella o a través de ella recibe los encargos y de ella percibe la retribución. Aún habría que hacer un par de reflexiones más:

- Con independencia de que la calificación como relación subordinada o autónoma recaiga en última instancia en manos de los tribunales, está claro que emerge poderosa una franja intermedia entre una y otra que en España se denomina «autónomo económicamente dependiente», o TRADE, y en Italia «colaborador coordinado y continuativo» (co.co.co.), cuyos rasgos peculiares y derechos mínimos o irrenunciables comienzan a trazar con vacilaciones las leyes y los convenios colectivos, y los estudios técnicos a proponer, normalmente orientados a confirmar su seguridad social y la responsabilidad de la plataforma empresarial

²⁸ Vid. también Ferraro (1998, pp. 429 y ss.); Pedrazzoli (1998, p. 24); Perulli (1996, pp. 76 y ss.).

²⁹ Vid. nota 5.

en caso de accidente (Francia, Suiza, Bélgica, España), aunque también en algún caso contemplando un conjunto de derechos, como es el caso de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda europea para la economía colaborativa³⁰.

Al margen del elevado grado de fraude producido por la figura de «los falsos autónomos», una buena parte de quienes trabajan en tales círculos actúan dentro de elevados niveles de precariedad, aunque también con amplia libertad de acción. Sería oportuno, y la doctrina ya lo viene realizando, comparar las diversas iniciativas nacionales e internacionales para delimitar el cuadro normativo y fáctico de esa nueva figura que aparece con pujanza desde hace algunos años. En España, la figura de la persona trabajadora económicamente dependiente perfilada por la Ley 20/2007 es en definitiva una persona trabajadora subordinada con limitados derechos laborales, especialmente colectivos (arts. 13 a 17), si bien la presunción de laboralidad recientemente establecida por la Ley 12/2021 para el trabajo en plataformas de reparto permite aliviar la rigidez de aquella ley en las situaciones más delicadas. A mi juicio, la categoría de la persona trabajadora por cuenta propia económicamente dependiente podría haber sido incluida dentro de los trabajos con régimen especial, donde están, por ejemplo, los de deportistas, abogados/as, altos cargos o el servicio doméstico (art. 2 ET). Mientras que en Italia la penúltima reforma de «los colaboradores» ha establecido la consideración como laboral de las personas repartidoras en plataformas digitales, salvo en la regulación del despido³¹.

- No solo se ponen a punto las normas referidas a esta gran zona gris situada entre personas autónomas y dependientes. Los límites de esta última, que es tanto como decir los límites del derecho del trabajo tal y como lo conocemos, han ido cambiando con la revolución digital, y hoy día parece necesario utilizar un criterio delimitador situado más allá de la relación «individual» –y de los antiguos criterios de la sujeción económica o la personal– para dar paso a la sujeción organizativa de una tercera persona; sujeción que no tiene que acabar en instrucciones individuales ni en asignaciones económicas singularizadas. Hablaríamos de una relación «orgánica», donde la estructura integral –el cómo, cuándo y dónde de la propia laboralidad– proviene de la tercera persona que encarga, dirige y retribuye, sin necesidad de mando ni de ámbito para ejercerlo, esté o no en el mercado como empresa, o transfiera o no *ab origine* los frutos o los riesgos de la actividad. Y es por ello el criterio de la integración orgánica en la estructura empresarial de la persona trabajadora un concepto que permite grandes dosis de autonomía en lo circunstancial, pero siempre dentro de la órbita decisional de la empresa. Aunque

³⁰ Resolución 2017/2003 (INI).

³¹ Ley 128/2019, ya citada.

sin la debida nitidez, ese es el criterio que emerge como prevalente en el artículo 1 del vigente ET, cuando declara su aplicación a quienes «presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona»³². En la misma dirección puede citarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, al destacar la relevancia de la integración de la persona trabajadora en la organización de la empresa³³.

La Organización Internacional del Trabajo no se ha quedado atrás en el análisis laboral de estos supuestos, y sobre todo debe mencionarse la Recomendación 198 (2006) sobre la relación de trabajo, la cual recalca como indicio primario, a la hora de determinar la laboralidad de la relación:

[...] el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo³⁴.

En definitiva, el derecho del trabajo sufre desde la ya lejana época de la crisis del petróleo de la década de 1970 un hondo proceso de reconfiguración forzado por el neoliberalismo y la nueva abstención del Estado. Sin embargo, esa carrera hacia el fondo

³² El precedente histórico del estatuto, la Ley de contrato de trabajo de 1944, establecía la existencia de un contrato de estas características cuando una de las partes se obligaba a ejecutar una obra o servicio «para uno o varios empresarios bajo la dependencia de estos, mediante una remuneración».

³³ En tal sentido, Sentencia de 4 de noviembre de 2020, SL4479-2020, Montoya y otros c. Codensa y Galaxtet. Contratación de conductores por una unión temporal de empresas para trabajar en una empresa de electricidad, que da las instrucciones, las tareas y la dirección del trabajo. La Corte Suprema confirma la sentencia de instancia condenando a ambas empresas solidariamente. También Sentencias de la misma Corte de 25 de noviembre de 2020, SL5042-2020, Giraldo c. Construcciones Buendía; de 14 de abril de 2021, SL1439-2021, Rojas c. Organización de Estados Iberoamericanos; y de 7 de julio de 2021, SL3345-2021, Schneider c. Pepsi Cola Colombia.

³⁴ Recomendación citada, párrafo 13 a). Pero antes, en el párrafo 12, ha hablado de la subordinación o la dependencia como ejemplos de las «condiciones» que determinan la existencia de una relación de trabajo, y el propio párrafo 13 comentado en texto sigue hablando de otro de los indicios específicos que determinan la existencia de aquella, en concreto el de la retribución periódica y la ausencia de riesgos financieros para la persona trabajadora. Indicios que recuerdan claramente a las variantes más conocidas de la ajénidad como concepto que la doctrina contrapone al de la dependencia. Cfr. Villasmil Prieto y Carballo Mena (2019), donde se subrayan los valores principales de la recomendación: el principio de primacía de la realidad, la presunción de laboralidad y el principio de libertad de medios de prueba.

(*rush to the bottom*), como la llamó Hepple en su momento, llega ahora a playas más tranquilas, aunque distintas de las iniciales. El paisaje laboral ha cambiado, y las leyes han respondido con modificaciones normativas, pero no se ha producido la desaparición de los principios laborales, como tampoco ha desaparecido el trabajo dependiente. Ocurre, no obstante, que la difuminación de los límites de lugar y tiempo surgida de la sociedad virtual ha sublimado los criterios de la dependencia, y en los casos más avanzados se consolida el criterio global de la heterodirección, ese «ámbito de organización y dirección de otra persona».

La pérdida de la autonomía organizativa del propio trabajo, transferida a otra persona, se quintaesencia ahora en aspectos que ya no son los tradicionales del lugar, tiempo y modo, sino en una potestad reconocida a la contraparte del contrato para coordinar organizativamente la prestación de la persona trabajadora.

El trabajo con plataformas digitales nos está enseñando un nuevo modelo de subordinación que permite una mayor libertad de la persona trabajadora en lo no trascendente para el empleo en cuestión, al punto de que una visión superficial puede hacernos creer que nos hallamos ante una persona trabajadora autónoma. Pero existe un control de lo sustancial por parte de la empleadora, que se reserva los aspectos estructurales de la libertad laboral de la persona empleada.

Así, en el trabajo con plataformas digitales de las personas repartidoras, hablamos de aspectos organizativos que el/la *rider* debe observar, como, por ejemplo, los precios y tarifas establecidos por la empresa; la puntuación obtenida según su eficiencia, que se reduce por no aceptar servicios; la presencia operativa en la franja horaria reservada para él/ella; la localización permanente por GPS para registrar los kilómetros recorridos en cada servicio, aun siendo libre para elegir el trayecto; etc. En cambio, la persona repartidora decide el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realiza durante la misma, seleccionando los pedidos que quiere realizar; la no obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana; o la posibilidad de trabajar para terceras personas siempre que se respete el porcentaje de ingresos con la empresa distribuidora para seguir siendo llamada por esta. Hay además un juego de incentivos y sanciones, como el de una mejor puntuación en las horas de mayor demanda; preferencia en la asignación de repartos a quienes posean mayor puntuación; penalización de 0,3 puntos cada vez que la persona repartidora no esté operativa en la franja horaria reservada para ella, si no es por causa justificada; sistema de encuadramiento en categorías, en el que se puede descender por no aceptar servicios durante más de 3 meses; etc.³⁵

³⁵ Datos extraídos de los antecedentes de hecho de la STS 2924/2020, de 25 de septiembre.

Las reflexiones anteriores nos llevan a una observación referida a la ordenación de las diferentes estructuras jurídico-laborales en el derecho del trabajo español. Más allá de la actual relación laboral normal, ya sea por tiempo indefinido como la de trabajo temporal, el ordenamiento reconoce unas relaciones laborales especiales que en varias de sus manifestaciones reúnen características similares a las ahora descritas como avanzadas o nacidas al socaire de la revolución digital. Cabría pensar en que el legislador habría podido incardinar tanto el trabajo a través de plataformas telemáticas, como los propios/as TRADE, como –ya más al fondo– el trabajo a distancia dentro de ese elenco de relaciones laborales especiales y de tal modo uniformar un panorama que coincide en lo sustancial, cual es en el control organizativo de la persona empleadora. Si tomamos, por ejemplo, la relación laboral especial de los abogados/as que prestan servicio en despachos de abogados/as heterodirigidos, observaremos cómo se preserva el derecho de aquellos/as a la libertad e independencia profesional en el ejercicio de la profesión, pero se proclama el poder de organización, planificación y dirección de la persona titular del despacho, su derecho a distribuir asuntos y clientela entre los abogados y las abogadas adscritos, así como de dar órdenes e instrucciones sobre la forma de llevar los asuntos, y despedir por la negativa infundada a aceptar asuntos o a informar a la persona titular³⁶.

Todo ello ha trastocado la calificación de las relaciones laborales, y al menos en las nuevas figuras antecitadas emerge como el criterio más claro de calificación de la dependencia el de la subordinación orgánica a una empresa o, quizá con más propiedad, el de control orgánico de la persona empleadora, en el sentido expresado más arriba.

³⁶ Artículo 2.1 k) del ET y Real Decreto 1331/2006, sobre relación laboral especial de abogados que prestan sus servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, *passim*, en especial artículos 5.3, 6 y 24.

Referencias bibliográficas

- Balkin, Jack M. (1987). Deconstruction practice and legal theory. *The Yale Law Journal*, 96, 43-786.
- Baudrillard, Jean. (1972). *Pour une critique de l'économie politique du signe*. Gallimard.
- Baylos Grau, Antonio Pedro. (2000). La «huida» del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización. En Manuel Ramón Alarcón Caracuel y María del Mar Mirón Hernández (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)* (pp. 35-54). Marcial Pons.
- Beck, Ulrich. (2000). *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Paidós.
- Casanova Surroca, Eudaldo. (2007). *Lo que queda del marxismo*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Castells, Manuel. (2004). Chapter 1. Informationalism, networks, and the network society: A theoretical blueprint. En Manuel Castells (Ed.), *The network society: A cross cultural perspective*. Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781845421663.00010>.
- D'Alessandro, Francesco. (5 de febrero de 2020). Collaborazioni. Ma... esistono ancora le co.co.co.? *eLavoro, la newsletter di Nidil Cgil*. <https://www.nidil.cgil.it/collaborazioni-co-co-co/>.
- D'Antona, Massimo. (1988). I mutamenti del diritto del lavoro e il «problema» della subordinazione. *Rivista Critica di Diritto Privato*.
- D'Antona, Massimo. (1989). La subordinazione e oltre. Una teoría jurídica per il lavoro che cambia. En Marcelo Pedrazzoli (Dir.), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*. Il Mulino.
- D'Antona, Massimo. (1996). Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Segunda propuesta de legge. En Giorgio Ghezzi (Dir.), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo único*. Futura.
- Davidov, Guy y Langille, Brian (Eds.). (2006). *Boundaries and frontiers of Labour Law*. Oxford.
- Derrida, Jacques. (1989). *La escritura y la diferencia*. Anthropos. https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2011/04/derrida-jacques-la-escritura-y-la-diferencia_ocr.pdf.
- Dukes, Ruth. (2016). *The Labour Constitution: The enduring idea of Labour Law*. Oxford University Press.
- Estlund, Cynthia L. (2006). The death of Labor Law? *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 105-123.
- Estlund, Cynthia L. (2007). The ossification of American Labor Law. *Columbia Law Review*, 6(102), 1.527-1.612.
- Ewing, Keith. (1988). The death of Labour Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2(8), 293-300.
- Ferraro, Giuseppe. (1998). Dal lavoro subordinato al lavoro autónomo. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 79.
- Fitoussi, Jean Paul. (2004). *La democracia y el mercado*. Paidós Ibérica.
- Freedland, Mark y Kountouris, Nicola. (2011). *The legal construction of personal work relations*. Oxford Monographs on Labour Law.
- Fukuyama, Francis. (1989). The end of history? *The National Interest*, 16, 3-18.
- Fukuyama, Francis. (1992). *The end of history and the last man*. Free Press.

- Gómez, Lucía y Romera, Javier. (11 de agosto de 2021). La «Ley Rider» hace aguas y solo Just Eat contratará a sus repartidores. *elEconomista.es*. <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11355709/08/21/La-Ley-Rider-hace-aguas-y-solo-Just-Eat-contratara-a-sus-repartidores.html>.
- González López, Juan José. (2016). La «huida del derecho administrativo» como factor criminógeno. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 375-412.
- Gorelli Hernández, Juan. (2019). Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas («crowdsourcing offline»). *Revista de Derecho Social*, 86, 39-62.
- Hyde, Alan. (1988). Employment Law after the death of employment. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1(1), 99-116.
- Igartua Miró, María Teresa. (2014). Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2, 115-148.
- Kramer, Matthew H. (1991). *Legal theory, political theory and deconstruction. Against Rhadamanthus*. Indiana University Press.
- Kuruwilla, Sarosh. (2021). *Private regulation of labor standards in global supply chains: Problems, progress, and prospects*. Cornell University Press.
- Martín Valverde, Antonio. (1990). El discreto retorno del arrendamiento de servicios. En Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea* (pp. 236-259). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (16 de marzo de 2017). Derecho y trabajo en la era digital: ¿«revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»? Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548619/lang-es/index.htm.
- Moss Kanter, Rosabeth. (1995). Nice work if you can get it: The software industry as a model for tomorrow's jobs. *American Prospect*, 23, 52-58.
- Ojeda Avilés, Antonio. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley.
- Pedrazzoli, Marcello. (1998). Consensi e dissenso sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro. *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 21, 9-32.
- Pérez Capitán, Luis. (2020). **El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero.** *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 143-152.
- Perulli, Adalberto. (1996). *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*. Giuffrè.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. (2002). La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(4), 130-153. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/221/177>.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. (1992). La huida del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 85-94.
- Sánchez Rodríguez, Antonio Jesús. (2020). *Introducción a la huida del derecho administrativo*. Aranzadi.

- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (Dir.). (2021a). *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2021b). La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor. *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2021*. <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2021/09/la-construccion-de-un-dt-transnacional-para-las-cgv-ponencia-congreso-aidtss-wsanguinetti-2021-ligero.pdf>.
- Santoro Passarelli, Giuseppe. (2015). *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?* Jovene editore.
- Saz Cordero, Silvia del. (1994). La huida del derecho administrativo. Últimas manifestaciones: aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública*, 133, 57-98.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2015). El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(3), 93-118.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2017). Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta por un derecho del trabajo consistente. *IX Congreso Regional de las Américas*, Buenos Aires, 2017. <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>.
- Supiot, Alain. (2001). *Beyond employment: Changes in work and the future of Labour Law in Europe*. Oxford.
- Teubner, Gunther. (1993). *Le Droit, une système autopoïétique*. Presses Universitaires de France.
- Todolí Signes, Adrián. (2015). El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IUSLabor*, 3.
- Todolí Signes, Adrián. (2 de noviembre de 2016). Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK. *Argumentos de Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>.
- Villasmil Prieto, Humberto y Carballo Mena, César Augusto. (2019). *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo* (2.ª ed.). UCAB ediciones.
- Wysocki, Bernard, Jr. (19 de agosto de 1996). Flying Solo: High-Tech nomads write new program for future of work. *Wall Street Journal*.
- Zachert, Ulrich. (1988). Die zerstörung des normalearbeitsverhältnisses. *Arbeit und Recht*, 5, 129-137.



El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor titular (acreditación para CU) de Derecho del Trabajo.

Universidad de Salamanca (servicios especiales)

Asesor del Defensor del Pueblo

jvivero@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-4442-3369>

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Lourdes Arastey Sahún, don José Antonio Fernández Avilés, doña Rocío Gallego Losada, don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Miguel Rodríguez-Piñero Royo y doña Aránzazu Roldán Martínez.

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

Extracto

La notable y sostenida subida del salario mínimo interprofesional (SMI) de los últimos años plantea a la negociación colectiva y a las empresas unos problemas y unos retos jurídicos distintos a los del pasado. Además del análisis teórico y práctico de los problemas y de los retos jurídicos, se ofrece en este estudio una apuesta por la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica donde la inseguridad viene campando a sus anchas, así como por el replanteamiento del marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, muy en particular de la regulación (legal, reglamentaria y convencional) de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, sin duda, el principal de los problemas y retos jurídicos tratados en este trabajo. El previsible incremento del SMI durante los próximos años, la próxima intervención del Tribunal Supremo para poner orden en esta judicialmente desordenada materia y el debate europeo sobre los salarios mínimos adecuados a buen seguro contribuirán a mantener el protagonismo asumido por la temática objeto de este estudio.

Palabras clave: salario mínimo legal; negociación colectiva; determinación del salario; absorción y compensación.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 20-10-2021

Cómo citar: Vivero Serrano, Juan Bautista. (2021). El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 464, 49-88.



The increase of the interprofessional minimum wage. The impact on collective bargaining and business management of remuneration

Juan Bautista Vivero Serrano

Abstract

The notable and sustained rise in the minimum interprofessional wage in recent years causes problems and legal challenges for collective bargaining and employers that are different from those of the past. In addition to the theoretical and practical analysis of the legal problems and challenges, this study offers a commitment to collective bargaining as an instrument of legal security where insecurity has been rampant, as well as the rethinking of the legal framework in the that the incidence of the annual increase in the minimum interprofessional wage unfolds in collective bargaining and in the business obligation to pay wages, particularly in the regulation (legal, regulatory and conventional) of the absorption or compensation of the annual increase in the minimum interprofessional wage, without a doubt the main one of the legal problems and challenges dealt with in this work. The foreseeable increase in the minimum interprofessional wage over the next few years, the forthcoming intervention of the Supreme Court to put order in this judicially disorderly matter, and the European debate on adequate minimum wages will surely contribute to maintaining the prominence assumed by the subject matter of this work.

Keywords: legal minimum wage; collective bargaining; determination of wage; absorption and compensation.

Citation: Vivero Serrano, Juan Bautista. (2021). The increase of the interprofesional minimum wage. The impact on collective bargaining and business management of remuneration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 49-88.

Sumario

1. Una temática problemática y de creciente protagonismo
2. Factores explicativos del protagonismo cobrado por la materia objeto de estudio y de su previsible relevancia en el futuro
 - 2.1. El espectacular crecimiento porcentual del SMI entre los años 2017 y 2020: un crecimiento del 45 % en un periodo de bajísima inflación
 - 2.2. La política salarial *low cost* de cierta negociación colectiva empresarial
 - 2.3. La nueva y controvertida doctrina sentada por la Audiencia Nacional a la espera del Tribunal Supremo
 - 2.4. El previsible crecimiento real del SMI en los próximos años
3. El marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario
 - 3.1. Principales aspectos del marco jurídico
 - 3.2. Crítica de la heterodoxa y rupturista doctrina de la AN del año 2019
4. La problemática absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI: el reto de la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica
 - 4.1. La calificación y la definición de las percepciones extrasalariales
 - 4.2. La definición de los complementos salariales y su reconducción o no a las tres categorías de complementos del artículo 26.3 del ET
 - 4.3. El establecimiento de reglas convencionales claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI
5. El necesario replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI
6. Otros problemas y retos jurídicos derivados del incremento anual del SMI
 - 6.1. La negociación colectiva tendente a la acomodación de la regulación convencional del salario al incremento anual del SMI
 - 6.2. El empleo por la negociación colectiva del SMI a determinados efectos y las normas transitorias de afectación establecidas en los últimos años por las normas reglamentarias de fijación del SMI
 - 6.3. La problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo y el papel de la negociación colectiva
 - 6.4. La controvertida cuantía anual del SMI para el año 2021 a efectos de absorción o compensación

Referencias bibliográficas

1. Una temática problemática y de creciente protagonismo

La incidencia, más o menos problemática, de la subida anual del salario mínimo interprofesional (SMI) en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario no es ni mucho menos una temática novedosa. En los ámbitos normativo, judicial y doctrinal hay suficientes rastros de esa relación problemática desde hace mucho tiempo¹.

Ahora bien, desde el año 2017 en adelante, esta temática ha cobrado un notable protagonismo, muy superior al de antaño, reflejado en una producción bibliográfica por el momento no muy extensa², pero que a buen seguro irá en aumento. La organización por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos de un foro técnico, el día 8 de octubre de 2020, constituye una prueba evidente de ese protagonismo³. Y, lo que es más importante, el protagonismo alcanzado no parece que vaya a ser flor de un día, tal y como habrá ocasión de demostrar en las siguientes páginas. Al contrario, irá en aumento en la medida en que el SMI, tras el relativo parón pandémico del año 2021, siga creciendo en los próximos años de forma notable y por encima de la inflación hasta alcanzar el 60 % del salario medio en consonancia con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa como órgano de garantía y control de la Carta Social Europea, cuya versión revisada de 1996 ha sido recientemente ratificada por España⁴.

El análisis que aquí se lleva a cabo, del que se da somera cuenta en el resumen que abre este trabajo, se circunscribe exclusivamente a la problemática jurídica del incremento anual del SMI, eludiendo deliberadamente la más mediática problemática económica y político-ideológica, no exenta precisamente de aportaciones doctrinales, institucionales (Banco de España, incluido) y de otro signo⁵.

¹ Especial mención, a este respecto, merece la obra de Martínez Jiménez (1986). Asimismo, entre más, García-Perrote Escartín (1992) y Sagardoy Bengoechea (1982, pp. 65 y ss.).

² Llompart Bennassar (2019); Pérez del Prado (2017) y Pérez Hernández (2020).

³ Foro técnico celebrado en Madrid, el día 8 de octubre de 2020, en la sede del Ministerio de Trabajo y Economía Social, bajo el título «El impacto del incremento del salario mínimo interprofesional en la negociación colectiva».

Asimismo, el seminario virtual organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, el día 20 de noviembre de 2020, bajo el título «El impacto del incremento del salario mínimo: una visión comparada y nacional».

⁴ BOE de 11 de junio de 2021.

⁵ Entre más, Pérez Domínguez y González Güemes (2005) y Ruesga Benito y Baquero Pérez (2019).

Entre otros muchos documentos, resulta de interés el reciente estudio auspiciado por el Banco de España y dado a conocer en junio de 2021: Barceló *et al.* (2021).

De la multitud de problemas y retos jurídicos que la subida anual del SMI conlleva, algunos muy evidentes y otros no tan conocidos⁶, aquí se pone el foco en la negociación colectiva, en el impacto problemático de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en el complejo y rico papel que la misma puede desempeñar al respecto, en especial como instrumento de seguridad jurídica, con el consiguiente sometimiento de las decisiones empresariales en materia retributiva a reglas relativamente seguras.

La idea fuerza o hilo conductor del presente trabajo es la imprescindible aproximación a esta materia con una nueva mirada, sin que las ideas y las soluciones del pasado, concebidas para una situación fáctica muy distinta de la actual, puedan continuar sirviendo por inercia para unos hechos y unos problemas radicalmente distintos, lo que no significa prescindir por completo del pasado, sino más bien situarlo en sus justos términos y extraer del mismo experiencias y enseñanzas útiles para el presente y para el inmediato futuro.

2. Factores explicativos del protagonismo cobrado por la materia objeto de estudio y de su previsible relevancia en el futuro

Hay al menos cuatro factores o elementos que explican el protagonismo alcanzado desde el año 2017 en adelante por la temática objeto del presente trabajo. Y lo explican tanto cada uno de ellos por separado como, a mayores, conjuntamente barajados. Por tanto, aunque alguno de los factores a los que se pasará revista a continuación pudiera declinar en el inmediato futuro, la temática en cuestión a buen seguro seguirá gozando de suficiente relevancia teórica y práctica a medio plazo.

2.1. El espectacular crecimiento porcentual del SMI entre los años 2017 y 2020: un crecimiento del 45% en un periodo de bajísima inflación

En tan solo 4 años, entre los años 2017 y 2020, el SMI experimentó un crecimiento acumulado del 45 %⁷, dejando el importe mensual, en catorce pagas, en 950 euros brutos para

Al cierre de la revisión de este trabajo se dio a conocer el Premio Nobel de Economía para el canadiense David Card, fundamentalmente por sus trabajos de los años noventa del siglo pasado sobre la relación entre la subida del salario mínimo y el empleo en diferentes estados de USA, aparentemente extrapolables más allá de ese país.

⁶ Así, por todos/as, Llopart Bennàssar (2019, pp. 57 y ss.).

⁷ Subidas del 8% en el año 2017, del 4% en el año 2018, del 22,3% en el año 2019 y del 5,5% en el año 2020.

el año 2020, 100 euros más de lo previsto por el acuerdo social alcanzado en 2018 entre el entonces Gobierno del Partido Popular y los agentes sociales⁸.

Crecimiento acumulado del 45 % en tan solo 4 años que no tiene parangón en la serie histórica desde la creación del SMI en el año 1963. Y es que, frente a otros periodos históricos de fuerte crecimiento acumulado del SMI, el crecimiento de esos 4 años vino a coincidir con una etapa de bajísima inflación, con un incremento acumulado del IPC entre los años 2017 a 2020 de tan solo el 3,1 %⁹.

En efecto, en los anteriores periodos históricos de fuerte crecimiento acumulado del SMI el alza fue más nominal que real, al coincidir con periodos de hiperinflación o de moderada inflación. Se trata de los periodos de 1975 a 1981, con la característica hiperinflación de aquellos años (202 % en el acumulado de esos 7 años), y, más recientemente, de 2004 a 2009, con un incremento acumulado del SMI del 38 %, si bien con una inflación acumulada (18 %) mucho más elevada que la de los años 2017 a 2020 (3,1 %)¹⁰.

Es más que evidente que una subida tan notable y sostenida del SMI, coincidente con un periodo de bajísima inflación, tenía que impactar de lleno en la negociación colectiva, principal fuente de fijación de los salarios en España, dada la elevada tasa española de cobertura de la negociación colectiva (Martínez Matute, 2016, pp. 34 y ss.). En este sentido, es muy significativo el escasísimo margen entre el SMI para el año 2020, igual a 13.300 euros en cómputo anual, y el objetivo de salario mínimo profesional del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2018-2020, igual a 14.000 euros anuales para el año 2020.

Un estudio de CC. OO. acerca de la negociación colectiva sectorial en el año 2019 venía a poner de manifiesto la enorme cantidad de convenios colectivos sectoriales con salarios profesionales formalmente por debajo del SMI para el año 2019, lógicamente para las categorías o niveles profesionales con salarios tradicionalmente más bajos, y otros muchos convenios con salarios *grosso modo* iguales al SMI para el año 2019, de nuevo para esas categorías o niveles profesionales de salarios más modestos¹¹. Y otro tanto habría que decir del año 2020¹².

⁸ El Acuerdo Social para el Incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020 fue firmado el día 26 de diciembre de 2017 por el Gobierno de la nación y los agentes sociales (CC. OO., UGT, GEOE y CEPYME).

Un comentario de este acuerdo producto del diálogo social, a cargo de Cabero Morán (2018, pp. 96 y ss.).

⁹ Cálculo realizado mediante la aplicación disponible en la página web oficial del Instituto Nacional de Estadística. <https://www.ine.es/varipc/>.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Informe de la Secretaría de Acción Sindical de CC. OO. titulado *Balance de la negociación colectiva 2019* (febrero de 2020, pp. 25 y ss.). <https://www.ccoo.es/3c6d47073ab22a3a8cb766bda16f538000001.pdf>.

También está disponible en la página web del sindicato el informe del año 2020, publicado en el año 2021. <https://www.ccoo.es/c9fb316b4f46c1f4346b6d8511814a46000001.pdf>.

¹² Por poner solo un ejemplo, la revisión salarial para el año 2020 del Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (BOE de 10 de septiembre de 2020).

Así las cosas, ya no puede afirmarse ni mucho menos, tal como se venía haciendo hasta hace no mucho tiempo¹³, que el SMI es el salario de las personas trabajadoras sin cobertura de la negociación colectiva, salvo contadas excepciones (aprendices, sobre todo). Son ya legión las personas trabajadoras pertenecientes a categorías y niveles profesionales o retributivos de salarios más bajos cuyos salarios profesionales, más producto de la negociación colectiva que de la autonomía individual, vienen más o menos a coincidir con el SMI, cuando no a quedarse formalmente por debajo del mismo. Es, pues, una realidad incuestionable que el notable y sostenido crecimiento anual del SMI está influyendo decisivamente en la negociación colectiva de nuevo cuño, igual que está incidiendo en los convenios colectivos celebrados años atrás y no revisados todavía, se encuentren en su periodo de vigencia ordinaria, en su periodo de vigencia prorrogada o en su periodo de vigencia ultra-activa. He aquí un motivo de peso para aproximarse a esta temática con una mirada nueva, el hilo conductor de este estudio.

2.2. La política salarial *low cost* de cierta negociación colectiva empresarial

Mientras en el anterior factor explicativo es la notable y sostenida subida gubernamental del SMI la que progresivamente va aproximando este al salario mínimo profesional de las personas trabajadoras con salarios tradicionalmente más bajos, fijado sobre todo por la negociación colectiva sectorial, en el elemento explicativo que se expone a continuación sucede justo lo contrario, a saber, es cierta negociación colectiva empresarial la que fija unos salarios profesionales cada vez más cercanos al SMI, cuando no equiparados al mismo, e incluso a veces formalmente por debajo. Es verdad que no es un fenómeno generalizado, pero también que no se trata de algo puramente marginal o anecdótico, con importantes consecuencias de «devaluación salarial» en no pocas empresas¹⁴.

Frente a la clásica negociación colectiva empresarial, que es una negociación de mejora de la negociación sectorial, la reforma laboral de 2012 propicia la negociación empresarial a la baja, muy en particular en material salarial; *low cost*, podría decirse. Los mimbres jurídicos que permiten esa negociación colectiva empresarial *low cost* son bien conocidos: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de cuantía salarial del artículo 84.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los acuerdos de empresa (o laudos producto de arbitraje obligatorio) de descuelgue salarial del artículo 82.3 d) del ET. Unos mimbres jurídicos que el pacto político entre el Partido Socialista y Unidas Podemos situó en su punto de mira, reformista para unos y derogatorio para otros. Y aunque el Plan Anual Normativo

¹³ Entre más, Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 97 y ss.). Con anterioridad, Martínez Jiménez (1986, pp. 146 y ss.).

¹⁴ Vid. Vivero Serrano *et al.* (2016, pp. 103 y ss.). Asimismo, Moreno Preciado y Sanz Berzal (2020).

2020 del Gobierno de la nación incorporaba su próxima modificación¹⁵, lo cierto es que ya muy avanzado el año 2021 estos controvertidos aspectos de la reforma laboral del año 2012 siguen en vigor, varados en el fatigoso proceso de diálogo social, con el lastre de las supuestas presiones de la Comisión Europea a favor de la prioridad de otras reformas laborales más urgentes (simplificación de las modalidades de contratación laboral, lucha contra la temporalidad, políticas activas de empleo, etc.).

La negociación colectiva *low cost* tiene su paradigma en las empresas multiservicios (Vivero Serrano *et al.*, 2018, pp. 171 y ss.). En la negociación colectiva en dichas empresas es muy habitual que el salario profesional de buena parte de las categorías, puestos y niveles retributivos del sistema de clasificación profesional se confunda con el SMI, cuando no se sitúe por debajo de él. A diferencia de lo que sucede en la negociación sectorial, en la que la equiparación entre el salario profesional y el SMI solo se da en las categorías o niveles con salarios tradicionalmente más bajos, en la negociación colectiva de las empresas multiservicios esa equiparación es muy habitual que afecte al conjunto de las categorías profesionales de personas trabajadoras contratadas por las empresas multiservicios para la «cesión» a las empresas clientes, lo que bien podría constituir fraude de ley o abuso del derecho¹⁶, y algún ejemplo hay ya de pronunciamiento judicial en ese sentido¹⁷. Eso por no hablar de la contravención del principio de transparencia retributiva de los artículos 22.3 del ET y 3 del Real Decreto (RD) 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, al menos del espíritu de dicho principio.

La fuerte subida del SMI para el año 2019, incrementada con la subida para el año 2020, ha supuesto que fuera de las empresas multiservicios, y en buena medida presionadas por la política salarial *low cost* de las mismas, muchas otras empresas de sectores con salarios profesionales bajos hayan acabado por emular esa política salarial *low cost*, de equiparación entre el salario profesional y el SMI, vía negociación colectiva empresarial, si bien no para el conjunto de categorías o niveles profesionales, sino solo para las categorías y niveles retributivos con salarios tradicionalmente más bajos¹⁸.

¹⁵ Plan Anual Normativo 2020, Gobierno de España (p. 25). <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>.

La reforma de determinados aspectos del ET, incluidos los relativos a la negociación colectiva, también figuran en el Plan Anual Normativo 2021, estando prevista la correspondiente reforma laboral para finales del año 2021, de conformidad con los compromisos asumidos con la Unión Europea (UE) para la obtención de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹⁶ Tesis defendida por Vivero Serrano (2018, pp. 122 y ss.).

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 52/2019, de 8 de abril, confirmada recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de febrero de 2021 (rec. 128/2019).

¹⁸ Por poner un par de ejemplos, la revisión salarial para el año 2020 del Convenio colectivo para los centros de Barcelona y Alicante de Pro-Activa Serveis Aquàtics (BOE de 6 de octubre de 2020), y el Convenio colectivo de Balkania Distal, SL (BOE de 9 de febrero de 2021).

2.3. La nueva y controvertida doctrina sentada por la Audiencia Nacional a la espera del Tribunal Supremo

El tercer factor o elemento explicativo del protagonismo asumido por la temática estudiada en este trabajo tiene una naturaleza muy distinta a la de los dos factores explicativos apenas vistos, no siendo ni política ni económica, sino judicial. Se trata de la nueva y controvertida doctrina de la Audiencia Nacional (AN) sobre la eventual absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI. Conforme a la SAN 71/2019, de 24 de mayo, en la necesaria comparación en cómputo anual entre el SMI y el salario profesional (convencional o contractual), en el primero solo debe manejarse el importe fijo y garantizado, mientras en el segundo deben computarse cualesquiera partidas salariales, pudiendo en consecuencia absorberse o compensarse la subida anual del SMI con el salario profesional fijado por la negociación colectiva (o por la autonomía individual) por cualesquiera conceptos salariales, salvo disposición contraria del propio convenio colectivo, lo que a la postre beneficia sobremanera a las empresas y desprotege a las personas trabajadoras.

Más allá del detallado análisis crítico de la nueva doctrina judicial de la AN, que se acometerá en el siguiente epígrafe, basta ahora con señalar que esa doctrina judicial viene a alterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), a contrariar la doctrina científica y la doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo, a prescindir del claro tenor literal de las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI; en fin, a poner patas arriba el marco jurídico en el que se venía desarrollando la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la decisión empresarial de eventual absorción o compensación de dicho incremento. En definitiva, un factor explicativo de primer orden del protagonismo cobrado por la materia que se viene tratando, a la espera del pronunciamiento del TS que resuelva el recurso de casación ordinaria presentado frente a la SAN de mayo de 2019.

Mientras los dos factores explicativos anteriormente vistos conectan con la idea fuerza de este trabajo, la necesidad de una nueva mirada sobre una materia cuyos actuales presupuestos fácticos son radicalmente distintos de los del pasado, este factor explicativo de tipo institucional, la irrupción de la AN (y de su mano de otros jueces y juezas y tribunales de lo social), a la espera del TS, supone precisamente un caso de libro de esa nueva mirada.

2.4. El previsible crecimiento real del SMI en los próximos años

Es de sobra sabido que la grave crisis económica y social producto de la pandemia de la COVID-19, así como las disputas internas en el Gobierno de coalición progresista, se han saldado durante buena parte del año 2021 con la congelación del SMI para este año, prorrogándose el SMI del año 2020¹⁹. Al cierre de la revisión de este estudio, se ha logrado

¹⁹ Disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley (RDL) 38/2020, de 29 de diciembre.

un acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos, con el parecer contrario de las patronales, que supone una modesta subida del SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, pasando el SMI de 950 euros al mes a 965 euros al mes. Subida plasmada en el RD 817/2021, de 28 de septiembre.

Tras el relativo parón pandémico del año 2021, el crecimiento anual del SMI pudiera continuar a buen ritmo durante los próximos años 2022 y 2023, al menos a tenor del pacto de gobierno entre el Partido Socialista y Unidas Podemos²⁰, que aspira a situar el SMI a lo largo de la legislatura en el 60 % del salario medio, en la línea de las recomendaciones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el derecho a la remuneración suficiente del artículo 4.1 de la parte II de la Carta Social Europea (Teixeira Alves, 2014). De hecho, la Comisión Asesora del Ministerio de Trabajo y Economía Social sobre la subida del SMI, integrada por doce personas expertas, fundamentalmente economistas del ámbito académico²¹, ha propuesto esa subida para los años 2022 y 2023 en su informe entregado a mediados del año 2021²². Compromiso gubernamental de subida del SMI para alcanzar el 60 % del salario medio durante los años 2022 y 2023 que figura asimismo en los preámbulos de los reales decretos de fijación del SMI de los últimos años, por ejemplo, en el del más reciente RD 817/2021. Podría así alcanzar el SMI para el año 2023 una cifra de alrededor de 1.050 euros mensuales.

El intenso debate en el seno de la UE sobre el salario mínimo adecuado también ayudará previsiblemente al crecimiento del SMI durante los próximos años. Aunque en la propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, presentada por la Comisión con fecha 28 de octubre de 2020²³, solo se obliga a los Estados a la utilización de valores indicativos de referencia (comparación entre el salario mínimo legal y los salarios medios brutos), en el ámbito de la adecuación o suficiencia de los salarios legales (art. 5), pero sin imposición de objetivos porcentuales concretos, lo cierto es que en la exposición de motivos de la propuesta de directiva el objetivo de la adecuación de los salarios mínimos legales sobre la base del 50 % o el 60 % de los salarios medios brutos está permanentemente presente.

²⁰ El pacto firmado el 30 de diciembre de 2019, bajo el título «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España», dice así en este concreto asunto: «Subiremos el salario mínimo interprofesional hasta alcanzar progresivamente el 60 % del salario medio en España tal y como recomienda la Carta Social Europea» (punto 1.4, p. 4).

²¹ *Vid.* la noticia, por ejemplo, en <https://elpais.com/economia/2021-01-28/trabajo-crea-un-comite-de-expertos-para-subir-el-smi-al-60-del-sueldo-medio-durante-la-legislatura.html>.

²² Disponible en internet. Por ejemplo, en https://s03.s3c.es/imag/doc/2021-06-18/Informe_comision_asesora_smi.pdf.

²³ Propuesta de directiva disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682&from=ES>.

En definitiva, la temática objeto del presente estudio previsiblemente seguirá gozando de suficiente protagonismo en el inmediato futuro, en la medida en que el crecimiento sostenido y real del SMI continúe incidiendo de manera significativa sobre los salarios profesionales de las personas trabajadoras de categorías y niveles profesionales de salarios tradicionalmente más bajos; e, incluso, de salarios ya no tan bajos. Habrá que prestar atención, en este sentido, a la nueva versión del AENC, una vez expirada la anterior el 31 de diciembre de 2020, aunque sin atisbo alguno por el momento, y no ya de acuerdo en la cumbre, sino de la propia negociación colectiva necesaria para intentar alcanzar este.

3. El marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario

Antes de abordar los principales problemas y retos jurídicos que el incremento anual del SMI plantea a la negociación colectiva y a las empresas, parece necesario pasar revista al marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de dicho incremento en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, empezando por el marco jurídico en cuestión y terminando por la controvertida doctrina de la AN que ha venido a poner provisionalmente patas arriba dicho marco jurídico.

Con todo, no se pretende ni mucho menos ofrecer una visión exhaustiva del marco jurídico, una labor por lo demás ya realizada²⁴. De forma más modesta, se trata exclusivamente de focalizar la atención en los aspectos más relevantes de ese marco jurídico, siempre desde la perspectiva de la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario.

3.1. Principales aspectos del marco jurídico

Junto a las normas internacionales²⁵, todas ellas incorporadas al derecho español, que reconocen el derecho de las personas trabajadoras asalariadas a una remuneración suficiente, es el artículo 35.1 de la Constitución española (CE) el que proclama el derecho fundamental de estas «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia» (Arias Domínguez, 2019, pp. 1-52, en versión digital; Del Valle Villar, 2002; García Murcia, 2002, pp. 1.193 y ss.).

²⁴ Entre más, Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 55 y ss.). Asimismo, Valdés Dal-Ré (2000, pp. 631 y ss.).

²⁵ Normas internacionales, mundiales y europeas, a las que se refiere Llopart Bennàssar (2019, pp. 50-51).

En cuanto a la legalidad ordinaria, dicho derecho fundamental viene desarrollado por la institución del SMI, muy anterior a la CE, creada durante el régimen franquista, en el año 1963²⁶, pero no por ello ajena al derecho fundamental del artículo 35.1 de la CE; al contrario²⁷.

El artículo 27 del ET, que contempla y regula de forma muy escueta la institución del SMI, lógicamente no se ocupa del importe anual del mismo, ni siquiera ofreciendo parámetros que directa o indirectamente pudieran condicionar de manera efectiva la fijación anual del importe, no siéndolo realmente los criterios económicos a tener en cuenta conforme al artículo 27.1 del ET, en particular el evanescente criterio de la coyuntura económica general del 27.1 d) del ET²⁸.

Más allá del necesario respeto de las escasas reglas fijadas por el artículo 27.1 del ET (competencia del Gobierno/Consejo de Ministros, utilización del cauce del diálogo social y vigencia anual), el legislador entrega al Gobierno de la nación la fijación del importe del SMI, apostando por la naturaleza política de la intervención ejecutiva o decisoria del Gobierno, pudiendo el mismo manejar los cuatro parámetros económicos expresamente previstos por el artículo 27.1 del ET (uno de ellos, la coyuntura económica general, de suyo inabarcable en sede jurídica), así como otros muchos parámetros más, económicos, sociales y de mera estrategia política, a su antojo, respondiendo de las consecuencias del mayor o menor incremento anual del SMI exclusivamente en la arena política, sin control alguno por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha tenido ocasión de manifestar recientemente el Alto Tribunal al hilo de la impugnación del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el SMI para el año 2019²⁹.

²⁶ *Vid.* los autores citados en la nota número 1.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/1984, de 7 de marzo, y Auto del Tribunal Constitucional 44/2003, de 10 de febrero.

²⁸ En este sentido, ya la STS, Sala 3.^a, de 24 de julio de 1991 (rec. 151/1987). Asimismo, la STS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019).

Así lo había advertido tempranamente la doctrina, sobre la base del antecedente legislativo del artículo 27.1 del ET, el artículo 28 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. Así, entre más, De la Villa Gil y Palomeque López (1977, p. 606). En la actualidad, Arias Domínguez (2019, pp. 59-60, en versión digital).

²⁹ STS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019). Sentencia comentada por Sempere Navarro (2020).

La fijación del SMI para 2019, con un incremento del 22 % respecto del SMI del año anterior, al margen del acuerdo social alcanzado en el año 2018 por el entonces Gobierno del Partido Popular y los agentes sociales, y al margen de los primeros síntomas de ralentización del crecimiento del PIB español, constituye la mejor prueba del carácter esencialmente político del cometido del Gobierno de la nación en este ámbito.

Por lo demás, y a diferencia de lo que sucede en algunos países³⁰, es obvio que el legislador español apuesta por una figura salarial mínima común o interprofesional, incorporando el adjetivo calificativo al nombre mismo de la institución legal, excluyendo así la alternativa de la pluralidad de salarios mínimos de base profesional/sectorial. Ciertamente, la negociación colectiva en la cumbre del artículo 83.3 del ET podría alumbrar un SMI o común para todas las personas trabajadoras asalariadas, evidentemente igual o superior al fijado anualmente por el Gobierno de la nación, pero esa vía convencional nunca ha sido explorada con alcance normativo. Tampoco el artículo 27.1 del ET se ha ocupado de potenciar esa posible vía convencional interprofesional ni como alternativa ni como mejora del SMI de origen legal/gubernamental.

Y lo que el Gobierno viene haciendo desde hace mucho tiempo, superada la etapa inicial de relativa diversificación del SMI³¹, es fijar un único SMI para «cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores» (art. 1.1 RD 817/2021, por el que se fija el SMI para 2021). Un único SMI necesariamente en dinero desde la limitación del salario en especie introducida en el artículo 26.2 del ET por la reforma laboral de 2010.

Sucede, sin embargo, que el Gobierno no se está limitando al cumplimiento de la función ejecutiva o decisoria, de naturaleza política (art. 97 CE), prevista por el legislador en el artículo 27.1 del ET, sino que adicionalmente está ejerciendo la potestad reglamentaria, aprobando todos los años una norma reglamentaria del máximo rango, un real decreto, que incluye la faceta decisoria a que se viene haciendo referencia, pero también una faceta normativa, regulatoria. Así lo ha dicho en varias ocasiones el TS, sin que esa doble naturaleza incorporada en el instrumento formal del real decreto conlleve ilicitud alguna³². Se trata de un típico reglamento ejecutivo, amparado en la habilitación general de la disposición final segunda.1 del ET, en ausencia de habilitación específica alguna en el propio artículo 27 del ET. Es verdad que contrasta con los típicos reglamentos ejecutivos o de desarrollo de vigencia indefinida, teniendo en cambio cada real decreto de fijación del SMI vigencia anual, aunque también es cierto que la reiteración anual de las mismas reglas reglamentarias ofrece en la práctica un alcance similar al de las habituales normas reglamentarias de vigencia indefinida.

³⁰ Sobre el salario mínimo en el derecho comparado, Martínez Jiménez (1986, pp. 78 y ss.) y Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 43 y ss.).

Asimismo, resulta de mucho interés el Dictamen aprobado en el año 2020 por el Consejo Económico y Social Europeo, a petición del Parlamento Europeo, bajo el título «Salarios mínimos dignos en toda Europa».

³¹ Hasta 1998, el SMI tenía diversas cuantías, una para las personas trabajadoras de 18 o más años y otra para aquellas con una edad inferior a 18 años (Sempere Navarro y Pérez Campos, 2007, pp. 87-90).

Fundamental, a este respecto, resulta la STC 31/1984, de 7 de marzo, que vino a avalar, aunque con importantes matices, la heterogeneidad de salarios mínimos por razón de la edad.

³² SSTs, Sala 3.ª, de 29 de octubre de 2015 (recs. 187/2014 y 207/2014). Más recientemente, STS, Sala 3.ª, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019).

Pues bien, el aspecto más llamativo de la normativa reglamentaria anual sobre el SMI es el establecimiento de un SMI de estructura compleja. En efecto, viene el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, estableciendo con claridad que el SMI tiene un componente fijo y garantizado, expresado en cómputo mensual o en cómputo anual, con remuneración tanto del tiempo de trabajo como del tiempo de descanso y para una jornada a tiempo completo (igual para el año 2020 a 950 euros mensuales por catorce pagas, esto es, 13.300 euros anuales, siendo para el año 2021 estos importes mensuales y anual algo más complejos), y pudiera eventualmente tener también un componente variable, el proveniente de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET (y el «incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción»), con origen convencional o contractual. Así lo dispone para el año 2020 el artículo 2 del RD 231/2020, de 4 de febrero, y otro tanto hace para el año 2021 el mismo artículo del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

Precisamente porque el Gobierno viene queriendo desde hace mucho tiempo que el SMI tenga dos importes, uno fijo y garantizado *ex lege*, y otro variable y eventual, producto de la autonomía colectiva y de la autonomía individual, cada año se viene reglamentariamente estableciendo una regla particular de eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, que hunde sus raíces no en la regla general del artículo 26.5 del ET, sino en la regla particular del artículo 27.1 *in fine* del ET.

Conforme a dicha regla particular, para que la empresa pueda proceder a la absorción en todo o a la compensación en parte del incremento anual del SMI tiene que efectuar una comparación en términos anuales entre el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos y el SMI, integrado por la parte fija y garantizada *ex lege* y por la parte variable y eventual, obra de la autonomía colectiva y de la autonomía individual, si bien concretada exclusivamente en los complementos salariales del artículo 26.3 del ET y en el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción³³.

Expresado en otros términos, puesto que en la comparación en términos anuales al importe fijo y garantizado del SMI hay que añadir todos los complementos salariales del artículo 26.3 del ET por convenio colectivo (en su caso, laudo) o por contrato, que son complementos causales, más el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción, y puesto que todos esos conceptos salariales integran, junto a otros, el salario profesional (convencional o contractual), la comparación en cuestión debe realizarse entre la parte fija y garantizada del SMI, 13.300 euros anuales para el año 2020 (la comparación es más compleja en el año 2021), y el salario profesional integrado por las retribuciones básicas, entendiéndose por tales el salario base, las pagas extraordinarias (dos o más de dos) y los complementos salariales no reconducibles

³³ Así lo dispone literalmente el artículo 3 del RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se establece el SMI para 2020, bajo el rótulo «Compensación y absorción». Y otro tanto hace para el año 2021 ese mismo artículo del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

ni a ninguno de los tres tipos de complementos salariales del artículo 26.3 del ET ni al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción, esto es, carentes de causa específica distinta de la retribución por unidad de tiempo, a modo de salario base encubierto.

Y, por supuesto, sin consideración en la comparación de los complementos extrasalariales de cualquier tipo, tal y como ha tenido ocasión de manifestar la AN, saliendo al paso de ciertas prácticas empresariales de indebida absorción o compensación del fuerte incremento del SMI de estos últimos años mediante el manejo comparativo de ciertas percepciones extrasalariales, concretamente suplidos³⁴.

La comparación a que se viene haciendo referencia, querida año tras año por el Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en desarrollo de la fórmula legal abierta e imprecisa del artículo 27.1 *in fine* del ET, es la que pacíficamente viene aceptando tanto la jurisprudencia del TS³⁵ como la doctrina científica³⁶; incluso, la doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo³⁷.

Desde luego, habría argumentos para dudar de la legalidad de la normativa reglamentaria que desde tiempo inmemorial viene, a los exclusivos efectos de la hipotética absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI, añadiendo a la parte fija y garantizada del SMI otra parte variable y eventual, en el sentido de una posible voluntad legislativa, más implícita que explícita, de SMI ceñido a una única partida fija, que la normativa reglamentaria vendría a contravenir, incurriendo en *praeter legem*, más que en *contra legem*.

Lo cierto es que hasta el momento no ha habido impugnación alguna en dicho sentido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, pese a no haber faltado impugnaciones de las normas reglamentarias anuales del SMI, ni tampoco pronunciamiento de los jueces y juezas y tribunales de lo social de inaplicación por ilegalidad de la norma reglamentaria anual sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, ni siquiera formalmente en el caso de la polémica SAN que será objeto de crítica en el siguiente epígrafe, habiendo seguido

³⁴ SSAN 51/2019, de 3 de abril, y 102/2019, de 16 de septiembre.

Mucho antes, el extinto Tribunal Central de Trabajo (TCT) había sentado la misma doctrina judicial. Así, por todas, la Sentencia del TCT (STCT) de 3 de mayo de 1976 (Ar. 705/1976).

³⁵ SSTS de 13 de abril de 1989 y de 9 de marzo de 1992 (rec. 529/1991).

Con anterioridad, el extinto TCT había sentado ese mismo criterio. Por ejemplo, la STCT de 12 de diciembre de 1978 (Ar. 7005/1978).

³⁶ Así, Llopart Bennàssar (2019, p. 58); Pérez Hernández (2020) y Vivero Serrano (2018, pp. 128-130).

Mucho antes habían defendido la misma tesis, entre más, Martínez Jiménez (1986, pp. 174 y ss.); Sagaroy Bengoechea (1982, pp. 97-98) y Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 87 y 95 y ss.).

³⁷ Respuesta de la Dirección General de Trabajo, de fecha 6 de mayo de 2019, a la consulta efectuada por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica del organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La misma puede verse en Pérez Hernández (2020).

la misma una vía metodológica distinta para llegar al mismo resultado, la no aplicación de la norma reglamentaria sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI.

Para despejar la duda acerca de la posible ilegalidad (*praeter legem*) de la normativa reglamentaria anual de configuración del SMI con arreglo a una estructura compleja a efectos de absorción o compensación, nada mejor que recurrir a la historia. En este sentido, el legislador del ET de 1980 no podía desconocer que el Gobierno desde el inicio mismo de la fijación del SMI en el año 1963 venía apostando por una estructura compleja del SMI³⁸. Por poner solo un ejemplo, en el real decreto de fijación del SMI inmediatamente anterior a la aprobación del ET, el RD 888/1979, de 20 de abril, por el que se fija el SMI para 1979, la estructura compleja del SMI era más que evidente, con un importe fijo (art. 1) y un importe variable y eventual (art. 3), y una regla de absorción y compensación del incremento anual del SMI que consideraba tanto el importe fijo como el importe variable y eventual³⁹.

Y en la misma línea, tampoco el antecedente legislativo inmediato del artículo 27.1 *in fine* del ET, el artículo 28.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, podía desconocer esa arraigada normativa reglamentaria que desde el año 1963 venía fijando una estructura compleja del SMI. Por último, es muy revelador que el artículo 10 del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario, aludiese en materia de absorción y compensación del incremento anual del SMI a la «regulación específica» del SMI, esto es, a la que todos los años desde 1963 venía configurando el SMI con una estructura compleja.

En definitiva, si realmente la voluntad del legislador en el año 1980 hubiera sido establecer, a efectos de la eventual absorción o compensación de la subida anual del SMI, un SMI de importe único y fijación gubernamental, a buen seguro habría aprobado una regulación contundente y clara, de ruptura con el pasado de regulación reglamentaria del SMI con una

³⁸ Aunque en el Decreto 55/1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por convenios colectivos sindicales o mejoras voluntarias, no se establecía una estructura compleja del SMI, en la Orden de 5 de febrero de 1963, por la que se dictan normas interpretativas y de aplicación del Decreto 55/1963, de 17 de enero, se establecía una relación de complementos salariales de origen profesional no absorbibles ni compensables, lo que de forma indirecta venía a configurar un SMI de estructura compleja. Así vino a ratificarlo el Decreto 2419/1966, de 10 de septiembre, sobre salario mínimo interprofesional y bases de cotización para la Seguridad Social (art. 5). La estructura compleja del SMI fue establecida de forma directa por vez primera por el Decreto 720/1970, de 21 de marzo, por el que se fija el salario mínimo interprofesional y las bases de cotización para la Seguridad Social (art. 3).

³⁹ Desde el año 1963, las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI solo adicionaban al importe fijo del SMI determinados complementos salariales previstos no por los convenios colectivos, sino por las reglamentaciones del trabajo y las ordenanzas laborales. Sobre este particular, Sagardoy Bengoechea (1982, p. 104).

El RD 2299/1984, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1985, en cambio, adicionaba al importe fijo del SMI determinados complementos salariales creados por convenio colectivo o por normas sectoriales (reglamentaciones y ordenanzas).

estructura compleja. Y no habiéndolo hecho así, más bien la voluntad legislativa debería interpretarse en sentido continuista. Y otro tanto habría que decir del RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que bien podría haber acabado con la estructura compleja del SMI producto de la recurrente regulación reglamentaria y, sin embargo, no lo hizo.

Cambiando de registro, en el marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, hay también espacio para la autonomía colectiva. En efecto, por citar solo el ejemplo de mayor interés para la temática que se viene tratando, puede perfectamente la negociación colectiva mejorar desde la perspectiva de las personas trabajadoras asalariadas el régimen legal/reglamentario de la absorción y compensación del incremento anual del SMI, igual que puede hacerlo, y a veces lo hace, con el régimen general de la absorción o compensación del artículo 26.5 del ET.

Podría la negociación colectiva prohibir sin más la absorción o compensación del incremento anual del SMI, con la consiguiente traslación obligatoria de la subida del SMI al salario profesional, aunque dada la radicalidad de semejante prohibición tendría que establecerse mediante una norma convencional inequívoca. Téngase en cuenta que el artículo 28.3 de la derogada Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, prohibía expresamente ese tipo de cláusulas convencionales.

Y, por supuesto, también podría mejorar la negociación colectiva el régimen legal/reglamentario mediante la inclusión de cualesquiera complementos salariales por convenio o por contrato, y no solo los del artículo 26.3 del ET, junto a la parte fija del SMI. Una mejora así conduciría en la práctica a la comparación en cómputo anual entre la parte fija del SMI por catorce pagas y el salario profesional integrado exclusivamente por el salario base y las dos gratificaciones extraordinarias por ley. Y otras muchas fórmulas de mejora convencional que por su notable casuística se eluden aquí, sin perjuicio de que algunas puedan mencionarse más adelante.

Lo dicho hasta aquí no agota ni mucho menos el marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, si bien parece aconsejable no alargar más este epígrafe.

3.2. Crítica de la heterodoxa y rupturista doctrina de la AN del año 2019

En el escenario apenas descrito, relativamente pacífico, irrumpe con estrépito la SAN 71/2019, de 24 de mayo, que de un plumazo prescinde del claro tenor literal de la regla reglamentaria sobre la absorción o compensación del incremento anual del SMI para 2019, y considera que el SMI tiene una única partida fija y garantizada *ex lege*, sin adición de parte alguna variable y eventual. Dicho de otra manera, que el SMI de importe fijo no es un salario

mínimo básico, sino un salario mínimo único o por todos los conceptos, a la fuerza igual para todas las personas trabajadoras asalariadas, al margen de los complementos salariales a los que las mismas pudieran tener derecho por convenio colectivo o por pacto contractual, debiendo efectuarse la comparación, a efectos de la eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, entre este último mondado y pelado y el salario profesional por cualesquiera conceptos salariales, con la consiguiente ventaja para las empresas y perjuicio para las personas trabajadoras⁴⁰.

La línea argumentativa que sigue esta controvertida sentencia pasa por crear una artificial duda interpretativa en torno a la regla reglamentaria sobre absorción o compensación del incremento del SMI para el año 2019⁴¹, para a continuación prescindir del criterio interpretativo gramatical y acudir a una interpretación teleológica, en la que la AN hace decir al legislador (art. 27.1 *in fine* ET y art. 1 RDL 3/2004) lo que este expresamente no dice, y sin que tampoco implícitamente parezca que la voluntad legislativa sea la existencia de un único y fijo SMI para todas las personas trabajadoras asalariadas, sin la menor consideración del mayor o menor esfuerzo de cada una, por ejemplo, a efectos de un eventual complemento salarial por calidad o por cantidad de la prestación de trabajo, producto de la autonomía colectiva o de la autonomía individual.

Téngase muy en cuenta que en el anterior epígrafe se ha tenido ocasión de probar con arreglo a la historia cómo la voluntad legislativa implícita sería más bien la contraria de la defendida por la AN. Ni rastro, por supuesto, en la SAN que se viene criticando de una operación de rastreo histórico similar a la emprendida párrafos atrás.

Con todo, la principal crítica que cabe efectuar a la SAN de mayo de 2019 es de tipo metodológico⁴². Así, en primer lugar, bajo la excusa formal de la interpretación de la normativa aplicable al caso, lo que en realidad hace la SAN es proceder a la inaplicación de la normativa reglamentaria por considerarla incompatible con la finalidad de la regulación legal, la de los artículos 27.1 *in fine* del ET y 1 del RDL 3/2004. Y ello sin alusión alguna al

⁴⁰ SAN 71/2019, de 24 de mayo. Una breve reseña crítica puede verse en Vivero Serrano (2019).

La AN desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por varios sindicatos frente a la empresa Incatema, SL, al ser el salario de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo por convenio colectivo empresarial y por todos los conceptos (salario base y complementos de puesto de trabajo, de vestuario y de transporte), más la prima de productividad fuera del convenio colectivo, ligeramente superior (algo menos de 1.000 €) a la parte fija del SMI para 2019, igual a 900 euros brutos mensuales.

⁴¹ Artículos 2 y 3 del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

⁴² Al margen de la cuestión metodológica, también hay en la SAN 71/2019, de 24 de mayo, algún que otro aspecto criticable como la confusión entre la actualización de los complementos salariales del artículo 35 del convenio colectivo de la empresa demandada, garantizada por el propio convenio, y el carácter compensable/absorbible o no de esos complementos salariales, que la sentencia defiende pese al claro tenor prohibitivo de la norma convencional.

carácter *contra legem* (o, más bien, *praeter legem*) de la regulación reglamentaria inaplicada materialmente.

Y, en segundo lugar, omite la SAN la existencia de jurisprudencia previa sobre la problemática objeto del caso litigioso⁴³. Y una cosa es que en el derecho español la jurisprudencia ordinaria, a diferencia de la jurisprudencia europea y constitucional, no vincule necesariamente a los órganos judiciales inferiores y otra muy distinta que, existiendo jurisprudencia, esta no sea objeto de mención, y encima se adopte una solución contraria a la misma. Y en esta misma línea, considera la SAN que su solución es conforme con un precedente propio, una sentencia sobre el mismo problema de noviembre de 2018, cuando en esa sentencia previa se había aplicado, cuando menos teóricamente, la normativa reglamentaria sobre absorción o compensación de forma literal, sin reinterpretación teleológica alguna⁴⁴.

La controvertida, heterodoxa y rupturista SAN de mayo de 2019, reiterada en alguna ocasión posterior por el mismo tribunal⁴⁵, no es firme, pues está recurrida en casación ordinaria por los sindicatos demandantes en la instancia. Mientras el TS no se pronuncie, la inseguridad jurídica está servida y las empresas tienen ante sí un poderoso estímulo para la absorción o compensación del incremento anual del SMI al margen de lo previsto por la correspondiente y específica norma reglamentaria sobre absorción y compensación. Un foco de litigiosidad garantizado a la espera del pronunciamiento del Alto Tribunal.

Y no es solo que algunas empresas estén aprovechando la doctrina sentada por la AN para no trasladar en todo o en parte la subida anual del SMI a las categorías de personas trabajadoras con salarios profesionales más bajos, es que la propia negociación colectiva empresarial y sectorial presenta ya algunos ejemplos de recepción de la doctrina de la AN. Hay, en efecto, convenios colectivos empresariales⁴⁶ y

⁴³ SSTS de 13 de abril de 1989 y de 9 de marzo de 1992 (rec. 529/1991).

⁴⁴ SAN 88/2018, de 30 de noviembre, que defiende la aplicación literal del artículo 3 de la normativa reglamentaria anual de fijación del SMI para los años 2017 y 2018, con la consiguiente inclusión en la comparación entre el SMI y el salario profesional por todos los conceptos de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET junto a la partida fija del SMI para los años 2017 y 2018. Cuestión distinta es la valoración concreta que la sentencia hace de los complementos salariales del convenio colectivo de franja de los tripulantes de cabina de pasajeros de Iberia, que la empresa maneja para la absorción del incremento anual del SMI para los años 2017 y 2018, considerando dichos complementos como ajenos al artículo 26.3 del ET, pese a la inequívoca conexión de algunos de ellos con los complementos ligados a la prestación de trabajo, por ejemplo, la gratificación por cumplimiento de objetivos, la prima por venta a bordo y la prima por razón de viaje.

⁴⁵ Reitera la doctrina de la SAN de mayo de 2019, la SAN 3/2020, de 15 de enero, bien es cierto que *obiter dicta* y con una argumentación técnica decididamente mejorable. Asimismo, la SAN 137/2021, de 14 de junio.

⁴⁶ Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (zona 3) (BOE de 10 de julio de 2020), que para llegar al importe anual fijo del SMI para 2019 en algunas categorías profesionales computa no solo el salario base y las dos pagas extraordinarias, sino también el plus personal y el plus variable. Muy elocuente, a este respecto, es el artículo 23 *in fine*, que dice así:

sectoriales⁴⁷ recientes que, orillando la regulación reglamentaria anual sobre absorción y compensación del SMI y prescindiendo del principio de jerarquía normativa, establecen que en la comparación anual entre el SMI y el salario profesional por convenio colectivo deben computarse todos y cada uno de los conceptos salariales del convenio, los fijos y los variables, los básicos y los complementarios, los causales y los no causales, así como las mejoras contractuales o garantías salariales *ad personam*, sin que, por otro lado, algunos de esos complementos, los del artículo 26.3 del ET, deban añadirse a la parte fija del SMI. En consecuencia, calificación convencional del SMI fijo como SMI único o por todos los conceptos.

Téngase muy en cuenta que la doctrina rupturista de la AN, pese a la falta de firmeza, está teniendo un notable seguimiento por parte de otros jueces y juezas y tribunales de lo social (corta y pega, incluido)⁴⁸, aunque no falten ejemplos relevantes de signo contrario⁴⁹, lo que de nuevo aboca tarde o temprano a la intervención unificadora del TS.

En aquellos supuestos en los que, incluyendo todos los conceptos que forman parte de la estructura salarial en cómputo anual, el salario resultante sea inferior al salario mínimo interprofesional que en cada momento legalmente se establezca, se complementará el salario abonándose las diferencias que correspondan en proporción al tiempo trabajado.

Igualmente, la revisión salarial del Convenio colectivo de MDL Distribución Logística, SA (BOE de 22 de marzo de 2021), con un salario base y dos pagas extraordinarias para el año 2021 de importe anual muy inferior al SMI para numerosos niveles retributivos (10.676 € brutos anuales), admitiéndose convencionalmente la adición de cualesquiera complementos salariales por convenio o por contrato (antigüedad, nocturnidad, carretilla, responsabilidad, prima por beneficio empresarial, prima individual graciable y garantías *ad personam*), pese a situarse todos ellos inequívocamente dentro del ámbito del artículo 26.3 del ET.

⁴⁷ III Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (BOE de 10 de julio de 2020), cuyo artículo 49 establece un salario por todos los conceptos y para determinadas «categorías» profesionales igual al SMI para el año 2020, es decir, con inclusión de los diversos complementos salariales previstos en el convenio, incluidos los causales reconducibles al artículo 26.3 del ET.

Asimismo, el Acuerdo del Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE de 3 de julio de 2020).

⁴⁸ Siguen al pie de la letra, corta y pega incluido, la doctrina de la SAN de mayo de 2019, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de la Comunidad Valenciana 915/2020, de 4 de marzo, y de Extremadura de 16 de septiembre de 2020 (rec. 248/2020). Asimismo, aunque *obiter dicta*, la STSJ de Canarias de 22 de octubre de 2020 (rec. 391/2020).

Pese a que no mencionan la SAN de mayo de 2019, quizá por desconocerla, siguen su doctrina las SSTSJ de Cataluña 15/2019, de 22 de octubre, de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 2020 (rec. 165/2020) y de la Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2021 (rec. 2342/2020).

En cuanto a los juzgados de lo social, entre otras muchas, aplican la doctrina de la AN como *ratio decidendi* la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 2 de Badajoz 416/2019, de 23 de diciembre, y la SJS número 3 de Ciudad Real 269/2020, de 11 de septiembre.

⁴⁹ Especial protagonismo merece, a este respecto, la STSJ de Cantabria de 28 de diciembre de 2018 (rec. 755/2018), que además es firme tras la inadmisión por el Alto Tribunal del recurso de casación para la unificación de doctrina presentado en su día frente a la misma (Auto del TS de 15 de septiembre de

Pese a la crítica que se acaba de efectuar, que afecta tanto a la solución judicial alcanzada por la AN como a la vía metodológica seguida para ello, debe reconocerse a la SAN de mayo de 2019 el mérito de haber puesto sobre la mesa una nueva mirada sobre una problemática que, a la vista de las nuevas circunstancias fácticas, no puede seguir respondiendo mecánicamente o por inercia a las soluciones del pasado, concebidas para unos hechos y unos problemas muy distintos de los actuales. Lástima que esa nueva mirada que esta sentencia ofrece, y que conecta con el hilo conductor o idea fuerza de este estudio, no se limite al terreno que le corresponde, el dialéctico, el de la propuesta judicial de *lege ferenda*, y haya, en cambio, penetrado en el ámbito de la interpretación de *lege data*. De ahí la valoración crítica de la doctrina de la AN que aquí se lleva a cabo.

Adviértase que la propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, a la que se ha hecho ya referencia en este estudio, no contempla en su estado actual ninguna previsión sobre la problemática que aquí se está tratando, como no lo hace tampoco el Convenio número 131 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ahora bien, la propuesta de directiva seguramente tenga en mente una estructura compleja del salario mínimo, pese a que en el artículo 3.1 el salario mínimo solo tenga en cuenta la remuneración sobre la base del tiempo o del rendimiento; una remuneración mínima básica, en definitiva. Y es que solo con una estructura compleja del salario mínimo tendría sentido una de las ideas fuerza de la propuesta de directiva en relación con la adecuación del salario mínimo, a saber, la comparación entre el salario mínimo y el salario medio de cada país. En efecto, para que la referida comparación no estuviese viciada de partida, y teniendo en cuenta que en el salario medio se incluyen a la fuerza cualesquiera conceptos salariales, al importe del salario mínimo habrían de añadirse los complementos salariales, lo que equivaldría a una comparación entre la parte fija del salario mínimo y el salario medio básico, entendido como salario por unidad de tiempo o de rendimiento, sin complementos salariales causales.

4. La problemática absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI: el reto de la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica

De los no pocos problemas jurídicos que la subida anual del SMI plantea a los titulares de la autonomía colectiva y a las empresas en el cumplimiento de la obligación de pago del salario, algunos de los cuales serán objeto de un breve apunte más adelante, el más importante es, sin duda, el relativo a la eventual absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI.

2020, rec. 1021/2019). Sentencia del tribunal cántabro evidentemente anterior en el tiempo a la SAN de mayo de 2019.

Con posterioridad a la SAN, se aparta de su doctrina y sigue la de la sentencia del tribunal cántabro apenas citada la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2020 (rec. 623/2020).

Una materia muy problemática en la práctica, a la espera de que el TS confirme o no la controvertida doctrina de la AN a que se ha hecho referencia en el anterior epígrafe, y en la que la negociación colectiva podría dejar de ser parte del problema y empezar a ser ingrediente fundamental de la solución, de convertirse progresivamente en instrumento de seguridad jurídica donde la inseguridad campa en la actualidad a sus anchas.

El reto que tiene ante sí la negociación colectiva es el que da sentido unitario a este epígrafe y además conecta con el hilo conductor o idea fuerza de este trabajo, la necesidad de ofrecer una nueva mirada sobre una materia en la que las ideas y las soluciones del pasado, concebidas para una situación fáctica muy distinta de la actual, no pueden continuar sirviendo por inercia para unos hechos y unos problemas radicalmente distintos. Una inercia fácilmente apreciable en las cláusulas de muchos convenios colectivos, redactadas de espaldas al eventual impacto del incremento anual del SMI.

Para muchas personas trabajadoras de salarios profesionales tradicionalmente bajos y para sus empresas, el conocimiento del salario a cobrar y a pagar tras el incremento anual del SMI, que viene además repitiéndose durante los últimos años en porcentajes muy altos, constituye una tarea nada sencilla, rodeada de una considerable inseguridad jurídica, con la consiguiente litigiosidad real o potencial. Lo que aquí pretende exponerse es el papel que la negociación colectiva podría cumplir en este complejo y problemático escenario como instrumento de seguridad jurídica y ello tanto para las empresas como para las personas trabajadoras, facilitando, asimismo, la labor judicial en los inevitables supuestos de conflictividad individual y/o colectiva.

Por supuesto, siguen siendo muy mayoritarias las personas trabajadoras cuyos salarios profesionales claramente por encima del SMI no se ven en modo alguno afectadas por la subida anual del SMI, operando la íntegra absorción del incremento de origen estatal de manera tan pacífica como inadvertida, centrando la atención de estas personas trabajadoras no el porcentaje de subida anual del SMI, sino el eventual porcentaje de subida de su salario profesional conforme al convenio colectivo de referencia. Y, en su caso, con arreglo a la autonomía individual para las personas trabajadoras con suficiente poder contractual.

La negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica podría tener proyección, al menos, sobre los siguientes ámbitos materiales. En primer lugar, la calificación y la definición de las percepciones extrasalariales más conflictivas, los suplidos, como, por ejemplo, el plus de transporte y el plus de vestuario. En segundo lugar, la precisa definición de las distintas partidas salariales, asignando a cada una un papel distinto, y reconducibles o no con claridad a los tres tipos de complementos salariales del artículo 26.3 del ET. En tercer lugar, y en línea con el anterior ámbito material, la correcta configuración de los pluses salariales de vencimiento superior al mes, distinguiendo bien las genuinas pagas de participación en beneficios o similares de las gratificaciones extraordinarias adicionales a las dos legales. Y, en cuarto y último lugar, el establecimiento de reglas claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, ya se trate de reglas *ad hoc*, ya de reglas generales también aplicables en este terreno.

4.1. La calificación y la definición de las percepciones extrasalariales

Resulta capital la calificación y la definición de las percepciones extrasalariales, en particular los suplidos y los beneficios sociales que más fácilmente podrían prestarse a confusión con partidas salariales en dinero o en especie⁵⁰. Paradigmático, a este respecto, resulta el plus de transporte/plus de distancia.

Ya se sabe que la calificación convencional de las percepciones extrasalariales no vincula al juez o a la jueza o tribunal que se enfrente a la determinación de la verdadera naturaleza de una percepción económica controvertida, pero evidentemente constituye un relevante punto de partida. Y más importante que la calificación convencional es la definición convencional de las diferentes partidas extrasalariales, despejando las dudas acerca de la compensación económica de los gastos derivados del trabajo (art. 26.2 ET), sin que la ausencia de prestación de trabajo por diversos motivos permita el devengo de unas compensaciones por gastos inexistentes, so pena de desnaturalizar las percepciones extrasalariales y apuntar a la verdadera naturaleza de partidas salariales.

Ya se ha dado cuenta en este trabajo de la imposibilidad legal de neutralizar empresarialmente el incremento anual del SMI mediante el manejo de las percepciones extrasalariales por convenio colectivo o por contrato, que no pueden, en consecuencia, entrar en la comparación en cómputo anual entre el SMI (parte fija) y el salario básico profesional, rechazándose judicialmente sin fisuras las prácticas empresariales en sentido contrario⁵¹.

Ahora bien, una deficiente o confusa práctica convencional en esta materia podría acabar volviéndose en contra de las personas trabajadoras de apostar la negociación colectiva por la naturaleza salarial de determinadas percepciones típicamente extrasalariales como el plus de transporte/plus de distancia y el plus de vestuario. Apuesta que puede fácilmente encontrarse en la negociación colectiva en vigor⁵². E igualmente abundan en la negociación colectiva las cláusulas que pese a la calificación de estos pluses como extrasalariales en realidad ofrecen unos criterios de devengo que materialmente apuntan a la naturaleza salarial de los mismos⁵³.

⁵⁰ Sobre los problemas de calificación jurídica de las percepciones extrasalariales, en especial de los suplidos, entre más, Llopart Bennàssar (2007, pp. 271 y ss.) y Matorras Díaz-Caneja (2018, pp. 453 y ss.).

⁵¹ SSAN 51/2019, de 3 de abril, y 102/2019, de 16 de septiembre. Igualmente, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 2020 (rec. 165/2020).

⁵² El artículo 16.IV) (y el anexo II) del Convenio colectivo de Fernando Buil, SA (BOE de 16 de septiembre de 2020), califica el plus de transporte como salarial.

⁵³ Una amplia muestra de este tipo de cláusulas puede verse en Vivero Serrano *et al.* (2018, pp. 231 y ss.).

En la heterodoxa SAN de mayo de 2019, tantas veces citada en este trabajo, se parte de la consideración de los pluses de vestuario y de transporte como salariales, con la correspondiente inclusión de estos en la comparación en cómputo anual entre el SMI (parte fija) y el salario profesional, y ello pese a que, de conformidad con el artículo 35 del convenio colectivo empresarial de aplicación, el plus de transporte podría ser extrasalarial en función de la decisión individual de las personas trabajadoras⁵⁴. En todo caso, las partes en conflicto admitieron pacíficamente la naturaleza salarial del plus de transporte, y si se trae a colación aquí este asunto es a modo de ejemplo de la confusión introducida por la negociación colectiva, permitiendo el convenio colectivo empresarial en liza la calificación del plus de transporte como salarial o extrasalarial en función de la decisión individual de las personas trabajadoras. Un ejemplo de inseguridad jurídica que habría que evitar a toda costa.

4.2. La definición de los complementos salariales y su reconducción o no a las tres categorías de complementos del artículo 26.3 del ET

Igual de importante resulta la precisa definición de cada uno de los complementos salariales mensuales, así como de las pagas de vencimiento superior al mes, más allá de las dos pagas extraordinarias garantizadas por el artículo 31 del ET. La reconducción de unos u otras al ámbito estricto de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET, más por razones materiales que formales o nominales, tiene gran relevancia, al menos mientras las normas reglamentarias anuales sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI sigan adicionando esos complementos al importe fijo y garantizado del SMI para su comparación en cómputo anual con el salario profesional por todos los conceptos de las personas trabajadoras potencialmente afectadas por el incremento anual del SMI en cuestión.

Empezando por las pagas de vencimiento superior al mes, es habitual encontrar en la negociación colectiva una tercera paga (entera, media u otras posibilidades), denominada frecuentemente «paga por beneficio», cuya regulación realmente suele prescindir de requisito alguno de beneficio empresarial o similar⁵⁵.

⁵⁴ Dice así el artículo 35 d) del Convenio colectivo de Incatema, SL (BOE de 3 de julio de 2015):

Plus de transporte: Dada la necesidad de desplazamiento diario de los trabajadores para la ejecución de su trabajo durante su jornada laboral, la empresa abonará la cantidad fijada en la tabla anexa. *El trabajador podrá elegir que sea un concepto no cotizable, con la presentación de los justificantes correspondientes* (la cursiva es mía).

⁵⁵ I Convenio colectivo de Solplast, SA (BOE de 9 de febrero de 2021), concretamente el artículo 42, que establece una falsa paga entera de participación en beneficios, que en realidad es una tercera paga extraordinaria por convenio colectivo.

Asimismo, el Convenio colectivo de la empresa Fernando Buil (BOE de 16 de septiembre de 2020): artículo 17.

Ese tipo de pagas no puede reconducirse al tercero de los grupos de complementos salariales mencionados en el artículo 26.3 del ET, teniendo sin la menor duda la condición de retribución básica, por unidad de tiempo o de obra (Llompарт Bennàssar, 2007, pp. 380 y ss.). En consecuencia, esa tercera paga en la comparación anual entre el SMI y el salario profesional solo debe añadirse, junto al salario base y a las dos pagas extraordinarias por ley, al salario profesional y no así al SMI. Y sin que la incertidumbre creada por la doctrina rupturista de la AN tenga el menor efecto en este caso. Así las cosas, y pese a la inexistencia de inseguridad jurídica en este concreto ámbito, sería bueno que la negociación colectiva sin figuras llamase a las cosas por su nombre y dejase de etiquetar esas terceras pagas como de beneficios para calificarlas como pagas extraordinarias por convenio colectivo, en la línea de lo que desde antaño viene haciendo una parte importante de la negociación colectiva.

En cuanto a los complementos salariales de devengo mensual⁵⁶, puede observarse en la negociación colectiva todo un festival de complementos⁵⁷, de no fácil reconducción en muchos casos al ámbito estricto y causal de los complementos del artículo 26.3 del ET, ni siquiera a la más abierta e imprecisa categoría de los complementos personales. Abundan así en la negociación colectiva complementos sin nombre o sin regulación⁵⁸; complementos con nombre puramente retórico, como, por ejemplo, plus por convenio⁵⁹ y plus específico⁶⁰; y complementos con denominación formal (aparentemente causal) no ajustada a las reglas materiales de su devengo⁶¹, que en principio deberían considerarse como genuinas retribuciones básicas por unidad de tiempo o de obra, al menos por lo que se refiere a la eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, debiendo añadirse los mismos al salario base y a las pagas extraordinarias (dos o más de dos) a efectos de la comparación anual entre el SMI y el salario profesional básico por convenio colectivo (o por contrato de trabajo, de ser

⁵⁶ Sobre los complementos salariales, Burgos Giner (2011) y Llompарт Bennàssar (2007, pp. 386 y ss.).

⁵⁷ Festival de complementos salariales causales y no causales a partir de un salario base muy bajo que puede verse, como ejemplo paradigmático, en el XXI Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, SA (BOE de 15 de julio de 2020).

⁵⁸ Así sucede con el plus de dedicación y el plus paga del Convenio colectivo de Establiments Viena (BOE de 25 de septiembre de 2020). Adviértase que en la revisión salarial para 2020 el salario base y las dos pagas extraordinarias de determinadas categorías de personas trabajadoras no alcanzarían el importe anual fijo del SMI para 2020, debiendo integrarse como retribuciones básicas los referidos pluses de dedicación y de paga, sin regulación alguna en el articulado del convenio colectivo.

⁵⁹ Convenio colectivo de Cor Outsourcing, SL (BOE de 15 de julio de 2020): artículo 42 y tabla salarial.

⁶⁰ Convenio colectivo de la Fundación Diagrama (BOE de 9 de febrero de 2021), concretamente el artículo 46.F) y la tabla salarial.

⁶¹ Así sucede con el complemento de compensación por primas del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, regulado en el artículo 31, sin exigencia alguna para su devengo distinta de la prestación de trabajo por unidad de tiempo, es decir, un salario base encubierto. Téngase en cuenta que el importe de dicho complemento por compensación por primas permite alcanzar el importe anual del SMI para el año 2019 en el nivel retributivo de nuevo ingreso, no llegándose a dicho importe exclusivamente con el salario base y las dos pagas extraordinarias.

superior). Y ello aunque, tal y como sucede en no pocas ocasiones, el propio convenio colectivo de manera confusa e indebida calificase expresamente el plus de convenio no causal como complemento causal por calidad o cantidad de trabajo, pero sin regulación alguna de los parámetros de calidad o de cantidad exigibles para el devengo del complemento⁶².

Tiene aquí la negociación colectiva un importante reto pendiente, la integración en el salario base de todos y cada uno de los complementos salariales mensuales sin una verdadera causa distinta de la retribución por unidad de tiempo y no reconducibles, por ello, a ninguna de las tres categorías genuinas de complementos causales del artículo 26.3 del ET.

Seguramente todos los complementos no causales tengan una larga (o no tan larga) historia detrás, justificándose su nacimiento autónomo por las razones que fuesen, así como su mantenimiento en las sucesivas ediciones de los correspondientes convenios colectivos, hasta constituir dicho mantenimiento en el tiempo una cuestión de pura inercia. Incluso en los supuestos en los que dichos complementos no causales sirviesen para disminuir el coste de determinadas partidas salariales (y extrasalariales) calculadas a partir del salario base⁶³, podría perfectamente lograrse el mismo resultado mediante la integración de los complementos no causales en el salario base y la utilización como parámetro de cálculo no del ampliado salario base en su totalidad, sino de un determinado porcentaje del mismo, el acordado por los titulares de la autonomía colectiva. En definitiva, la racionalidad y la transparencia deberían abrirse paso donde fuese necesario, facilitando, entre otras muchas cosas, la labor de comparación en cómputo anual entre el salario profesional básico y la parte fija del SMI. Saldrían ganando con ello las empresas, las personas trabajadoras y cualesquiera operadores jurídicos, incluidos desde luego los jueces/zas y tribunales de lo social que tuvieran que enfrentarse a litigios (individuales y colectivos) sobre neutralización o no del incremento anual del SMI.

Sin salir del ámbito de los complementos salariales no causales, resultan especialmente confusos los complementos de asistencia⁶⁴ o denominaciones parecidas⁶⁵, distintos de las genuinas primas antiabsentismo. Aunque el devengo íntegro del complemento de asistencia estuviera condicionado a la efectiva prestación de trabajo durante todos los días laborables del mes y aunque estuviera prevista la reducción proporcional del complemento por ausencias injustificadas al trabajo, el complemento en cuestión no parecería reconducible al ámbito

⁶² Así sucede con el plus de convenio del Convenio colectivo de Thales España, GRP, SAU (BOE de 11 de julio de 2020): artículo 11.1, que dice así: «El "Plus Convenio" constituye, por su carácter y naturaleza, un complemento por calidad y cantidad de trabajo, aunque no vaya unido a un sistema de retribución por rendimiento».

⁶³ Por poner solo un ejemplo, el caso del Convenio colectivo de Cor Outsourcing, SL (BOE de 15 de julio de 2020): artículo 42 y tabla salarial.

⁶⁴ I Convenio colectivo de Solplast, SA (BOE de 9 de febrero de 2021): artículo 41 y tabla salarial.

⁶⁵ Convenio colectivo de la Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA (BOE de 11 de julio de 2020): artículo 16, que bajo la denominación insustancial de plus de convenio encubre en realidad un típico plus de asistencia.

de los complementos del artículo 26.3 del ET, retribuyendo en realidad la prestación de trabajo por unidad de tiempo, igual que el salario base y las pagas extraordinarias, siendo la eventual reducción proporcional del complemento por ausencias injustificadas al trabajo una mera consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo⁶⁶. Nada impediría, en consecuencia, la integración de ese tipo de complementos en el salario base, aunque pudiera entenderse la pervivencia de estos para reforzar enfáticamente el carácter sinalagmático del contrato de trabajo.

4.3. El establecimiento de reglas convencionales claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI

Por último, donde más se echa en falta un marco convencional de seguridad jurídica es en materia de reglas de absorción o compensación. La lectura de las habituales cláusulas convencionales sobre absorción/compensación, lo mismo da que se trate de convenios sectoriales que de convenios empresariales, resulta demasiadas veces espeluznante⁶⁷. Es verdad que las dudas doctrinales acerca de los propios conceptos de absorción y compensación y de su respectivo alcance (indistinto, diferenciado o complementario) no ayudan nada⁶⁸.

Por lo pronto, suelen integrarse en un mismo precepto, y bajo la denominación de «compensación y absorción», verdaderas reglas sobre absorción y/o compensación salarial con reglas sobre sucesión temporal de convenios colectivos del mismo ámbito (art. 82.4 ET), más el reconocimiento convencional (declarativo o constitutivo, según el origen de las condiciones) de condiciones más beneficiosas de origen contractual o de origen convencional, así como la absorción/compensación de condiciones (convencionales o contractuales) ya en vigor y que de manera sobrevenida dejaran de ser más favorables o beneficiosas⁶⁹.

En cuanto a las estrictas reglas convencionales sobre absorción y compensación, no son infrecuentes los supuestos ininteligibles, foco asegurado de litigiosidad⁷⁰.

Para que la negociación colectiva pudiera actuar también en este ámbito como instrumento de seguridad jurídica resultaría fundamental la incorporación de una cláusula específica sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, acorde con la

⁶⁶ Muy interesante la STS de 27 de mayo de 2021 (rec. 182/2019), que considera lícita la práctica empresarial de descuento proporcional del salario en concepto de impuntualidad de las personas trabajadoras, sin que dicha práctica pueda considerarse una sanción económica encubierta.

⁶⁷ Por todos/as, Mercader Uguina (2005, pp. 175 y ss.).

⁶⁸ Sobre la problemática delimitación de los conceptos de absorción y compensación, González-Posada Martínez (1984) y Thibault Aranda (2002, pp. 634 y ss.).

⁶⁹ Un inaceptable *totum revolutum* en expresión de Sala Franco (2020, pp. 420-421).

⁷⁰ Así, por ejemplo, la recurrente litigiosidad planteada por la regla (art. 5) del Convenio colectivo del sector de la banca (última versión, la XXIV, publicada en el BOE de 30 de marzo de 2021).

regulación legal/reglamentaria, que no es la general del artículo 26.5 del ET, sino la particular del artículo 27.1 *in fine* del ET, con el recurrente desarrollo reglamentario anual: artículo 3 del RD 817/2021, por el que se establece el SMI para los meses de septiembre a diciembre del año 2021.

Y puesto que la norma reglamentaria anual sobre absorción o compensación del incremento del SMI ya establece los parámetros de la comparación anual entre el SMI (parte fija, más complementos del 26.3 ET, más incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción) y el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos, las posibilidades de esa cláusula convencional específica serían fundamentalmente dos.

Una primera posibilidad, seguramente descartable por la parte patronal por su drástico alcance en estos últimos años de fuerte subida del SMI, sería la prohibición sin más de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, debiendo trasladarse en todo caso el porcentaje de subida anual del SMI al salario profesional, a las retribuciones básicas integrantes del salario profesional, en realidad. No se ha encontrado, de hecho, en la negociación colectiva ninguna cláusula específica con semejante alcance prohibitivo.

La segunda posibilidad, más moderada y plausible, consistiría en la mejora desde la perspectiva de las personas trabajadoras de los términos de la comparación anual entre el SMI (parte fija, más complementos del 26.3 ET, más incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción) y el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos, por ejemplo, añadiendo a la parte fija del SMI complementos salariales ajenos al artículo 26.3 del ET. Tampoco se han encontrado en la negociación colectiva este tipo de cláusulas específicas.

Esta segunda posibilidad cobraría una especial relevancia si el TS hiciera suya la doctrina de la SAN 71/2019, de 24 de mayo, cosa que aquí no se vaticina, aunque evidentemente no habría que descartar del todo.

En ausencia de una cláusula convencional específica sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, habría que acudir tanto a la eventual cláusula general sobre absorción y compensación como a las posibles normas convencionales sobre el carácter absorbible/compensable o no de cada complemento salarial de origen convencional. Y ya se ha dicho, y se reitera ahora, que en ese escenario generalista la negociación colectiva más que instrumento de seguridad jurídica está sirviendo para todo lo contrario.

Por último, hay que volver a recordar⁷¹ cómo en los últimos tiempos han aparecido cláusulas convencionales específicas que en materia de absorción o compensación del incremento anual del SMI están siguiendo, en perjuicio de las personas trabajadoras, la doctrina

⁷¹ *Vid.* los ejemplos de las notas 45 y 46.

no firme de la AN de mayo de 2019. Esas cláusulas deben reputarse nulas por contravención del principio de jerarquía normativa (art. 3.1 ET), concretamente por vulneración de la normativa reglamentaria anual sobre absorción/compensación del incremento anual del SMI.

5. El necesario replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI

Sin perjuicio del importante papel que la negociación colectiva está llamada a cumplir en esta materia como instrumento de seguridad jurídica, en los términos vistos en el anterior epígrafe, hay razones de peso para un replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI⁷². En este sentido, la vigente regulación legal y reglamentaria, que en lo sustancial permanece establece desde antes incluso de la aprobación de la CE, está claramente diseñada para un escenario fáctico, el de la escasa importancia práctica de la subida anual del SMI, que ya no se corresponde con la realidad, tal y como ha tenido ocasión de probarse en la primera parte de este trabajo. Añádase la obsolescencia de la clasificación legal de los complementos salariales causales del artículo 26.3 del ET⁷³.

Se comparta o no la controvertida doctrina de la AN de mayo de 2019, y aquí no se comparte, la misma tiene la innegable virtud de haber puesto sobre la mesa la necesidad de una nueva mirada sobre una temática que no puede seguir sin más siendo analizada como se venía haciendo desde hace muchas décadas, aunque solo sea porque los problemas y los hechos nuevos mal pueden ser abordados mediante las ideas y las soluciones de antaño. Este es, se insiste, el hilo conductor o idea fuerza de este estudio.

Los términos del replanteamiento no son ajenos a lo que el TS pueda decir acerca de esa doctrina de la AN. En todo caso, diga lo que diga el Supremo, y aquí se apuesta por la casación de la sentencia de instancia, el replanteamiento debería llevarse a cabo, y es lo que precisamente se ensaya a continuación. Eso sí, más a modo de esbozo de ideas que de propuesta acabada y sólidamente construida. Interesa, pues, avivar el debate, dejando para otros (agentes sociales incluidos) la elaboración de una propuesta mucho más sopesada y rematada.

El replanteamiento pasaría por el establecimiento de unas nuevas reglas legales y reglamentarias sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, alterando los términos objeto de la comparación en cómputo anual. Así, del lado del SMI junto al importe fijo del SMI habrían de añadirse todos los complementos salariales (mensuales o de vencimiento superior al mes) no personales. Y del lado del salario profesional, continuaría

⁷² También se muestra partidario de una reforma de la regulación reglamentaria anual Cruz Villalón (2019).

⁷³ Autoras citadas en la nota 57.

considerándose como hasta ahora el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos. De esta manera, los complementos salariales no personales se anularían entre sí y la verdadera comparación en cómputo anual se produciría entre el importe fijo del SMI de un lado y del otro lado el salario profesional básico (salario base, pagas extraordinarias y complementos no causales) más los complementos salariales personales.

Y entre esas nuevas reglas habría que replantearse también el juego de determinadas percepciones extrasalariales, en particular los suplidos libremente establecidos por la autonomía colectiva o la autonomía individual. Asimismo, habrían de tomarse en consideración los típicos beneficios o ayudas sociales, producto de la autonomía colectiva o de la decisión empresarial unilateral de alcance colectivo, bajo la cobertura de la responsabilidad social corporativa o no.

Empezando por la propuesta de una nueva regla de comparación en cómputo anual entre el SMI de estructura compleja y el salario profesional por todos los conceptos, la aquí formulada constituye una propuesta intermedia. Una postura intermedia entre la que año tras año viene reproduciendo la normativa reglamentaria sobre el SMI, que incluye todos los complementos salariales reconducibles a alguna de las tres categorías del artículo 26.3 del ET (más el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción), y la postura defendida por la AN en mayo de 2019, de exclusión de cualesquiera complementos salariales y consideración única y exclusivamente del importe fijo del SMI.

La finalidad de esta postura intermedia es huir de las dos posiciones extremas en liza y de sus peores consecuencias. En efecto, con la postura de la AN, de exclusión de cualesquiera complementos salariales y consideración única del SMI de importe fijo, podría darse la injusta situación de personas trabajadoras de una misma empresa que pese a haber devengado diferentes complementos salariales ligados a la cantidad o la calidad de la prestación de trabajo, o a la aportación mayor o menor a los resultados de la empresa, al final del año percibieran el mismo salario global, unas gracias a los complementos salariales devengados, pero sin traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI, y otras sin complementos salariales, pero con el traslado en todo o en parte de la subida anual del SMI. Una situación así además de profundamente injusta sería antieconómica, contraria al fomento de la productividad. Y no se olvide que el SMI no solo pretende atender las necesidades de las personas trabajadoras y de sus familias, sino que tanto en la normativa de la OIT (Convenio núm. 131) como en el propio artículo 27.1 del ET hay también una función económica que cumplir, muy en particular no debiendo actuar el SMI en detrimento de la productividad.

En cuanto a la posición que año tras año viene recogiendo la normativa reglamentaria sobre el SMI, de adición, junto al importe fijo del SMI, de cualesquiera complementos salariales reconducibles a las tres categorías del artículo 26.3 del ET, no parece acorde con el cambio radical que ha experimentado en los últimos años la parte fija del SMI, cuya notable y sostenida subida ha dejado prácticamente sin margen a los salarios profesionales tradicionalmente más bajos. Cuando en el pasado la distancia entre la parte fija del SMI y los

salarios profesionales por todos los conceptos era considerable, incluso para las personas trabajadoras de salarios más bajos, no había mayor obstáculo para la salvaguardia de todos los complementos salariales del artículo 26.3 del ET, para la consideración indirecta de los mismos como no absorbibles ni compensables. Cuando, tal y como sucede en la actualidad, el margen de diferencia entre el SMI y el salario profesional se ha estrechado considerablemente, y a veces incluso ha desaparecido por completo, la solución del pasado no puede seguir defendiéndose por inercia, so pena de consecuencias económicas negativas, con repercusión en el empleo de las personas trabajadoras de salarios tradicionalmente más bajos.

La propuesta pasaría por la adición, junto al importe fijo del SMI, de los complementos salariales (mensuales o de vencimiento superior al mes) vinculados con la prestación de trabajo (tipo de puesto de trabajo y calidad o cantidad de la prestación de trabajo) y con los resultados de la empresa, y no así de los complementos salariales personales (incluidas las condiciones salariales más beneficiosas genéricas o innominadas⁷⁴), por tener estos últimos una menor vinculación con la productividad y con los factores económicos, técnicos, organizativos y productivos del día a día de las empresas. Complementos salariales personales, por lo demás, cada día menos importantes (Llompert Bennàssar, 2007, p. 390). De esta forma, el incremento anual de la parte fija del SMI podría, en su caso, absorberse o compensarse con los complementos salariales personales y no así con los demás complementos salariales por convenio colectivo o por pacto contractual, no absorbibles ni compensables.

Desde el punto de vista formal, la propuesta podría perfectamente articularse por vía reglamentaria, sin necesidad de reforma legal, del artículo 27.1 del ET. Sin perjuicio de que pudiera seguirse la vía tradicional de las normas reglamentarias de vigencia anual (arts. 2 y 3 del correspondiente real decreto de fijación del SMI), también podría optarse por una vía reglamentaria de vigencia indefinida, de desarrollo del artículo 27.1 del ET a partir de la habilitación reglamentaria general de la disposición final segunda.2 del ET. De esta manera, se pondría fin a la heterodoxa praxis gubernamental de inclusión, en una misma norma reglamentaria de vigencia anual, de un contenido típicamente reglamentario, el relativo a la absorción o compensación del incremento anual del SMI, y de otro contenido decisorio y puramente político, el establecimiento del importe fijo del SMI en cumplimiento del mandato del artículo 27.1 del ET. Una vía que por mucho que cuente con el aval de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tal y como ya se ha visto, no deja por ello de ser heterodoxa.

Podría aprovecharse la «negociación» entre el Gobierno y los agentes sociales más representativos acerca del SMI, habitualmente desarrollada a finales de cada año, para seguir cualquiera de esas dos vías (vigencia anual o vigencia indefinida) y llevar a cabo una reforma de la obsoleta regla reglamentaria de absorción o compensación del incremento anual del SMI, la última plasmada en los artículos 2 y 3 del RD 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021. Reforma reglamentaria que sería bueno llegase antes del pronunciamiento del TS acerca de la controvertida

⁷⁴ Fundamental, a este respecto, resulta la STS de 25 de enero de 2017 (rec. 2198/2015).

doctrina sentada por la SAN de mayo de 2019, tantas veces citada en este trabajo. De ser posterior, evidentemente habría que tener en cuenta el pronunciamiento del Supremo, aunque seguramente el mismo no restaría virtualidad a la reforma que aquí se postula; al contrario. Habrá, pues, que esperar a lo que pueda resultar del real decreto de fijación del SMI para el año 2022, a la vista de la oportunidad perdida por el reciente RD 817/2021, continuista con las normas reglamentarias anuales anteriores.

Siguiendo con la propuesta de replanteamiento de la vigente regulación de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, habría de barajarse también el juego de determinadas percepciones extrasalariales, de los suplidos y de los beneficios sociales libremente establecidos por la autonomía colectiva (o la autonomía individual o la decisión empresarial unilateral), esto es, no obligatorios por ley (o por normas reglamentarias) y ajenos al objeto del contrato de trabajo, a las obligaciones principales que integran la relación individual de trabajo. Se trata de retribuciones *lato sensu*, que, aunque de manera inmediata vengan a compensar determinados gastos difusos derivados de la prestación de trabajo, o supongan una política social de financiación empresarial, no son exigibles por ley, a diferencia de lo que sucede con los gastos de viaje y las dietas por los desplazamientos temporales (art. 40.6 ET), ni encuentran en la esencia misma del contrato de trabajo su reconocimiento imperativo. En definitiva, percepciones económicas todavía formalmente extrasalariales, aunque materialmente más próximas a lo salarial que a lo extrasalarial. De ahí las reformas de la legislación de Seguridad Social para la inclusión en las bases mensuales de cotización de las percepciones extrasalariales que aquí interesan (art. 147 Ley general de la Seguridad Social y art. 23 RD 2064/1995) (Matorras Díaz-Caneja, 2016, pp. 1-41, en versión digital). Piénsese, a este respecto, en determinados suplidos y beneficios sociales previstos en la negociación colectiva de manera difusa o indiferenciada, para el conjunto de las personas trabajadoras, como el plus de transporte o distancia⁷⁵, el plus de vestuario y los cheques, tarjetas o pluses de comida.

La propuesta en cuestión pasaría no tanto por la inclusión de esas percepciones extrasalariales junto al salario profesional por todos los conceptos en la comparación en cómputo anual entre el SMI y el salario profesional, algo rechazado por la jurisprudencia como ya se ha visto, cuanto por la posibilidad empresarial de minoración de las correspondientes percepciones extrasalariales en la misma media en que se hubiera tenido que incrementar el salario profesional a resultas del traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI. De esta forma, las empresas podrían, en su caso, neutralizar el coste retributivo del incremento anual del SMI, al tiempo que las personas trabajadoras verían reforzada la parte estrictamente salarial de su retribución económica *lato sensu*, con el traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI, con las correspondientes consecuencias favorables en materia laboral (posible indemnización por despido, cobertura a cargo del Fogasa, etc.) y de Seguridad Social

⁷⁵ Téngase en cuenta que desde la reforma laboral de 1994 (Ley 11/1994) los pluses de distancia y transporte ya no cuentan con la vieja regulación reglamentaria de apoyo o sustento, no siendo ya preceptivos, sino producto, en su caso, de la autonomía colectiva, la autonomía individual o la decisión empresarial unilateral.

(mayores cotizaciones sociales). Un reforzamiento de la centralidad de la obligación salarial, objeto principal, junto a la prestación de trabajo, del contrato de trabajo.

Ni que decir tiene que esta propuesta exigiría a la fuerza una reforma legal, del artículo 27.1 *in fine* del ET, no pudiendo confiarse este muy relevante cambio normativo exclusivamente a la potestad reglamentaria. Un cambio legal que, evidentemente, incrementaría la posibilidad empresarial de neutralización retributiva (más que salarial) del incremento anual del SMI, pero que sería coherente con la consideración del SMI como «ingreso anual irreductible», en los términos del histórico artículo 10 del Decreto de ordenación del salario de 1973. E igualmente sería coherente con la visión economicista de la retribución, la que se sigue en la gestión empresarial de los recursos humanos, conforme a la cual en el diseño del coste retributivo del factor trabajo, de las personas trabajadoras, se suman las partidas salariales, las cotizaciones sociales patronales y las percepciones extrasalariales, y muchas de estas últimas, en particular determinados suplidos y beneficios sociales, no dejan de ser materialmente salarios encubiertos.

La propuesta última que se acaba de formular encontraría plena coherencia si viniera acompañada de la reordenación integral de la sobreprotección legal de determinadas percepciones extrasalariales, en concreto los suplidos y los beneficios sociales, frente a las percepciones salariales, muy visible en los acuerdos de empresa de descuelgue del artículo 82.3 del ET y en la prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2 del ET, limitados ambos preceptos a las percepciones salariales y dejando incomprensiblemente fuera esas percepciones extrasalariales. Y, por supuesto, la reforma del artículo 27.1 *in fine* del ET en este punto debería también afectar a la regla general sobre absorción y compensación del artículo 26.5 del ET, una regla obsoleta y de espaldas a la naturaleza materialmente salarial de muchos suplidos y beneficios sociales.

6. Otros problemas y retos jurídicos derivados del incremento anual del SMI

El incremento anual del SMI plantea otros muchos problemas y retos jurídicos. Algunos de ellos se exponen a continuación, aunque solo a modo de apunte, pues un tratamiento exhaustivo de los mismos exigiría extender en exceso el espacio de este estudio, de por sí ya amplio.

6.1. La negociación colectiva tendente a la acomodación de la regulación convencional del salario al incremento anual del SMI

Cuando el incremento anual del SMI sitúa el salario profesional convencional de determinadas personas trabajadoras por debajo del mínimo legal/reglamentario, lo razonable es que los titulares de la autonomía colectiva reaccionen tempestivamente ajustando las tablas

salariales en la medida estrictamente necesaria (o más allá, faltaría más). De hecho, una parte muy importante de las revisiones salariales de los últimos años tanto en la negociación colectiva sectorial como en la negociación colectiva empresarial responde a esa función. Esa labor de ajuste de la cuantía salarial podría llevarse a cabo con o sin retoque de la estructura salarial, y a mayores de la estructura retributiva (percepciones extrasalariales incluidas)⁷⁶, correspondiendo libremente a la negociación colectiva elegir el camino a seguir en cada caso. Ahora bien, si se tratase de un mero ajuste de la cuantía salarial, sin remodelación de la estructura salarial (y retributiva), podría seguramente confiarse dicha tarea puramente ejecutiva o de mera gestión a la comisión paritaria, sin necesidad de revisión parcial y *ante tempus* del convenio colectivo en sentido estricto.

Si cualquiera de las dos partes con legitimación negociadora propusiera el inicio de una negociación colectiva tendente a la revisión salarial necesaria para hacer frente al incremento anual del SMI, no parece que la otra parte tuviese una genuina obligación de negociación colectiva. Desde luego, esa obligación no podría ampararse ni en el artículo 86.1 del ET ni en el artículo 89.1 del ET. Y tampoco parece que el artículo 27.1 *in fine*, con el auxilio de la norma reglamentaria anual⁷⁷, establezca de manera inequívoca una obligación de negociación colectiva, proyectándose más bien la norma legal sobre la obligación empresarial de pago del salario, con respeto en todo caso del SMI en cómputo anual. Y otro tanto habría que decir de la doctrina judicial, aparentemente reacia al reconocimiento de una obligación de negociación colectiva en ese escenario⁷⁸.

6.2. El empleo por la negociación colectiva del SMI a determinados efectos y las normas transitorias de afectación establecidas en los últimos años por las normas reglamentarias de fijación del SMI

Es de sobra conocido que en la negociación colectiva se ha venido empleando con frecuencia la referencia del SMI a diversos efectos como el importe del salario base de determinadas categorías de personas trabajadoras, el parámetro de cálculo de determinados complementos salariales y la referencia objetiva para la revisión salarial anual. Se trata de una práctica basada en la convicción del moderado incremento anual del SMI, privada de sentido en los últimos años con los notables y sostenidos incrementos anuales del SMI. Para que ese notable incremento del SMI de los últimos años no tuviera un efecto indeseado sobre las correspondientes cláusulas convencionales en vigor con anterioridad a dichos incrementos, en las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI desde el año 2017 en adelante

⁷⁶ Muy interesante el cambio lícito de estructura retributiva, con supresión de antiguos complementos extrasalariales e inclusión de los mismos en el salario base, del que da cuenta la STS de 8 de junio de 2021 (rec. 190/2019).

⁷⁷ Para los meses de septiembre a diciembre de 2021, el artículo 3.3 del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

⁷⁸ SAN 71/2019, de 24 de mayo, tantas veces citada en este trabajo.

se han venido fijando reglas transitorias de afectación, consistentes en el manejo de diferentes SMI (parte fija), en función del año de entrada en vigor de los convenios colectivos con referencias al SMI a distintos efectos, siempre de cuantía inferior a la del SMI del año de vigencia de la norma reglamentaria de fijación del SMI y de establecimiento de las correspondientes reglas transitorias⁷⁹. Reglas transitorias en la línea de las que se introdujeron en la anterior subida notable del SMI, en el primer Gobierno de Rodríguez Zapatero: RDL 4/2004 (Sempere Navarro y Pérez Campos, 2007, pp. 133 y ss.).

Reglas transitorias de afectación, ya aplicadas por los jueces/zas y tribunales de lo social⁸⁰, que plantean no pocos problemas jurídicos. Por ejemplo, la concreción de lo que deba entenderse por utilización del SMI como referencia a cualquier efecto. Parece razonable que la utilización del SMI por las normas convencionales incluya tanto la referencia nominal o en palabras como la más habitual referencia numérica, coincidente con el importe del SMI del año de aprobación del convenio colectivo en cuestión⁸¹. El problema es que con demasiada frecuencia se emplea un importe numérico solo unos céntimos por encima de la cifra exacta del SMI del año de aprobación del convenio colectivo que sea⁸², sin que quede claro si en ese caso resultarían o no de aplicación las reglas transitorias de afectación.

Y por poner otro ejemplo, la posible interferencia entre la determinación del importe de una concreta partida salarial, como el salario base, referenciada sobre el SMI, con aplicación de la cifra del SMI no del año en curso, sino la inferior producto de las reglas transitorias de afectación, y la eventual norma convencional sobre subida salarial anual, que de arrojar un importe de esa partida salarial superior debería prevalecer sobre la regla transitoria de afectación, aunque no esté del todo claro que ello deba ser necesariamente así.

Estos ejemplos, y otros más que podrían citarse, vienen a poner de manifiesto la inseguridad jurídica que reina en este ámbito y que la propia negociación colectiva debería contribuir a restablecer. Pese a ello no se ha encontrado ninguna previsión convencional reciente que se pronuncie sobre el régimen jurídico a seguir en caso de aplicación de las reglas transitorias de afectación. Téngase en cuenta que, de conformidad con esas mismas reglas transitorias de afectación, la eventual negociación colectiva *ad hoc* prevalecería sobre la regulación reglamentaria.

⁷⁹ La última de esas reglas transitorias de afectación es la de la disposición transitoria única del RD 231/2020, de 4 de febrero, de fijación del SMI para el año 2020, idéntica a la de la norma reglamentaria de fijación del SMI para 2019, más simple y clara que las reglas de afectación de las normas reglamentarias de fijación del SMI para los años 2017 y 2018.

Vid. Casas Baamonde y García Quiñones (2017).

⁸⁰ Por ejemplo, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2018 (rec. 1366/2018) y de Cataluña 15/2019, de 22 de octubre.

⁸¹ Convenio colectivo de Balkania Distal, SL (BOE de 9 de febrero de 2021).

⁸² Pueden verse numerosos ejemplos en la obra citada en la nota número 15.

Reglas transitorias de afectación que alcanzan en la última norma reglamentaria de fijación del SMI una inseguridad jurídica todavía mayor. En efecto, conforme a la disposición transitoria única, apartado 2, del RD 817/2021, por el que se fija el SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, la regla transitoria de afectación para los convenios colectivos vigentes en la fecha de entrada en vigor de ese real decreto consiste en la consideración no del nuevo SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, sino del SMI vigente a la entrada en vigor del citado real decreto, lo que pudiera significar bien el importe del SMI del año 2020, prorrogado durante los meses de enero a agosto de 2021, igual a 950 euros mensuales, bien los diferentes importes del SMI de las reglas transitorias de afectación del RD 231/2020, por el que se fija el SMI para el año 2020 (disp. trans. única)⁸³.

6.3. La problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo y el papel de la negociación colectiva

Aunque se trata de un asunto antiguo⁸⁴, y aunque el problema es ajeno al incremento anual del SMI, lo cierto es que el notable y sostenido incremento del SMI de los últimos años ha contribuido a dotar de mayor protagonismo a la problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo, ámbito en el que suelen coincidir en muchos territorios el SMI y el salario profesional.

A las personas trabajadoras temporeras del campo, que suelen ser contratadas por días o por horas, se les aplica la regulación especial del SMI de las personas trabajadoras eventuales con contratos de hasta 120 días de duración, que establece un importe diario del SMI, sin inclusión de las vacaciones anuales, igual a 45,70 euros para los meses de septiembre a diciembre de 2021⁸⁵. Sin perjuicio de otros problemas aplicativos e interpretativos de esa normativa especial, resulta ininteligible el criterio seguido para la determinación de esa concreta cuantía diaria⁸⁶.

Ante el arcano origen del importe diario del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo, parece razonable el criterio seguido en Extremadura en el año 2019 a través

⁸³ Dice literalmente la disposición transitoria única, apartado 2, del RD 817/2021:

En los supuestos a que se refiere el apartado anterior, salvo disposición o acuerdo en contrario, la cuantía del salario mínimo interprofesional se entenderá referida durante 2021 a la que estaba vigente a la entrada en vigor de este real decreto.

⁸⁴ Así, Sagardoy Bengoechea (1982, pp. 104 y ss.).

⁸⁵ Artículo 4 del RD 817/2021, de 28 de septiembre, de fijación del SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021.

⁸⁶ Sobre el particular, resulta imprescindible la obra de Pérez Hernández (2020).

del laudo de la Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura sobre el Convenio colectivo del campo de Extremadura⁸⁷. Se lleva a cabo en dicho laudo el cálculo del importe del SMI, con inclusión de las vacaciones, por cada hora de trabajo mediante la división del importe anual ordinario del SMI entre el número de horas de la jornada anual fijada por el Convenio colectivo del campo de Extremadura. Y a partir del SMI de cada hora de trabajo se calcula fácilmente el importe diario del SMI mediante la multiplicación del importe de cada hora por el número de horas de la jornada diaria de trabajo fijada por el referido convenio colectivo⁸⁸. Esta fórmula de cálculo podría ser asumida sin problemas de jerarquía normativa por la negociación colectiva del campo más allá de Extremadura, ganando con ello la seguridad jurídica. Hay ya, de hecho, algún pronunciamiento judicial que avala la fórmula de cálculo seguida por el citado laudo⁸⁹.

6.4. La controvertida cuantía anual del SMI para el año 2021 a efectos de absorción o compensación

Se deja para el final el más reciente de los problemas jurídicos ligados al incremento anual del SMI, un problema puramente coyuntural, ceñido al singular incremento del SMI para el año 2021. Como se ha visto ya en este trabajo, durante los meses de enero a agosto del año 2021, el SMI estuvo congelado, siendo su importe mensual el mismo del año 2020, igual a 950 euros. Y durante los meses de septiembre a diciembre de 2021, el RD 817/2021 ha procedido a un ligero incremento, pasando el SMI mensual de 950 euros a 965 euros.

Aunque la norma reglamentaria es muy clara a la hora de limitar la vigencia del incremento del SMI a los meses de septiembre a diciembre de 2021, con una vigencia retroactiva que se detiene en el 1 de septiembre de 2021 y no alcanza al 1 de enero de 2021⁹⁰, lo cierto es que a efectos de compensación o absorción del incremento anual del SMI el artículo 3.1 del RD 817/2021 fija un SMI en cómputo anual igual a 13.510 euros, esto es, 965 euros por catorce pagas.

Puesto que casan mal la ausencia de vigencia retroactiva a 1 de enero de 2021 del nuevo SMI y el importe anual a efectos de compensación o absorción de 13.510 euros, la interpretación más razonable es la del mero error aritmético, la multiplicación por catorce pagas del nuevo importe mensual del SMI para los meses de septiembre a diciembre de

⁸⁷ Laudo publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 24 de mayo de 2019.

⁸⁸ Para el año 2019, el resultado sería el siguiente: 12.600 euros del SMI anual entre 1.768 horas de jornada anual igual a 7,13 euros la hora. Y puesto que en el Convenio del campo de Extremadura la jornada diaria es de 6,5 horas, el importe diario del SMI asciende a 46,34 euros, un importe superior al reglamentario, igual a 42,62 euros, aunque con inclusión de la retribución de las vacaciones anuales.

⁸⁹ STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 2020 (rec. 597/2020).

⁹⁰ Disposición final tercera del RD 817/2021.

2021, igual a 965 euros. Un error aritmético producto de la inercia de tantos años de multiplicación del nuevo SMI mensual por catorce pagas para hallar el importe anual del SMI, el relevante a efectos de compensación o absorción del incremento anual del SMI, a partir de la comparación entre el nuevo SMI y el salario profesional por todos los conceptos de las correspondientes personas trabajadoras.

Así pues, ha de entenderse que, pese a lo que dice el artículo 3.1 del RD 817/2021, el SMI para 2021 en cómputo anual no puede ser igual a 13.510 euros, sino a una cuantía inferior. Concretamente, 13.370 euros. Importe al que se llega mediante la adición de ocho pagas ordinarias de 950 euros (meses de enero a agosto), una paga extraordinaria de 950 euros (verano), cuatro pagas ordinarias de 965 euros (meses de septiembre a diciembre) y una compleja paga extraordinaria de diciembre resultado de la suma de dos importes, 316,66 euros (dos sextas partes de 950 euros) y 643,33 euros (cuatro sextas partes de 965 euros).

Referencias bibliográficas

- Arias Domínguez, Ángel. (2019). La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el SMI. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52.
- Barceló, Cristina; Izquierdo, Mario; Lacuesta, Aitor; Puente, Sergio; Regil, Ana y Villanueva Ernesto. (2021). *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*. Serie Documentos Ocasionales, n.º 2113. Banco de España. <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosOcasionales/21/Fich/do2113.pdf>.
- Burgos Giner, María Ángeles. (2011). *Los complementos salariales en la negociación colectiva (un análisis del efectivo papel regulador de los convenios colectivos en la conformación de los complementos salariales): tesis doctoral*. Comité Económico i Social de la Comunitat Valenciana, DL.
- Cabero Morán, Enrique. (2018). El Acuerdo Social para el Incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020 y el Real Decreto-Ley 20/2017, de 29 de diciembre. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 38, 96-99.
- Casas Baamonde, María Emilia y García Quiñones, Juan Carlos. (2017). Informe núm. 374. Reglas de afectación sobre la nueva cuantía del SMI según las disposiciones transitorias del Real Decreto 742/2016, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017. UGT-UCM. http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_29/doc07.pdf.
- Cruz Villalón, Jesús. (7 de junio de 2019). Incidencia del salario mínimo sobre las diferentes partidas económicas. *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2019/06/>.
- García Murcia, Joaquín. (2002). Derecho a una remuneración suficiente. En Cristóbal Molina

- Navarrete, José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida (Coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (pp. 1.193-1.212). Comares.
- García-Perrote Escartín, Ignacio. (1992). El salario mínimo interprofesional. En Luis Enrique de la Villa Gil (Coord.), *Estudios sobre el salario* (pp. 303-362). ACARL.
- González-Posada Martínez, Elías. (1984). *La compensación y absorción de salarios*. Ministerio de Trabajo.
- Llompert Bennàssar, Magdalena. (2007). *El salario: concepto, estructura y cuantía*. La Ley.
- Llompert Bennàssar, Magdalena. (2019). La subida del salario mínimo profesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 50-65.
- Martínez Jiménez, José Miguel. (1986). *El salario mínimo legal*. Publicaciones de la Universidad de Málaga.
- Martínez Matute, Marta. (2016). La cobertura de la negociación colectiva en España. Una nueva propuesta de medición. *Revista de Economía Laboral*, 2(13), 34-64.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana. (2016). Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible. *Revista de Derecho Social y Empresa*, 5.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana. (2018). Beneficios complementarios y percepciones extrasalariales en la negociación colectiva. Sistemas de retribución flexible y mejoras voluntarias. En José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007-2015)* (pp. 453-510). Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2005). Compensación y absorción como método de ajuste salarial en la negociación colectiva. En Jesús Rafael Mercader Uguina (Dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva* (pp. 171-182). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios/ContenidoEconomico.pdf.
- Moreno Preciado, Rita y Sanz Berzal, Esméralda. (2020). *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras*. CC. OO. <https://www.ccoo.es/40b06d62d3bb3257b7e4bab02cb4d23c000001.pdf>.
- Pérez del Prado, Daniel. (2017). El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico. *Revista de Información Laboral*, 1, 229-248.
- Pérez Domínguez, Carlos y González Güemes, Inmaculada. (2005). *Salario mínimo y mercado de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos.
- Pérez Hernández, María del Mar. (2020). La subida del salario mínimo interprofesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 231, 107-130.
- Ruesga Benito, Santos Miguel y Baquero Pérez, Javier. (2019). Análisis de los efectos de la subida del salario mínimo en España en 2019. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 148, 13-40.
- Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio. (1982). Salario mínimo interprofesional. En Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), *El Estatuto de los Trabajadores* (vol. V). Edersa.
- Sala Franco, Tomás. (2020). La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales. En *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2020). Control judicial a la excepcional subida del salario mínimo interprofesional para 2019. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000001068.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y Pérez Campos, Ana Isabel. (2007). *SMI e IPREM*. Aranzadi.
- Teixeira Alves, Luisa. (2014). *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*. Atelier.
- Thibault Aranda, Xavier. (2002). *La compensación y absorción de salarios*. Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2000). Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100(1), 631-654.
- Valle Villar, José Manuel del. (2002). *La protección legal de la suficiencia del salario*. Dykinson.
- Villa Gil, Luis Enrique de la y Palomeque López, Manuel Carlos. (1977). *Introducción a la economía del trabajo*. Debate.
- Vivero Serrano, Juan Bautista. (2018). La regulación del salario en los convenios colectivos propios de las empresas multiservicios entre el fraude de ley, el abuso del derecho y la acomodación a la subida anual del salario mínimo interprofesional. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 46, 122-130.
- Vivero Serrano, Juan Bautista. (2019). Las sentencias anotadas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 92-93.
- Vivero Serrano, Juan Bautista; Cruz Villalón, Jesús; Pérez Rey, Joaquín; Sepúlveda Gómez, María y Morato García, Rosa M. (2016). La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Miguel Ángel Almendros González, Amparo Merino Segovia, Wilfredo Sanguineti Raymond, Juan Bautista Vivero Serrano y María Emilia Casas Baamonde (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012* (pp. 97-237). Lefebvre-El Derecho/CC. OO.
- Vivero Serrano, Juan Bautista; Lantarón Barquín, David; Pérez Rey, Joaquín; Morato García, Rosa M. y Todolí Signes, Adrián. (2018). La remuneración en los convenios colectivos de las empresas multiservicios. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Miguel Ángel Almendros González, Jesús Cruz Villalón, María Amparo Esteve Segarra, Amparo Merino Segovia, José Luis Monereo Pérez, Ana Belén Muñoz Ruiz y Juan Bautista Vivero Serrano (Coords.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico* (pp. 171-252). Lefebvre-El Derecho/CC. OO.



La consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación

Marta María Artacho Martín-Lagos

Profesora contratada doctora de Derecho Procesal.

Universidad de Granada

martacho@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8400-6554>

Extracto

Partiendo de los antecedentes legales y jurisprudenciales, este estudio analiza la consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación establecido en el artículo 230 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Este precepto, aun siguiendo una línea continuista, introduce novedades y mejoras que, no obstante, no resuelven todas las dudas que la normativa anterior originaba en la práctica judicial sobre la exigencia y alcance de la consignación en el caso concreto, especialmente en relación con las modalidades de aseguramiento y las dificultades de cumplimiento por parte de las empresas en situación concursal, que son examinadas en este trabajo. Aunque esta carga se regula en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, este estudio se centra en la consignación como requisito para la admisión del primero, lo que nos facilitará el examen de sus particularidades en los asuntos de la competencia objetiva del juzgado de lo social o del juzgado de lo mercantil y de su tratamiento procesal en las distintas fases de su tramitación.

Palabras clave: recursos laborales; recurso de suplicación; consignación; anuncio del recurso.

Fecha de entrada: 31-08-2021 / Fecha de revisión: 05-10-2021 / Fecha de aceptación: 05-10-2021

Cómo citar: Artacho Martín-Lagos, Marta María. (2021). La consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 89-120.



The consignment of the amount of the sentence as a requirement for the appeal in supplication

Marta María Artacho Martín-Lagos

Abstract

Based on the legal and jurisprudential background, this paper analyses the consignment of the amount of the sentence as a requirement for the appeal for review established in article 230 of the Law regulating Social Jurisdiction. This precept, although following a continuist line, introduces novelties and improvements which, nevertheless, do not resolve all the doubts that the previous regulations caused in judicial practice regarding the requirement and scope of the payment in the specific case, especially in relation to the methods of insurance and the difficulties of compliance by companies in insolvency proceedings, which are examined in this work. Although this burden is regulated in the provisions common to the appeals for appeal and cassation, this work focuses on the consignment as a requirement for the admission of the former, which will facilitate the examination of its particularities in the cases of the objective competence of the Social Court or the Commercial Court and its procedural treatment in the different phases of its processing.

Keywords: labor appeals; appeal in supplication; consignment; announcement of the appeal.

Citation: Artacho Martín-Lagos, Marta María. (2021). The consignment of the amount of the sentence as a requirement for the appeal in supplication. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 89-120.



Sumario

1. Introducción
 2. La consignación como requisito de admisibilidad del recurso de suplicación
 3. Constitucionalidad y funciones de la consignación
 4. Sujetos obligados y exentos
 5. Supuestos incluidos y excluidos
 6. Modalidades de aseguramiento
 7. Acreditación de la consignación
 8. Destino de la consignación
 9. Tratamiento procesal de la consignación
 10. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: trabajo realizado dentro del grupo de investigación SEJ 422.

1. Introducción

Ejercitar el derecho al recurso ante los tribunales del orden jurisdiccional social resulta especialmente oneroso para las empresas. A diferencia del proceso civil, en el que solo excepcionalmente es necesario ingresar el importe de la condena para poder utilizar el recurso de apelación o un recurso extraordinario¹, en el proceso laboral, desde el momento mismo de su nacimiento, se ha exigido a las empresas la consignación de dicho importe como requisito para la admisión de los recursos extraordinarios, tratándose de una institución específica de este proceso que se ha vinculado por el Tribunal Constitucional (TC) a su finalidad compensadora de la desigualdad material de personas trabajadoras y empresarias (Sentencia del TC –STC– 3/1983, de 25 de enero²).

En el recurso de suplicación, el cumplimiento de este requisito se exige desde su creación por el Decreto de 11 de julio de 1941. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), lo establece como requisito del anuncio del recurso y lo regula en el artículo 230, dentro del título dedicado a las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación (título IV del libro tercero, «De los medios de impugnación»). Este precepto, aun siguiendo una línea continuista, introduce novedades y mejoras que, no obstante, no resuelven todas las dudas que la normativa anterior originaba en la práctica judicial sobre la exigencia y alcance de este requisito en el caso concreto, especialmente en relación con las modalidades de aseguramiento y las dificultades de cumplimiento por parte de las empresas en situación concursal. Todo ello es objeto de análisis en este trabajo, junto con la jurisprudencia recaída en esta materia. Aunque esta carga, como se ha indicado, se regula en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, este estudio se centra en la consignación como requisito para la admisión del primero, lo

¹ *Vid.* artículo 449 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

² Como recuerda esta sentencia, la obligación de consignar comienza en la Ley de tribunales industriales de 1912, prosiguiendo en el Código de Trabajo de 1926, en la Ley de jurados mixtos de 1931, y en la Ley de 10 de noviembre de 1942, que crea un fondo de anticipos reintegrables a las personas trabajadoras sobre sentencias recurridas (e impone un recargo del 20 %), subsistiendo en la Ley de 22 de diciembre de 1949, que regula los recursos de suplicación, casación e interés de ley, y pasando a los distintos textos refundidos de la Ley de procedimiento laboral, desde el primero de 1958 hasta el de 1980. Finalmente, declarada por esta sentencia la inconstitucionalidad del citado recargo, el requisito de la consignación del importe de la condena fue regulado en el artículo 227 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) de 1990 y, posteriormente, en el artículo 288 de la LPL de 1995, hasta llegar a su regulación actual en el artículo 230 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

que nos facilitará el examen de sus particularidades en los asuntos de la competencia objetiva del juzgado de lo social o del juzgado de lo mercantil³ y de su tratamiento procesal en las distintas fases de su tramitación.

2. La consignación como requisito de admisibilidad del recurso de suplicación

Dadas las imprecisiones jurisprudenciales –el propio Pleno del TC en pronunciamientos relativamente cercanos como la STC 166/2016, de 6 de octubre, se refiere indistintamente a la consignación del importe de la condena como «requisito procesal» y como «presupuesto procesal» para la admisión del recurso (FJ 4.º), y más recientemente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia (STS) de 9 de septiembre de 2020 (rec. 13/2018) señala que «este requisito se configura como presupuesto procesal para la admisión del recurso» (FJ 3.º)–, es necesario comenzar precisando su naturaleza jurídica.

La consignación es un requisito del que depende la admisibilidad del recurso de suplicación. El derecho al recurso de suplicación, como ya señalamos respecto al medio de impugnación homónimo regulado en la LPL de 1995, es el derecho a acceder al recurso

³ El artículo 53 del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (TRLC), bajo la rúbrica «Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral» dispone:

1. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.
2. La suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

En cuanto al régimen de recursos contra estas decisiones en materia laboral del juzgado de lo mercantil, conforme al artículo 551.1 del TRLC:

Contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo y contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas.

Los citados preceptos mantienen, con algunas mejoras técnicas, la regulación contenida en los artículos 8.2.º y 197.8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC).

configurado en la LRJS y, una vez alcanzado este, el derecho a que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) se pronuncie sobre la presunta infracción cometida por el juzgado de lo social. Este derecho se adquiere cuando el recurso es procedente y admisible, es decir, cuando concurren sus presupuestos y la parte recurrente cumple los requisitos establecidos en la LRJS (Artacho Martín-Lagos, 2003, pp. 23-24).

Los presupuestos del recurso de suplicación, determinantes de su procedencia, son circunstancias independientes, anteriores y externas al acto del recurso, que se determinan con referencia a la resolución que pretende impugnarse y el proceso en que ha recaído, y existen o no con independencia de la voluntad de la parte recurrente. Son presupuestos subjetivos la competencia funcional del órgano jurisdiccional y la capacidad, legitimación y gravamen de quien ejercita el derecho al recurso. El presupuesto objetivo es la recurribilidad de la resolución jurisdiccional.

Por el contrario, son requisitos del recurso de suplicación las circunstancias determinantes de su admisibilidad, tratándose de circunstancias coetáneas al acto del recurso y cuyo cumplimiento ya sí va a depender de la parte recurrente. Dentro de este concepto tienen cabida los requisitos de tiempo, lugar y forma de los actos en los que la misma prepara y formaliza su recurso de suplicación, a los que hay que añadir los requisitos especiales propios de este recurso extraordinario. Así pues, el derecho al recurso de suplicación se ejercita mediante la declaración de voluntad de la parte recurrente que se desdobra en dos actos: el de anuncio y el de formalización del recurso, que inician dos fases de este de las que conoce el juzgado *a quo*, la de preparación y la de interposición, respectivamente. Ambos actos están sujetos a una serie de requisitos de tiempo, lugar y forma, a los que se añaden otros requisitos especiales, de manera que el incumplimiento de unos u otros puede llegar a determinar, salvo que se trate de defectos subsanables que se corrijan dentro de plazo, la terminación del recurso y, consiguientemente, la firmeza de la resolución impugnada sin que la sala *ad quem* entre a examinar el fondo o contenido del mismo.

El anuncio es la mera manifestación del propósito de entablar el recurso (art. 194 LRJS) y, aunque sus requisitos formales son mínimos, está sujeto al cumplimiento de requisitos de tiempo y lugar y de otras exigencias como son el depósito para recurrir, el aseguramiento del importe de la condena y la designación de abogado/a o graduado/a social colegiado (arts. 229, 230 y 231 LRJS). La interposición del recurso recoge ya los motivos concretos por los que se impugna la resolución. En este caso, a los requisitos de tiempo y lugar se unen requisitos formales y de contenido más rigurosos (art. 195 LRJS).

Así pues, la LRJS exige que el anuncio, oral o escrito, del recurso de suplicación vaya acompañado del cumplimiento por la parte recurrente de unas obligaciones de muy distinta naturaleza y alcance entre las que se encuentra la consignación del importe de la condena, regulada en el artículo 230, tanto respecto a las situaciones derivadas de relaciones de naturaleza laboral, en las que nos centramos en este trabajo, como a las surgidas de responsabilidades de la Seguridad Social.

Se trata de un requisito con el que se intenta evitar que quien ha obtenido una sentencia favorable condenatoria al pago de cantidad, normalmente la persona trabajadora, se vea perjudicada por el ejercicio por la parte condenada de su derecho al recurso, siendo, sin duda, la obligación cuyo cumplimiento resulta más gravoso para la parte recurrente, generalmente la empresa. Como señala la STS de 14 de octubre de 2013 (rec. 2668/2012):

[...] la *ratio legis* de la consignación del actual artículo 230 LRJS, y de sus antecedentes históricos próximos y remotos, es la protección del litigante que debe esperar a la resolución del recurso de suplicación (o de casación) entablado. Lo que, de no haber recurso, se pudo percibir a partir de la sentencia de instancia (o del siguiente grado jurisdiccional), se consigna o deposita hasta el momento en que se dicta la sentencia o resolución que culmina la nueva vía procesal transitada, momento en que procederá o bien la entrega de la cantidad consignada al litigante recurrido, si se confirma la sentencia de instancia, o bien la devolución al recurrente, si su pretensión ha triunfado en suplicación (o casación).

Además, la onerosidad de esta carga para la empresa condenada se ve aumentada por el hecho de que la consignación del importe de la condena, aunque supone que este queda a disposición de la persona trabajadora si utiliza el mecanismo del anticipo reintegrable, no exime a la parte recurrente cuyo recurso es desestimado de la obligación de pagar los intereses de mora procesal regulados en el artículo 576 de la LEC. Esta problemática fue abordada por la STC 114/1992, de 14 de septiembre, respecto del anterior artículo 921 de la LEC de 1881, en la que se rechaza que se trate de una penalización por recurrir que lesione el artículo 24.1 de la Constitución española (CE) al ser la consignación y el pago de intereses instituciones distintas que responden a finalidades diversas. Así, la consignación –como más adelante veremos– es una medida cautelar que tiene como finalidades asegurar la ejecución de la sentencia, reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios y propiciar la operatividad del principio de irrenunciabilidad de los derechos, mientras que el pago de intereses:

[...] posee esencialmente un cariz compensatorio o reparador del perjuicio causado al acreedor por la demora en el pago de una deuda, tratando de conservar su valor nominal consignado en la resolución judicial; es una consecuencia inherente al uso de la administración de justicia que viene a compensar a la parte triunfante en el juicio de los daños que el planteamiento o la continuación del proceso le hubiera podido originar.

En el mismo sentido, la STS de 8 de mayo de 2014 (rec. 1680/2013), al abordar la cuestión, no prevista en el artículo 576 de la LEC, de la fecha final del devengo de intereses procesales, sostiene que si los mismos:

[...] tienen –fundamentalmente– finalidad indemnizatoria, y si la consignación o el aval bancario ofrecen –básicamente– propósito meramente aseguratorio, ninguna

duda cabe respecto de que el resarcimiento que los primeros persiguen no se obtiene con el simple aseguramiento que los segundos comportan, por lo que [...] la obligación legal de abonar intereses solamente se paraliza con el abono del principal o con su equivalente la consignación judicial.

Acogen esta doctrina, entre otras, las Sentencias del TSJ (SSTSJ) de Cataluña de 28 de febrero de 2020 (rec. 6223/2019) y de Madrid de 30 de octubre de 2020 (rec. 550/2020).

Aunque el TC, en la citada STC 114/1992, de 14 de septiembre, concluyó afirmando que «la exigencia de abono de intereses no puede calificarse de consecuencia irrazonable o desproporcionada realmente disuasoria del ejercicio del derecho al recurso», consideramos que no han perdido en absoluto actualidad –y deberían ser atendidas por el legislativo dada la situación de congestión judicial agravada por crisis originada por la pandemia COVID-19– las reflexiones formuladas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones: no debe olvidarse que el montante de los intereses depende de la acumulación de recursos ante el tribunal que resuelve el recurso y, por ello, aun fuera de los casos de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, debería pensarse, desde el prisma de la legalidad ordinaria, en fórmulas que permitan obtener intereses de la cantidad consignada sin gravar a la parte recurrente.

3. Constitucionalidad y funciones de la consignación

Conforme a la doctrina constitucional, el artículo 24.1 de la CE únicamente comprende el derecho a los recursos legalmente establecidos en el orden jurisdiccional social, tratándose, por tanto, de un derecho de configuración legal y «esta peculiaridad faculta al legislador para establecer el sistema de recursos que considere conveniente» (Auto del TC 678/1987, de 3 de junio), así como para «determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos para su formalización» (STC 294/1993, de 18 de octubre). No obstante, marca también el TC los parámetros en los que debe moverse el legislativo: al establecer los presupuestos y requisitos que condicionan el acceso a los recursos no goza de plena libertad, ya que el derecho al recurso solo puede limitarse:

[...] en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido [...] [y] constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo o que no aparezcan como justificados o proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso, adecuadas a dicho espíritu constitucional, siendo, en definitiva, el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad el que resulta trascendente (SSTC 3/1983, de 25 de enero, y 90/1983, de 7 de noviembre).

Partiendo de estos parámetros constitucionales, la constitucionalidad de la consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación ha sido cuestionada desde diversas perspectivas.

Así, la STC 3/1983, de 25 de enero, que se pronuncia sobre la presunta infracción del principio de igualdad ante la ley y del derecho a la tutela judicial efectiva⁴. La infracción del artículo 14 de la CE se produciría como consecuencia de exigirse exclusivamente tal consignación a la empresa y no a la persona trabajadora, entendiéndose, por el contrario, el TC que, cuando se parte de una situación de desigualdad como es la existente entre ambas, el principio de igualdad no solo no excluye, sino que exige el establecimiento de un trato desigual precisamente para contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real que exige el artículo 9.2 de la CE; finalidad a la que sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales. Por lo tanto, concluye este tribunal que «la diferencia de tratamiento en relación con la consignación se vincula razonablemente con la finalidad compensadora del ordenamiento laboral, no constituyendo vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE».

Respecto a la compatibilidad de esta consignación con el artículo 24.1 de la CE, dado que la misma actúa como requisito para la admisión del anuncio del recurso, y es, por ello, un límite al derecho al recurso, el TC, de acuerdo con su doctrina sobre el acceso a los mismos, sostiene que la posible oposición de la exigencia de consignar al artículo 24.1 de la CE exige pronunciarse «sobre el significado de las cargas impuestas para recurrir y las finalidades que justificarían su imposición desde el punto de vista constitucional», para lo cual ha de tomarse como principio básico que el derecho a la tutela judicial efectiva «puede restringirse en la medida en que la restricción actúa al servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas, pues en caso contrario aquella habría de ser estimada inconstitucional». Partiendo de estos planteamientos, el TC admite la constitucionalidad de esta consignación en virtud de las tres finalidades que cumple:

[...] constituye, en primer lugar, una medida cautelar tendente a asegurar la ejecución de la sentencia si posteriormente es confirmada⁵ y a evitar una eventual desaparición de los medios de pago, impidiendo que recaiga sobre el trabajador el *periculum morae*; en segundo término pretende reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios, sin posibilidades de éxito, que alarguen injustificadamente el abono por el empresario, y en tercer contenido pretende evitar que se lesione el principio esencial laboral de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

⁴ El Pleno del TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Sexta del TS contra el artículo 170 de la LPL de 1980, regulador de esta consignación como requisito para la preparación del recurso de casación, en términos sustancialmente iguales a los que el artículo 154 de la misma ley, al que la sentencia aplica las declaraciones que realiza respecto del primero, recogía para el anuncio del recurso de suplicación.

⁵ Como señala más claramente la STC 90/1983, de 7 de noviembre, el derecho constitucionalmente protegido en aras del que se limita el derecho al recurso es, en este caso, el derecho fundamental a la ejecución de la sentencia.

A estas finalidades, cabe añadir una más, a partir de la LPL de 1990, facilitar también la ejecución provisional (Montero Aroca, 1993, p. 1.279). Así resulta con claridad del artículo 290.2 y 3 de la LRJS, relativo a los anticipos reintegrables que la persona trabajadora puede solicitar en los supuestos de ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidad –y que el artículo 301 LRJS declara también aplicable a los supuestos de sentencias de despido no ejecutables provisionalmente conforme a los arts. 297 y ss. LRJS–, de acuerdo con el cual si para recurrir la sentencia que provisionalmente se ejecute se hubiere efectuado consignación, el órgano jurisdiccional dispondrá del anticipo con cargo a ella y solo, de no haber sido preceptivo consignar para recurrir, el anticipo se abonará a la persona trabajadora directamente por el Estado.

Este precepto resuelve los problemas que originaba su precedente, el artículo 288 de la LPL, en el que no se hacía referencia a la posibilidad de que el aseguramiento se realizara por medio de aval bancario, modalidad introducida por dicha ley como alternativa a la consignación, lo que originó posiciones doctrinales y jurisprudenciales diversas sobre si la finalidad de facilitar la ejecución provisional solo la cumplía la consignación en metálico y, en caso de haberse prestado aval, el Estado debía asumir el anticipo o si este debería realizarse con cargo al aval.

Así, tras recoger el artículo 289 de la LRJS el derecho de la persona trabajadora que «tuviera a su favor una sentencia en la que se hubiese condenado al empresario al pago de una cantidad y se interpusiere recurso contra ella» a obtener anticipos a cuenta de aquella, garantizando el Estado su reintegro, el artículo 290 de la LRJS contempla la utilización de las distintas modalidades de aseguramiento del importe de la condena. En su apartado 2 establece que:

Si para recurrir la sentencia que provisionalmente se ejecute se hubiere efectuado consignación en metálico, mediante aval o por cualquier otro medio admitido, el secretario judicial dispondrá el anticipo con cargo a aquella, garantizándose por el Estado la devolución al empresario, en su caso, de las cantidades que se abonen al trabajador.

Se especifica a continuación que:

Si el importe de la condena se hubiera garantizado mediante aval o por cualquier otro medio admitido, el secretario judicial, antes de disponer el anticipo prevenido en el párrafo anterior, requerirá a la empresa para que, en el plazo de 4 días, proceda a consignar en metálico la cantidad a anticipar, disponiendo, luego de acreditada la consignación, la devolución del aval o del correspondiente medio de garantía inicialmente constituido, contra entrega simultánea del nuevo aval o medio de garantía por la menor cuantía relicta. En este supuesto regirá igualmente la garantía por el Estado en los términos establecidos en el párrafo anterior.

Completa la regulación de esta materia el apartado 3, conforme al cual:

De no haber sido preceptivo consignar para recurrir, el anticipo se abonará al trabajador directamente por el Estado. En este supuesto, el secretario judicial notificará a la Abogacía del Estado testimonio suficiente de lo actuado y le requerirá para que el organismo gestor efectúe el abono al trabajador en el plazo de 10 días.

4. Sujetos obligados y exentos

El artículo 230 de la LRJS impone la carga de la consignación al «recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita», lo que se reitera en el artículo 229.4 de la LRJS. Se trata nuevamente de una particularidad del orden jurisdiccional social, frente a lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley de asistencia jurídica gratuita (LAJG) que restringe el contenido del beneficio, en lo que atañe a la interposición de recursos, a la exención del pago de depósitos.

En virtud de la remisión que el artículo 230 de la LRJS realiza a la LAJG, y atendida la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento trata de asegurar esta consignación, esta carga, como ya se ha indicado, recae primordialmente sobre las empresas, siendo conveniente hacer las siguientes precisiones:

- Están exentas, al tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita por ministerio de la ley, las personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social (art. 2 d) LAJG), a las que el artículo 21.5 de la LRJS equipara las personas funcionarias y el personal estatutario en su actuación como funcionarios/as ante el orden jurisdiccional. Por el contrario, el Auto del TS (ATS) de 13 de noviembre de 2014 (rec. 9/2014) rechaza que las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes tengan la consideración de personas trabajadoras en el sentido material del término a los efectos de disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita y estar exentas del depósito para recurrir previsto en el artículo 229 de la LRJS, lo que también es predicable de la consignación. Y todo ello sin perjuicio de que puedan obtener estos beneficios por la vía administrativa cuando acrediten la insuficiencia de recursos para litigar.
- La LAJG permite a la persona física empresaria obtener el derecho a la asistencia jurídica gratuita por vía administrativa, con lo que quedaría exenta de la obligación de consignar. Así lo confirma el ATS de 18 de abril de 2017 (rec. 59/2016), que enlaza esta conclusión con la existencia de la ejecución provisional en la que:

[...] la posibilidad de que sea el Estado quien abone los anticipos reintegrables, cuando no haya sido preceptivo consignar para recurrir, que es el supuesto al que se refiere el art. 230.1 LRJS, solo puede contemplarse

en casos como el presente, en el que la parte condenada sea empleadora y goce, por habersele reconocido expresamente, el beneficio de justicia gratuita.

Ello rige igualmente respecto a la persona trabajadora autónoma (ATS de 23 de septiembre de 2014, rec. 43/2014).

No obstante, como resalta Molins García-Atance (2010, p. 68), el abismo entre el límite de ingresos de la justicia gratuita y la exigencia de consignación o aseguramiento supone la exclusión *de facto* del acceso al recurso de muchas personas físicas empresarias en situación de falta de liquidez, de modo que la suplicación se ha convertido en un recurso de personas trabajadoras y empresas solventes. Sostiene este autor que las personas trabajadoras tienen dos oportunidades efectivas de ganar el pleito (en la instancia y en el recurso de suplicación), mientras que las empresas tienen una sola (la instancia), lo que supone una desigualdad de armas procesales que puede vulnerar el artículo 24 de la CE.

- La LAJG cierra prácticamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la empresa como persona jurídica, ya que solo lo tienen reconocido *ex lege* las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios (disp. adic. segunda LAJG), es decir, para la defensa de los derechos de estas personas, cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado; las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (disp. adic. segunda LAJG); y, por último, las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo (art. 2.2 i) LAJG). Cuando acrediten insuficiencia de recurso para litigar, se reconoce este derecho a las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones inscritas en el registro administrativo correspondiente (art. 2 c) 1 y 2 LAJG).

Por tanto, la LAJG, atendiendo a la distinta finalidad de las diversas clases de personas jurídicas, reconoce derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente a las de interés general y excluye al resto de entidades asociativas, dado su marcado interés particular, lo que fue declarado constitucional por la STC 117/1998, de 2 de junio, al entender que el poder legislativo, al excluir a las sociedades mercantiles del derecho a la asistencia jurídica aun cuando «acrediten insuficiencia de recursos para litigar», ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el artículo 119 de la CE que «solo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse "un nivel mínimo de subsistencia personal o familiar" que no puede dejar de atenderse para hacer frente a los gastos originados en el proceso».

- La obligación de consignar alcanza igualmente a la empresa en situación de concurso de acreedores. Así lo declara la STS de 25 de noviembre de 2014 (rec. 857/2014), que reitera pronunciamientos recaídos en diferentes autos de la sala, tanto respecto del artículo 228 de la LPL como del artículo 230 de la LRJS, y pone fin a importantes discrepancias en los criterios sustentados al respecto por las distintas salas de lo social de los TSJ. En síntesis, las razones en las que se basa, que mantienen su validez tras la entrada en vigor del TRLC, son las siguientes:
 - La LC «no ha introducido respecto a la obligación de depósito y consignación ninguna modificación, ya que el art. 228 de la LPL mantiene la redacción del RD Leg. 2/1995».
 - «La mera admisión del concurso [...] no es equiparable a la insolvencia del empresario y ni siquiera tiene por qué presuponer falta de liquidez porque de la misma forma que los administradores judiciales pueden autorizar el pago de facturas o de los salarios de quienes continúan trabajando, también podrían efectuar consignaciones en metálico o mediante aval bancario solidario como exige el art. 228 LPL, o, en último extremo, a través, en su caso, de la autorización del juez mercantil para "enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa" (art. 43 Ley 22/2003) del concursado» (art. 205 TRLC).
 - La exigencia o cumplimiento de la consignación como requisito de recurribilidad «no afecta a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE, en su primordial vertiente de acceso a la jurisdicción, sino únicamente en lo referente al acceso al recurso, que, como se sabe, al menos en el ámbito laboral, no es de configuración constitucional sino legal y, precisamente, ha sido la ley la que ha establecido tal requisito para poder acceder al recurso; el problema, pues, carece de dimensión constitucional, circunscribiéndose al ámbito legal, que es igualmente en el que opera el proceso concursal, en el que, además, tanto las garantías del concursado como las de los demás acreedores –cuando, como sería el caso, la sentencia ha quedado firme por la ausencia de consignación– no resultan perjudicadas porque la deuda que en ella se reconoce, en principio, habrá de ejecutarse sometiéndose al procedimiento concursal».
 - La obligación de consignar por parte de la empresa al no serle aplicable la exoneración prevista en la LAJG.

Aun ratificada la constitucionalidad de esta decisión por la STC (Pleno) 166/2016, de 6 de octubre –en la que, como veremos, se rechaza la posibilidad de aportar como medio sustitutivo de la consignación certificación de la Administración concursal reconociendo a las cantidades objeto de condena como créditos contingentes en el procedimiento concursal–, consideramos que conservan su validez

las objeciones que, con anterioridad a la STS, formuló la doctrina: la eliminación por el artículo 55 de la LC del beneficio de la ejecución separada en la jurisdicción social –plasmada en la actualidad en el art. 142 TRLC⁶– implica que, aunque la parte recurrente concursada consigne el importe de la condena, recaída sentencia firme confirmando la condena inicial, el juzgado de lo social no puede iniciar ejecución alguna poniendo a disposición de la parte actora el importe consignado ni ejecutando el aval. Lo que tendría que hacer la demandante es acudir al cobro en los términos y condiciones que resulten de la resolución del concurso de acreedores. Por lo tanto, la consignación se convierte en un mero requisito formalista, vaciado de la finalidad que lo justifica (De Armiño Rodríguez, 2012). La imposibilidad de cumplir la finalidad debería llevar a la no exigibilidad del requisito, pues sería inocuo exigir algo que posteriormente y por imperativo de la normativa concursal no podría cumplir con la finalidad pretendida y en que se justifica (Sanjuán y Muñoz, 2013). A pesar de las críticas al legislativo por su pasividad ante esta problemática y del incremento de situaciones concursales como consecuencia de la pandemia COVID-19, se ha desaprovechado la posibilidad de abordarla tanto en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, cuyo capítulo II regula una serie de medidas concursales y societarias, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021, dirigidas a mantener la continuidad económica de las empresas en concurso, como en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2020), que recoge en su artículo 19 (título II) modificaciones de la LRJS dirigidas no solo a la agilización de los procedimientos, sino también, según indica su exposición de motivos, a la actualización de su contenido, tras 10 años desde su entrada en vigor.

- En el caso de condenas solidarias, el artículo 230.1 de la LRJS recoge la doctrina unificada de la Sala de lo Social del TS, elaborada ante la ausencia de previsión respecto a esta materia en la LPL, conforme a la cual:

[...] la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos.

⁶ Ello sin perjuicio de las previsiones del artículo 144.1 del TRLC, en las que se contempla la posibilidad de proseguir las ejecuciones laborales en las que el embargo de un bien o derecho no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor fuese anterior a la fecha de declaración del concurso.

Así, como ya razonara el ATS de 10 de diciembre de 1998 (rec. 1325/1998), es necesario que cada una de las empresas recurrentes consigne la totalidad de la condena, sin que la consignación de una de las obligadas aproveche a las demás, ya que «si el recurso de quien ha depositado o afianzado es estimado, habrán de serle devueltos los depósitos y levantado el aval, con lo que quedará la obligación de los restantes obligados sin depósito ni caución». Acogen esta doctrina, entre otras, las SSTSJ de Aragón de 15 de mayo de 2019 (rec. 242/2019) y de 1 de diciembre de 2020 (rec. 560/2020).

No obstante, la STS de 5 de junio de 2000 (rec. 2469/1999) declara que tal riesgo no existe y, por tanto, cabe una sola consignación, cuando la sentencia declara la existencia de un grupo de empresas y esa declaración no se cuestiona en el recurso. Por último, el auto anteriormente citado admite la posibilidad de realizar un único depósito o aval «con afección conjunta y solidaria a las obligaciones de cada uno de los condenados y recurrentes»⁷.

- La obligación de consignar, como ha declarado la STC 172/1985, de 16 de diciembre, también recae sobre aquellos «otros sujetos que, pese a no estar vinculados por una relación laboral con el trabajador o trabajadores demandados, asumen solidariamente o se subrogan por imperativo legal o a resultas de un contrato de naturaleza civil o mercantil en responsabilidades nacidas de la celebración de un contrato de trabajo o con ocasión de su ejecución»⁸.
- Por último, están exentas, al tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita *ex lege*, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social (art. 2 b) LAJG).

No obstante, debe tenerse en cuenta que no solo están exentas de la obligación de consignar las personas que gozan del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ya que el

⁷ Por otra parte, cuando quien recurre es la parte condenada subsidiariamente, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 1993 (rec. 130/1992) y Aragón de 12 de mayo de 1993 (rec. 327/1993) exigen que esta consigne el importe de la condena, por entender que la LPL, y lo mismo cabe decir respecto a la LRJS, al establecer este requisito, no distingue entre parte condenada principal y subsidiaria.

⁸ En este caso, la recurrente en amparo era una compañía de seguros, condenada en una reclamación de indemnización por accidente de trabajo al pago de la cantidad cubierta por la póliza de seguros suscrita con el empresario codemandado, y cuyo recurso fue inadmitido por el Tribunal Central de Trabajo por falta de consignación. Declara el TC que esta condena:

[...] arrastra todas las consecuencias que la legislación procesal determina, y entre ellas el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder discutir mediante el recurso de suplicación la propia legalidad del mecanismo subrogatorio aplicado en la sentencia de instancia, [y que] no es rebatible la racionalidad de la aplicación al solicitante de amparo del requisito para recurrir en suplicación establecido en el art. 154 LPL (actual art. 228), pues la constitución del depósito estaba llamado a cumplir en el presente caso y de manera íntegra las funciones propias de esta exigencia procesal.

artículo 229.4 de la LRJS, como uno de los privilegios procesales de los entes públicos, declara la exención –tanto de la consignación como del depósito– del «Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales», armonizando el contenido de la norma con lo previsto en el artículo 12 y la disposición adicional cuarta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, así como en la normativa específica de las entidades locales. El ATS de 18 de junio de 2019 (rec. 1/2019) declara que las sociedades mercantiles públicas no están exentas de consignar, en concreto respecto a una sociedad anónima municipal. En el mismo sentido, respecto a una sociedad mercantil pública autonómica, la STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2018 (rec. 1682/2018), y respecto a las universidades públicas, la Sentencia de la misma sala de 20 de noviembre de 2020 (rec. 3190/2020).

El TC ha considerado que esta exención es una medida «constitucionalmente legítima, pero neutra» (STC 64/1988, de 12 de abril) y, además, como se ha puesto de manifiesto, la justificación de este privilegio procesal puede encontrarse en la dificultad para que, con arreglo a las técnicas presupuestarias, se pueda disponer de las cantidades necesarias en los breves plazos legalmente previstos, junto a la solvencia de los entes públicos (Butrón Baliña, 1998, p. 2.344), respecto de los que no cabe sospechar que se hagan insolventes o dejen de cumplir la condena (Ordeig Fos, 1992, p. 513). A pesar de lo cual no faltan quienes critican abiertamente la exención por tratarse, a su juicio, de los peores pagadores (Montero Aroca, 1993, p. 1.281).

Finalmente, como novedad, el artículo 229.4 de la LRJS extiende la exención a los sindicatos. La discrepancia entre este precepto y el artículo 20.4 del mismo texto legal, que, aunque reconoce esta exención a los sindicatos «en todas sus actuaciones ante el orden social», les restringe el beneficio de justicia gratuita a los supuestos en que «ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social», ha sido resuelta por las SSTS de 4 de diciembre de 2018 (rec. 4553/2017) y 11 de diciembre del mismo año (rec. 3158/2017), siguiendo la doctrina sentada por el Pleno de la propia sala en Sentencia de 11 de mayo de 2014 (rec. 3323/2014), respecto a la condena en costas del sindicato, declarando que:

[...] es evidente que la intención legislativa de otorgar determinados beneficios a los sindicatos se amparaba y tenía como base su participación procesal en representación de los intereses de los trabajadores y, por ello, cuando actúan fuera de ese ámbito de representación no es posible exonerarle de aquellas obligaciones de acceso al recurso.

Así pues, no está exento de depósitos y consignaciones el sindicato que actúa en el proceso como persona empleadora.

5. Supuestos incluidos y excluidos

A diferencia del depósito de 300 euros, exigido en el recurso de suplicación contra sentencias y autos (art. 229.1 LRJS), el artículo 230.1 de la LRJS refiere la obligación de consignar únicamente el supuesto en que «la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad», por lo tanto, no existe esta obligación en el caso de condenas de dar, hacer o no hacer alguna cosa (Moliner Tamborero, 1991, p. 82), ni respecto de sentencias meramente declarativas o constitutivas (Montero Aroca, 1993, p. 1.281). No obstante, esta previsión requiere las siguientes precisiones y matizaciones:

- El importe de la consignación será, conforme al artículo 230 de la LRJS, la cantidad objeto de la condena, facilitando su cuantificación los preceptos de la LRJS dirigidos a evitar las sentencias ilíquidas. Así, el artículo 87.5 de la LRJS exige que las partes demandante y reconviniente determinen en sus conclusiones de manera líquida las cantidades que, por cualquier concepto, sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria y el artículo 99.1 de la LRJS dispone que «en las sentencias en las que se condene al abono de cantidad, el juez o tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución». En esta cantidad no se incluyen los intereses legales de demora, ya que la obligación de consignar «no puede comprender algo que se presenta indeterminado en cuanto a su cuantificación, cuya concreción corresponde a otra fase del proceso» (ATS de 5 de julio de 1999, rec. 1577/1998), sin que tampoco alcance a los conceptos de costas procesales y honorarios de letrado/a (ATS de 22 de noviembre de 2000, rec. 2511/2000). Por último, conforme a la STS (Pleno) de 24 de noviembre de 2008 (rec. 2757/2008), la cantidad a consignar ha de ser la cantidad bruta adeudada, sin retención alguna, y es posteriormente al adquirir firmeza la sentencia, y proceder del juzgado al pago de la cantidad, cuando habrán de practicarse las correspondientes retenciones establecidas legal y reglamentariamente (Barrio Calle, 2012, p. 34).
- Las novedades introducidas en la LRJS con relación al proceso de conflicto colectivo, específicamente la posibilidad de que en el mismo se formulen pretensiones que den lugar a sentencias de condena susceptibles de ejecución individual (arts. 157.1 b) y 160.3 LRJS), originaron dudas sobre la necesidad de consignación del importe de la condena por la empresa para recurrir en suplicación –o en casación ordinaria, cuando se trata de conflictos cuya extensión determina la competencia objetiva de la Sala de lo Social del TSJ o de la Audiencia Nacional– (arts. 6.1, 7 a) y 8.1 LRJS). En un primer momento, la STS de 17 de septiembre de 2013 (rec. 3089/2012) rechazó la necesidad de consignación con base en las siguientes consideraciones:

[...] a) ni el invocado artículo 230 de la Ley reguladora de la jurisdicción social [...], ni tampoco en ninguno de los artículos 153 a 169 de la misma

ley, que regulan la modalidad procesal del conflicto colectivo, establecen la expresa obligación de consignar la cantidad objeto de la condena para poder recurrir la sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo; y b) dicha sentencia, que conforme y con las reglas que establece el artículo 247 de la LRJS, puede ser objeto de ejecución definitiva cuando haya recaído en conflicto colectivo y haya estimado una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, por regla general y salvo circunstancias especiales –que aquí no concurren–, cabe entender que no es susceptible de ejecución provisional, lo que descarta la necesidad de la consignación.

Más adelante la sala matiza su postura señalando la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 44/2018) que:

[...] es evidente que la parte que pretenda recurrir la sentencia [...] deberá consignar la cantidad objeto de condena cuando la que se dicte contenga una pretensión de dicha naturaleza, susceptible de ejecución individual, pero ello no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito ya que no siempre, ni en todo caso, nos encontraremos ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada inmediatamente tomando a tal fin y sin más la cantidad consignada, por ser ese su destino legal. Y ello porque, como ya ha dicho esta sala, para que una sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo sea ejecutada debe contener una condena en los términos que precisa el art. 160.3 de la LRJS. Es más, resulta que esa condena se somete a los trámites de ejecución que se recogen en el art. 247 de la LRJS, durante la cual deberán perfilarse los sujetos beneficiados por la ejecución y los términos de la misma, de manera que no podría hablarse de una ejecución inmediata que pudiera tener por ejecutada la condena con la simple puesta a disposición de los acreedores de las cantidades consignadas⁹.

⁹ En la misma línea, el ATS de 2 de octubre de 2019 (rec. 5/2019) señala que:

[...] la exigencia del artículo 230 de la Ley reguladora de la jurisdicción social no se cumple con la consignación de una cantidad aproximada, sino con la de la cuantía exacta de la condena, no en vano el propio precepto permite la subsanación de la insuficiencia de la misma y en la medida en la que dicha cantidad exige de operaciones individualizadas, que sin duda requerirán del trámite incidental previsto en el artículo 247 de la citada ley, trámite que no se contempla a efectos de consignación, debemos concluir que la decisión de tener por no preparado el recurso no se ajusta a las exigencias legales.

Esta doctrina se reitera en la STS de 9 de septiembre de 2020 (rec. 13/2018).

Cabe concluir que el cumplimiento por parte de la sentencia de condena de los requisitos necesarios para su ejecución individual no supone necesariamente que la misma contenga la cuantificación necesaria para que sea exigible la consignación y serán excepcionales los supuestos en los que así suceda en la práctica.

- Los principales problemas en esta materia se han planteado respecto a los conceptos que debe comprender la consignación en los casos en los que la empresa recurre en suplicación la sentencia en la que el juzgado de lo social declara el despido nulo o improcedente.

Tras la modificación del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 110.1 de la LRJS por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirmada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de la misma denominación, que afecta al despido improcedente, cabe distinguir:

- Despido declarado nulo. Cuando la sentencia declara nulo el despido, con la consiguiente condena a la empresa a la inmediata readmisión de la persona trabajadora, la consignación solo se referirá, como resulta de los artículos 113 de la LRJS y 55.6 del ET, a los salarios de tramitación.
- Despido declarado improcedente, con opción de la empresa. Cuando la sentencia declara el despido improcedente y corresponde a la empresa recurrente la opción entre readmisión e indemnización por tratarse de una persona trabajadora común (arts. 110.1 LRJS y 56.1 y 2 ET), se cuestionó si el importe de la indemnización tenía que consignarse en ambos casos o si ello era innecesario cuando se optaba por la readmisión; entendiéndose el TC que la opción por la readmisión no libera a la empresa de consignar o asegurar la indemnización alternativa.

Así, en la STC 90/1983, de 7 de noviembre, se afirma que la finalidad de la consignación como medida cautelar para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia también tiene sentido en el caso en que la empresa opte por la readmisión, ya que «la garantía de la ejecución de la sentencia comprende la de todas las incidencias que puedan producirse en tal ejecución» y entre ellas las derivadas de la no readmisión o de readmisión irregular, en cuyo caso la persona trabajadora podrá solicitar la ejecución del fallo, que dará lugar al abono de la correspondiente indemnización, y respecto de esta ejecución «resulta clara que el depósito del importe de la indemnización cumple una función cautelar». La STC 176/2016, de 17 de octubre, confirma esta doctrina.

Respecto a la consignación de los salarios de tramitación, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirmada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de la misma denominación, únicamente deberá

realizarse cuando la empresa opta por la readmisión. Ello es así porque, como se afirma en la citada STC 176/2016, de 17 de octubre, «cuando el empresario opta por el pago de la indemnización, exigir la consignación de los salarios de tramitación para recurrir en suplicación no constituye una medida cautelar para garantizar la ejecución de la sentencia», puesto que la empresa no puede modificar su opción una vez recaída la sentencia que resuelve el recurso de suplicación ni el tribunal puede apreciar de oficio la nulidad del despido.

- Despido declarado improcedente, con opción de la persona trabajadora. Por último, cuando la sentencia declara el despido improcedente y la opción corresponde a la persona trabajadora por ser representante legal o sindical (arts. 110.2 LRJS y 56.4 ET), si esta opta por la indemnización, la empresa recurrente deberá consignarla; mientras que si opta por la readmisión, únicamente deberán consignarse los salarios de tramitación, entendiéndose en este caso el TC en la Sentencia 142/1985, de 23 de octubre, que, dado el régimen singular que establece el ET, de acuerdo con el cual si la persona trabajadora opta por la readmisión la misma tendrá carácter obligatorio, «la consignación del importe de la indemnización no es una medida que, en el supuesto al que se refiere el presente amparo, garantice la ejecución de la sentencia, pues no cabe indemnizar». Añade, por ello, que «eliminada la condena a la que sirve por razones cautelares la consignación, lo que sucede tan pronto como el representante consume su opción por la reincorporación –momento en el que el pago de indemnización a metálico pierde *ex lege* su virtualidad como condena alternativa–, decae la exigencia misma de consignar, que deviene un requisito procesal vacío de contenido».
- En cuanto a si es necesario consignar para recurrir en casación para unificación de doctrina, así lo dispone el artículo 230.1 de la LRJS:

Quando la condena se haya efectuado por primera vez en la sentencia de suplicación, o se haya incrementado en la misma la cuantía previamente reconocida en la sentencia de instancia, la consignación o aseguramiento regulados en el presente artículo se efectuarán por primera vez, o se complementarán en la medida correspondiente, al preparar el recurso de casación.

- Por último, como regla general no es necesario consignar en el recurso de suplicación contra autos. No obstante, como novedad frente a la regulación contenida en la LPL, el artículo 245 de la LRJS, si bien dispone que no es necesario efectuar consignaciones para recurrir los autos dictados en ejecución, al carecer el recurso de efectos suspensivos, por lo que exigir la consignación supondría la existencia de una dualidad de garantías, exceptúa el auto resolutorio del incidente de no readmisión:

[...] de no existir en la ejecución en el momento del anuncio o de la preparación, embargo actual y suficiente de bienes o derechos realizables en el acto o ingreso de cantidades en la cuenta del juzgado para atender al importe objeto de la ejecución. La entrega de cantidades podrá demorarse, en todo o en parte, motivadamente hasta la firmeza de la resolución impugnada.

6. Modalidades de aseguramiento

La LPL de 1980, al igual que los anteriores textos legales reguladores de esta materia, recogió la consignación en metálico como única modalidad de aseguramiento del importe de la condena. No obstante, el TC, en la ya citada Sentencia 3/1983, de 25 de enero, que declaró la constitucionalidad de esta carga, reconoció que determinados aspectos de su regulación la convertían en gravosa, en especial la exigencia de que se hiciera necesariamente en metálico y dentro del breve plazo fijado por la ley, afirmando que «en determinados supuestos excepcionales, la plena adecuación al derecho constitucional puede exigir una mayor flexibilidad en la aplicación de la norma reguladora de esta carga». Por ello, se manifestó a favor de una reforma legislativa «que evitase la imposibilidad del recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez –a través, en este último supuesto, de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica–, aval bancario, depósito de valores» y, en tanto no se produjese, señaló que los tribunales deberían efectuar:

[...] una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el artículo 24 CE y con el contenido del art. 3 CC y especialmente ponderando el art. 119 CE que [...] por su generalidad y amplitud acoge entre otras posibles soluciones la aceptación de medidas que puedan ser distintas a la estricta y gravosa consignación en metálico, cuando no existe una posibilidad material de efectuarla o suponga un grave quebranto, aceptando medios sustitutivos menos estrictos y suficientemente garantizadores de la ejecución posterior de la sentencia en favor de los trabajadores.

A pesar de las críticas doctrinales que originó esta sentencia, llegando incluso a afirmar que el TC no está interpretando nada, sino que lisa y llanamente está legislando, lo que excede del ámbito de sus atribuciones (Vegas Torres, 1988, p. 232)¹⁰, a la misma siguieron una serie de pronunciamientos dictados en amparo en los que el Alto Tribunal sentó la doctrina de que:

¹⁰ No se logró la unanimidad en esta sentencia, siendo ilustrativo el voto particular elaborado por el magistrado Arozamena Sierra, quien, por entender que la modalidad única de consignación podía obstaculizar el derecho al recurso de casación o suplicación, era partidario de tratar el tema mediante soluciones generales y no mediante la recomendación o imposición de cánones o criterios interpretativos.

[...] sobre el empresario recae la prueba que pueda permitir este tratamiento excepcional sobre la consignación y el ofrecimiento en el momento de hacerlo al órgano jurisdiccional de medios alternativos de consignación segura [STC 9/1983, de 21 de febrero], [correspondiendo a este] la debida valoración de la especificidad del supuesto de hecho y la determinación de la solución concreta que garantice a la vez los dos derechos enfrentados: de un lado, la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa en nueva instancia en el recurso de suplicación, y de otro, la posterior ejecución de la sentencia en el caso de que prospere (*sic*) el recurso [STC 100/1983, de 18 de noviembre].

Estos pronunciamientos sobre la posibilidad de utilizar medios alternativos fueron tenidos en cuenta por la Ley de bases de procedimiento laboral, que dispuso en su base 36.2 que «los avales bancarios constituirán garantía suficiente para recurrir» y, de conformidad con ello, el artículo 227 de la LPL de 1990 y el artículo 228 de la LPL de 1995 permitieron –como se adelantó– que la consignación en metálico del importe de la condena pueda sustituirse por el «aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista».

Se admite, por tanto, una segunda modalidad de aseguramiento sin que, además, su utilización se condicione a la acreditación de iliquidez o de falta de medios, pudiendo la parte recurrente optar libremente entre la consignación en metálico o el aseguramiento mediante aval bancario solidario (Goerlich Peset, 2004, p. 465; Montero Aroca, 1993, p. 1.283; Sempere Navarro, 1998, p. 345). Lo anterior debía significar que el poder legislativo, dentro de los medios posibles de sustitución de la consignación estricta y en uso de su discrecionalidad política, había estimado que el único medio garantizador de las finalidades de la consignación era el aval bancario solidario, de manera que todos los demás medios quedaban de modo implícito descartados (Montero Aroca, 1994, p. 387), siendo esta la opinión dominante en la doctrina, puesto que, ante la limitación del texto legal y la inseguridad o dificultades que conllevan otros medios de aseguramiento como la hipoteca, la prenda, los valores públicos o acciones o la fianza personal de una tercera persona, lo lógico era entender que se concretaran las garantías admisibles en las dos previstas expresamente, eliminando las demás (Moliner Tamborero, 1991, p. 82). A pesar de ello, el TC, al abordar nuevamente el problema en la Sentencia 30/1994, de 27 de enero, admitió una tercera modalidad de aseguramiento consistente en la hipoteca unilateral, concediendo el amparo frente a las decisiones de los tribunales ordinarios que rechazaron esta garantía, por entender que aquellas se basaron «en razones estrictamente formalistas contrarias a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva». Con todo, el problema reside en determinar si la hipoteca cumple las finalidades de la consignación y, en concreto, la primordial de ellas que no es otra que garantizar la ejecución de la sentencia. Así lo entiende el TC, para el que «a efectos de la consignación no puede considerarse inadecuado un instrumento de garantía del pago que hubiera resultado admisible en fase de ejecución». No obstante, como puso de manifiesto Montero Aroca, no se trata solo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de hacerlo fácil e

inmediatamente (1994, pp. 392-393)¹¹, como sucede con la consignación en metálico y el aval, los cuales evitan toda la tramitación del proceso de ejecución por obligaciones dinerarias, lo que no ocurre con la hipoteca; a lo que añadimos nosotros el problema de la difícil valoración de los bienes y del resultado incierto de las subastas que deberán realizarse en la ejecución. Además, como advierte el citado autor, la hipoteca tampoco facilita la ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de cantidades.

Finalmente, el TC dio marcha atrás en la Sentencia 64/2000, de 13 de marzo, afirmando que el caso contemplado en la STC 30/1994, de 27 de enero, era «límite y excepcional» y que «obviamente, la liquidez de la garantía se pierde si se sustituye por una garantía real, cuya realización ulterior imponga la dilación de un inevitable trámite de ejecución y al tiempo de inseguridad añadida sobre la eventual devaluación de los bienes». Por todo ello, concluye que:

[...] el sistema legal justificable constitucionalmente, según nuestra doctrina, como medio de compensación de la desigualdad originaria entre trabajador y empresario (STC 3/1983, de 25 de enero), se distorsiona notablemente aceptando medios de garantía, como la garantía real, que no cumplen en su totalidad la finalidad perseguida por aquel¹².

Más recientemente, el TC se pronuncia en el mismo sentido respecto a una empresa en situación preconcursal, rechazando la STC 173/2016, de 17 de octubre, como medio sustitutivo la escritura de hipoteca inmobiliaria unilateral.

La LRJS, manteniendo las dos modalidades de aseguramiento, endurece las condiciones del aval, al exigir el artículo 230.1, reproduciendo los términos del artículo 449.5 de la LEC, que se trate de un «aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento»¹³, aunque en términos más restrictivos, ya que exige que sea prestado por entidad de crédito excluyendo a las sociedades de garantía recíproca¹⁴ sin contemplar tampoco la referencia a «cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada o depositada», contenida en el precepto procesal civil.

¹¹ El propio TC, en la Sentencia 99/1989, de 5 de junio, reconoce que la finalidad de la consignación «no es simplemente la de garantizar la ejecución de la sentencia sino más propiamente la de asegurar su "inmediata" ejecución».

¹² El TC acoge esta doctrina en el Auto 3721/2001, de 20 de febrero.

¹³ El ATS de 23 de julio de 2013 (rec. 135/2012) especifica que no es exigible la intervención de fedatario público respecto del aval.

¹⁴ El ATS de 24 de julio de 2013 (rec. 109/2013) declara que el aval de garantía recíproca no es alternativa válida a los efectos de cumplimiento del requisito del artículo 230.1 de la LRJS, no obstante, en virtud del principio *pro actione* concede a la empresa recurrente el plazo pendiente de una audiencia para su cumplimiento.

Las sucesivas crisis económicas han acentuado el problema del acceso al recurso de suplicación por parte de las empresas en situación concursal a las que, como ya hemos puesto de manifiesto, alcanza la obligación de consignar (STS de 25 de noviembre de 2014, citada) y que, ante las dificultades para disponer del importe de la condena y para obtener un aval bancario, han intentado ofrecer otro medio de aseguramiento: la certificación de la Administración concursal reconociendo a las cantidades objeto de condena como créditos contingentes en el procedimiento concursal. El TC ha confirmado la doctrina jurisprudencial que rechaza esta forma de cumplimiento del requisito de la consignación. Así, la ya citada STC (Pleno) 166/2016, de 6 de octubre, declara que no puede tildarse de irrazonable, arbitraria o incurra en error patente y, por tanto, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso la decisión judicial de no tramitar el recurso de suplicación por incumplimiento en estos casos de la obligación de consignar el importe de la condena al no considerar válida esta fórmula. Tras recordar los pronunciamientos en los que ha flexibilizado la interpretación de este requisito, señala que en este caso:

[...] lo que defiende la recurrente no es propiamente la flexibilización de los medios legales de consignación de la cantidad objeto de condena a cambio de garantías de pago que por su naturaleza puedan estimarse suficientes para, en su caso, llevar a cabo con éxito e inmediatez el cobro del total íntegro de la indemnización. Por el contrario, lo que la recurrente pide es que se acepte como sustitutivo de la consignación el mero reconocimiento por los administradores concursales de que, en el marco del concurso, las cantidades a que había sido condenada la entidad constituyen «créditos contingentes sin cuantía propia con la calificación de ordinarios». Esta condición atribuida a las referidas cantidades ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 87.3 de la Ley concursal 22/2003¹⁵, en el que se indica que «los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio», si bien, con «suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro». En realidad, pues, en este supuesto no se ofrece una garantía alternativa a la consignación en los términos exigidos por los pronunciamientos constitucionales antes referidos, sino solo la certificación de que las cantidades objeto de condena en la sentencia del juzgado habían sido reconocidas como créditos contingentes en el concurso, con la consiguiente sujeción a las reglas de la Ley concursal y, en su caso, al orden de preferencia en el pago que legalmente resulte.

En definitiva, como pone de manifiesto Ríos Mestre (2017, p. 149), esta decisión del Pleno del TC se presenta como un *continuum*, ya que ratifica y reitera la ya consolidada doctrina sobre la constitucionalidad de los preceptos de las diversas LPL o de la LRJS sobre la consignación para recurrir.

¹⁵ Artículos 261.3 y 4 y 262 del TRLC, en los que se recogen separadamente los créditos sometidos a condición suspensiva y los créditos litigiosos, aunque estos últimos seguirán el mismo régimen que los primeros.

7. Acreditación de la consignación

Conforme al artículo 230.1 de la LRJS, la consignación en metálico deberá realizarse en la entidad de crédito designada por el Ministerio de Justicia y en la «cuenta de depósitos y consignaciones» abierta a nombre del juzgado de instancia, debiendo la parte recurrente presentar en el juzgado *a quo* el resguardo acreditativo de dicha consignación, que quedará bajo la custodia del letrado/a de la Administración de Justicia, que expedirá testimonio del mismo para su unión a los autos, facilitando el oportuno recibo. Mientras que, si el aseguramiento se ha realizado mediante aval bancario, será el documento acreditativo del mismo el que se entregará en el juzgado, quedando igualmente bajo la custodia del letrado/a de la Administración de Justicia, uniéndose testimonio a los autos y otorgándose a la parte recurrente el correspondiente recibo.

En cuanto al momento de la acreditación, el apartado 3 del artículo 230 de la LRJS exige que sea al anunciar el recurso y solo si el anuncio se hubiera realizado por medio de mera manifestación en el momento de la notificación de la sentencia permite efectuarlo hasta la expiración del plazo establecido para el mismo, debiendo acreditarlo dentro del mismo plazo ante la oficina judicial, cuando lo lógico sería aplicar en todo caso esta regla flexibilizadora. Así lo ha entendido finalmente la STS de 12 de septiembre de 2018 (rec. 607/2017), que, armonizando posiciones discrepantes, frente a una interpretación restrictiva del artículo 45.1 de la LRJS que únicamente permite aplicar al anuncio del recurso de suplicación la posibilidad de presentar escritos sujetos a plazo hasta las 15:00 horas del día posterior al último del plazo habilitado al efecto, admite, en aplicación del principio *pro actione*, que la obligación de consignar el importe de la condena (requisito imprescindible pero accesorio) pueda llevarse a cabo dentro del plazo procesal fijado para el requisito principal (anuncio del recurso).

8. Destino de la consignación

Dado que la finalidad primordial de la consignación consiste en garantizar la ejecución de la sentencia, el destino de esta está ligado al resultado del recurso. La LRJS distingue las siguientes posibilidades:

- si la sala de suplicación revoca totalmente la sentencia de instancia, el fallo dispondrá «la devolución de todas las consignaciones [...] y la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia» (art. 203.1 LRJS);
- si la sala estima parcialmente el recurso, condenando a una cantidad inferior a la de la resolución recurrida, el fallo dispondrá «la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia» (art. 203.2 LRJS);

- si la sala confirma la sentencia y la parte recurrente ha consignado en metálico, el fallo condenará «a la pérdida de las consignaciones, a las que se dará el destino correspondiente cuando la sentencia sea firme» (art. 204.1 LRJS), que no es otro que atender a la ejecución. Mientras que, si quien recurre hubiera asegurado mediante aval bancario el importe de la condena, «mandará la Sala en su fallo confirmatorio que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la sentencia resuelva la realización de dichos aseguramientos» (art. 204.3 LRJS).

La determinación del orden jurisdiccional competente para la entrega a la persona trabajadora de la cantidad consignada, así como para la ejecución del aval presentado para recurrir en suplicación, cuando durante la tramitación del recurso la empresa es declarada en concurso de acreedores, ha sido resuelta en favor del orden social por las SSTs de 11 de diciembre de 2012 (recs. 440/2012 y 782/2012), con doctrina reiterada en la Sentencia de 14 de octubre de 2013 (rec. 2668/2012), atendiendo a la *ratio legis* del artículo 230 de la LRJS y mediante una interpretación en sentido técnico-jurídico del término «ejecución» empleado en los artículos 8.3 y 55 de la LC¹⁶ y artículo 237.5 y disposición adicional tercera de la LRJS:

Lo que tales preceptos imponen, y debe aplicarse declinando la competencia del orden social, es, como dice el propio artículo 55 de dicha ley, «iniciar» «ejecuciones singulares», pero no entregar una cantidad que había salido del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso.

La LRJS, al igual que la LPL, no regula el destino de la consignación o aval prestado en el caso previsto en el artículo 202.1 de la LRJS, es decir, cuando, por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, la sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, manda reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción. En este caso debe devolverse la consignación o dejarse sin efecto los aseguramientos prestados, ya que, al no existir un recurso que proveer, no es posible la exigencia o mantenimiento de tales garantías; lo contrario sería un gravamen para una de las partes no previsto por la ley y además posiblemente supondría una especie de predeterminación del fallo tácita (Rodríguez Ojeda, 1998, p. 478).

Tampoco contempla la LRJS la suerte de la consignación o del aval prestado en el supuesto de inadmisión del anuncio del recurso de suplicación por el juzgado *a quo* por no concurrir los presupuestos del mismo o por no haber cumplido la parte recurrente sus requisitos. Entendemos que, una vez firme el auto de inadmisión, habrá de aplicarse la misma solución que el artículo 200 de la LRJS contempla para el auto dictado por la sala *ad quem* en el trámite de inadmisión del recurso. La LRJS amplía el ámbito de este trámite,

¹⁶ Artículos 53 y 142 del TRLC, respectivamente.

extendiéndolo al incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir. El auto estimatorio, como ya estableciera la LPL respecto de la inadmisión por razones de fondo, al existir doctrina jurisprudencial unificada del TS en el mismo sentido que la sentencia recurrida, dispondrá que se dé a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, que, como ya se ha puesto de manifiesto, es atender a la ejecución. Y ello sin perjuicio de que, dado que este trámite no suele utilizarse en la práctica judicial, será en la sentencia donde se aprecie la improcedencia del recurso o el incumplimiento de los requisitos para recurrir, de manera que la causa de inadmisión se convertirá en causa de desestimación del recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 204.1 y 3 de la LRJS.

9. Tratamiento procesal de la consignación

Aunque el artículo 230.5 de la LRJS residencia el control del cumplimiento del requisito de consignación del importe de la condena en el momento del anuncio del recurso, en la regulación de la suplicación existen diversos controles del cumplimiento del mismo, consecuencia obligada de la regulación tanto de los presupuestos como de los requisitos de los recursos por normas de orden público procesal, de modo que el examen de su concurrencia puede realizarse tanto de oficio como a instancia de parte. Así, la STC 109/1992, de 14 de septiembre, señala que:

[...] un órgano judicial puede no pronunciarse por vía de recurso sobre el fondo del asunto si entiende que concurre la ausencia de un presupuesto o requisito procesal, bien haya planteado dicha ausencia la parte que impugna, bien la aprecie *ex officio* en tanto que guardián del orden público procesal de cuya naturaleza participan las circunstancias de acceso a los recursos.

La importancia de esta materia ha sido destacada por el TC, que ha calificado la procedencia y admisibilidad del recurso como «tema central de orden público procesal, sobre el que descansa la existencia misma del procedimiento y la solución material que pueda darse al litigio» (STC 279/1993, de 27 de septiembre).

Ha resaltado también el Alto Tribunal la relevancia constitucional de esta cuestión: dado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a los recursos legalmente establecidos (entre otras muchas, STC 209/1996, de 17 de diciembre), la admisión de un recurso que legalmente no procede puede infringir el artículo 24.1 de la CE cuando en vía de recurso se deniegan derechos reconocidos en la instancia, pues:

[...] del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse por vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le

ha otorgado en el caso concreto (STC 187/1989, de 13 de noviembre). Ello vulneraría, además, el derecho de la parte contraria a que adquiera firmeza una resolución judicial favorable (STC 221/1994, de 18 de julio).

Así pues, aunque se desarrollan ante el juzgado *a quo* las fases de preparación e interposición del recurso de suplicación, así como, dentro de la fase de sustanciación, la presentación del escrito de impugnación, encomendándose al mismo un primer control de la procedencia y admisibilidad del recurso (arts. 193 a 198 y 230.5 y 6 LRJS), al tratarse de un tema de orden público procesal, las facultades superiores de decisión corresponden a la sala *ad quem* (STC 113/1990, de 18 de junio), sin que esté vinculada por las decisiones que haya adoptado en esta materia el órgano judicial inferior cuya resolución es objeto de recurso.

Cabe sistematizar estos diversos controles, específicamente respecto del requisito de la consignación del importe de la condena, de la siguiente forma:

En la fase de preparación del recurso, el juzgado *a quo* debe comprobar la concurrencia de los presupuestos de la suplicación y de los requisitos del anuncio, con la posibilidad de que el letrado/a de la Administración de Justicia conceda un plazo de 5 días para la subsanación de los defectos advertidos (art. 230.5 LRJS). Ante la falta de un presupuesto del recurso o de un requisito del anuncio insubsanable o no subsanado dentro de plazo, el juzgado deberá dictar auto teniendo por no anunciado el recurso y declarando la firmeza de la resolución recurrida, contra el que cabe queja ante la sala *ad quem* (art. 230.4 y 6 LRJS). Así, recogiendo la regla general mantenida tanto por el TC como por el TS, el artículo 230.4 de la LRJS considera insubsanable la completa omisión de la consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de la condena; por el contrario, el apartado 5 del citado precepto declara subsanable tanto la «insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados» como la «falta de aportación, en el momento del anuncio [...] de los justificantes de la consignación o del aseguramiento, siempre que el requisito se hubiera cumplimentado dentro del plazo de anuncio».

La STS de 3 de julio de 2012 (rec. 3490/2011) señala que:

[...] la línea divisoria entre requisito subsanable que conduce al trámite de admisión de un recurso, y el acuerdo judicial de tener por no preparado el recurso por haberse infringido el deber de consignar o de asegurar la cantidad objeto de condena, estará en la distinción de que una cosa es el total incumplimiento del deber de consignar, por la voluntad del recurrente de alzarse de su deber de consignar o por la falta de la más elemental diligencia, y otra la insuficiencia de la consignación por error del recurrente¹⁷.

¹⁷ Cita esta sentencia la de la propia sala de noviembre de 2008 (rec. 3287/2007), en la que se afirma que:

No obstante, reviste especial interés la STS de 19 de diciembre de 2007 (rec. 169/2006), en la que se recuerda que esta regla general admite excepciones en la doctrina constitucional, siendo numerosos los pronunciamientos del Alto Tribunal en los que esta manifiesta que la obligación de consignar «ha de hacerse valer por los juzgadores de un modo proporcionado y atento, entre otras consideraciones, a las diferentes circunstancias en que los recurrentes puedan hallarse», y por eso esta obligación o carga «habrá de exigirse con criterios de flexibilidad» (entre otras, las SSTC 162/1986, de 17 de diciembre, 176/1990, de 12 de noviembre, y 30/1994, de 27 de enero). Precisa la sala que:

[...] estos criterios de flexibilidad y proporción no eliminan ni destruyen la regla general antedicha de que la falta completa de consignación es insubsanable, pero sí permiten alguna excepción a la misma, en determinados supuestos, muy contados y limitados, en los que, por las muy particulares circunstancias en ellos concurrentes, de no admitirse la subsanación de la falta de consignación, se vulneraría claramente el art. 24.1 CE¹⁸.

Superados los trámites del anuncio y de la interposición del recurso, el traslado del escrito en el que se formaliza este último a la parte recurrida le permite, conforme al artículo 197.2 de la LRJS –que como novedad regula expresamente los posibles contenidos del escrito de impugnación del recurso, del que nos hemos ocupado ampliamente en otro lugar–, alegar en este la inadmisibilidad del recurso por incumplimiento del requisito de la consignación (Artacho Martín-Lagos, 2019, pp. 24-25).

Con carácter general, la condena que se impone en una sentencia al pago de diversos conceptos es siempre única –de «condena» y no de «condenas» hablan los arts. 193 y 228 LPL– y por la cantidad total, cualquiera que sea el número y el origen de las partidas que la integran. Y es ese importe total de la «cantidad objeto de la condena», sin necesidad de más individualización, el que debe ser objeto de una única consignación para cumplir con las exigencias del precepto procesal. Siendo esa la regla general pacíficamente aceptada (no conoce esta sala ninguna decisión de un órgano judicial que frente a una condena al pago de diversas cantidades –por ejemplo, pagas extras, salarios atrasados y liquidación final– haya rechazado de plano y sin abrir trámite de subsanación un recurso por haberse dejado de consignar una de ellas), no hay razón alguna para exceptuarla en los procesos de despido, en los que también se produce una única condena al pago de cantidad que, junto a la indemnización sustitutiva de la readmisión, «comprenderá también» en expresión del art. 110 LPL los salarios de tramitación.

¹⁸ Así sucede en el caso examinado, en el que la sentencia recurrida en suplicación no contiene advertencia alguna sobre la necesidad de llevar a cabo la consignación de la cantidad objeto de la condena para interponer válidamente recurso contra ella, lo que unido a que el fallo de tal sentencia no determina la cantidad a cuyo pago se condena y además los criterios que fija a tal respecto son muy poco claros, pudo perfectamente inducir a la compañía a entender que no era posible efectuar tal consignación en el momento de anunciar el recurso. Por ello, concluye la sala que «de acuerdo con la doctrina que recoge la STC 172/1985, de 16 de diciembre, deba considerarse válida y conforme a derecho la subsanación de la falta de la citada consignación, que dispuso el juzgado de instancia». Una aplicación reciente de esta doctrina flexibilizadora puede verse en la STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2018, ya citada.

Cabe plantearse si es necesario que la parte recurrida impugne en reposición la admisión del anuncio del recurso de suplicación por el letrado/a de la Administración de Justicia del juzgado *a quo* como requisito necesario para poder alegar posteriormente la inadmisibilidad del recurso en el escrito de impugnación. No hay previsión al respecto en la regulación de estos trámites, pero así podría deducirse de lo dispuesto con carácter general en el apartado 1 del artículo 186 de la LRJS conforme al cual: «Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión»; lo que no sucede en este caso. La solución que nos parece más adecuada la encontramos, aunque únicamente respecto de la preparación del recurso, en la regulación del recurso de casación. Así, el apartado 1 del artículo 209 de la LRJS dispone que:

Cumplidos los requisitos establecidos para recurrir, el secretario judicial tendrá por preparado el recurso de casación. Contra esta resolución la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a la admisión del recurso de casación en el trámite previsto en el apartado 1 del artículo 211 de esta ley,

es decir, en la impugnación del recurso. Por su parte, la LEC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que suprimió la fase de preparación en los recursos devolutivos del orden jurisdiccional civil, contiene una regla semejante, pero respecto de la interposición de los mismos. Así, el artículo 458.3 de la LEC establece que:

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso al que se refiere el artículo 461 de esta ley,

equivalente en este recurso, aunque con las importantes matizaciones que hemos resaltado en otro lugar, a la impugnación del recurso de suplicación, y el artículo 479.2 de la LEC se manifiesta en los mismos términos respecto al recurso de casación. Propugnamos (Artacho Martín-Lagos, 2019, pp. 18-19) una mejora de la técnica legislativa en la regulación de los recursos y una armonización de los criterios legales, de manera que estas soluciones se incorporen tanto a los artículos 195.1 y 197.1 de la LRJS (admisión del anuncio y del escrito de interposición del recurso de suplicación, respectivamente) como al artículo 211 de la misma norma (admisión del escrito de formalización del recurso de casación).

Elevados los autos a la sala *ad quem*, esta deberá supervisar el control de los presupuestos y requisitos del recurso realizado por el juzgado *a quo*, para lo que deberá tener en cuenta las alegaciones realizadas al respecto, en su caso, por la parte recurrida en el escrito de impugnación. En este momento, además de poder abrir el letrado/a de la Administración de Justicia un nuevo trámite para subsanar los defectos en materia de consignación no advertidos por el juzgado *a quo* (art. 199 LRJS), dictando la sala auto de inadmisión si

no se subsanan en plazo, la misma podrá abrir el trámite de inadmisión por defectos insubsanables que ya contempla expresamente el artículo 200 de la LRJS y decretar por auto la terminación del recurso por falta de presupuestos o por requisitos insubsanables o no subsanados, en este caso por la completa omisión de la obligación de consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de la condena. Finalmente, dado que –como ya se ha puesto de manifiesto– en la práctica no suele abrirse este trámite, normalmente será en la sentencia donde la sala *ad quem* apreciará la existencia de esta causa de inadmisión del recurso que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación.

10. Conclusiones

La consignación del importe de la condena, institución específica del orden jurisdiccional social, pertenece a la categoría de los requisitos de admisibilidad del recurso de suplicación, al tratarse de una circunstancia coetánea al acto del recurso de cuyo cumplimiento por la parte recurrente depende su eficacia y admisión. Las dudas sobre su ajuste a los parámetros constitucionales, tanto respecto al derecho a la igualdad ante la ley –al exigirse exclusivamente la consignación a la empresa y no a la persona trabajadora– como al derecho a la tutela judicial efectiva –ya que la consignación actúa como requisito para la admisión del anuncio del recurso, siendo, por ello, un límite al derecho a recurrir–, han sido resueltas afirmativamente por el TC en atención a las finalidades que justifican su exigencia. A pesar de ello, en el plano de la legalidad ordinaria, en el que se ubican las modalidades de aseguramiento, debería abordarse el problema, acentuado por las sucesivas crisis económicas, de las empresas en situación de concurso, que carecen de alternativas para acceder al recurso de suplicación.

También debería simplificarse el control del cumplimiento del requisito de la consignación, especialmente complejo, puesto que –aunque al tratarse de un tema de orden público procesal, las facultades superiores de decisión corresponden a la sala *ad quem*– en todas y cada una de las fases del recurso de suplicación es posible apreciar su falta, conllevando esta duplicidad de controles –no ya del cumplimiento del deber de consignar, sino del conjunto de presupuestos y requisitos del recurso– que su esquema procedimental sea contrario a la economía procesal. Precisamente estas razones de agilización de trámites y de economía procesal están en la base de las sucesivas reformas de los recursos devolutivos del orden jurisdiccional civil, que deberían adoptarse como modelo: desde la supresión del trámite de preparación ante el órgano *a quo* por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, hasta la proyectada atribución de la fase de interposición del recurso de apelación al órgano *ad quem* en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2020)¹⁹ que, no obstante, carece de medidas de agilización de los recursos devolutivos del orden jurisdiccional social, aunque la necesidad de las mismas es tan evidente como en el orden civil.

¹⁹ Modificación del artículo 458 de la LEC por el artículo 18.Sesenta y nueve del título II del anteproyecto.

Referencias bibliográficas

- Armiño Rodríguez, Javier Alonso de. (2012). La (in)constitucionalidad del deber de consignación del art. 230 LRJS en empresas concursadas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 851, 5.
- Artacho Martín-Lagos, Marta María. (2003). *El derecho al recurso de suplicación: procedencia y admisibilidad*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Artacho Martín-Lagos, Marta María. (2019). La nueva configuración de la impugnación del recurso de suplicación. *Revista General de Derecho Procesal*, 49.
- Barrio Calle, María Asunción. (2012). El recurso de suplicación en la Ley reguladora de la jurisdicción social. *Revista de Información Laboral*, 7, 20-41.
- Butrón Baliña, Pedro M. (1998). Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 6, 2.344-2.350.
- Goerlich Peset, José María. (2004). Tercera parte. Los medios de impugnación. En Mónica Albiol Ortuño, Carlos L. Alfonso Mellado, Ángel Blasco Pellicer y José María Goerlich Peset (Auts.), *Derecho procesal laboral* (6.ª ed.) (pp. 402-538). Tirant lo Blanch.
- Moliner Tamborero, Gonzalo. (1991). *El recurso laboral de suplicación*. Ediciones Deusto.
- Molins García-Atance, Juan. (2010). Desnudando la suplicación. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 7-8(3), 65-79.
- Montero Aroca, Juan. (1993). Libro III. De los medios de impugnación. En Juan Montero Aroca, Manuel Iglesias Cabero, José María Marín Correa y Mariano Sampedro Corral (Auts.), *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral (II)* (pp. 1.023-1.315). Civitas.
- Montero Aroca, Juan. (1994). La consignación del importe de la condena y el derecho a los recursos devolutivos en el proceso laboral. *Actualidad Laboral*, 2, 385-394.
- Ordeig Fos, José María. (1992). Recurso de suplicación: puntos críticos. *Actualidad Laboral*, 2, 497-514.
- Ríos Mestre, José María. (2017). *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*. Bomarzo.
- Rodríguez Ojeda, Juan José. (1998). Pronunciamientos accesorios de las sentencias recaídas en los recursos de suplicación y casación: costas judiciales y destino de los depósitos y consignaciones como ineludibles disposiciones comunes a ambos recursos. *Actualidad Laboral*, 2, 471-478.
- Sanjuán y Muñoz, Enrique. (2013). La consignación en recursos laborales en el supuesto de concurso de acreedores de la recurrente. *Diario La Ley*, 7998.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (1998). Parte III. Los recursos en el proceso laboral. En Alfredo Montoya Melgar, Jesús María Galiana Moreno, Antonio Vicente Sempere Navarro y Bartolomé Ríos Salmerón (Auts.), *Curso de procedimiento laboral* (5.ª ed.) (pp. 191-359). Tecnos.
- Vegas Torres, Jaime. (1988). Sobre el requisito de consignación del importe de la condena para recurrir en el orden laboral. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 34, 219-236.

De la nueva crisis de «personas refugiadas» a la crisis mundial de provisión de «mano de obra»: las políticas migratorias como solución o problema para los riesgos sociales globales

Margarita Miñarro Yanini

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

Universidad Jaume I

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Extracto

El presente análisis examina los principales «temas candentes» relativos a los flujos de personas –inmigración y asilo–. Las barreras al asilo y los problemas que se han venido planteando respecto de las personas menores extranjeras no acompañadas, además de chocar con obligaciones internacionales del mayor rango, examinadas desde un enfoque profundo y alejado de interpretaciones excesivamente elementales, son contraproducentes desde el punto de vista del interés para los Estados de acogida. Asimismo, también resulta simplista la medida de aplicar restricciones a la inmigración con el pretendido objetivo de elevar las condiciones de trabajo y aumentar el crecimiento económico, aplicada por el Gobierno británico, pues es imprescindible para ello la dignificación de las condiciones de empleo y de trabajo, que son presupuesto necesario para la mejora de las condiciones de vida.

Palabras clave: inmigrante; persona refugiada; economía; derechos sociales.

Fecha de entrada: 18-10-2021 / Fecha de aceptación: 18-10-2021 / Fecha de revisión: 27-10-2021

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). De la nueva crisis de «personas refugiadas» a la crisis mundial de provisión de «mano de obra»: las políticas migratorias como solución o problema para los riesgos sociales globales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 121-142.



From the new crisis of "refugees" to the global crisis of provision of "labor": migration policies as a solution or problem for global social risks

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

This study examines the main "hot topics" related to the flow of people –immigration and asylum–. Barriers to asylum and problems with unaccompanied foreign minors, clashing with higher-ranking international obligations and examined from a deep and far-fetched approach, are counterproductive from the point of view of interest to reception. It is also simplistic to apply restrictions to immigration with the aim of raising working conditions and increasing economic growth, as it is essential to dignify employment and working conditions, which are a necessary budget for improvement of living conditions.

Keywords: immigrant; refugee; economy; social rights.

Citation: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). From the new crisis of "refugees" to the global crisis of provision of "labor": migration policies as a solution or problem for global social risks. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 121-142.

Sumario

1. Introducción: nuevos y viejos flujos migratorios hacia España y la Unión Europea
 2. Apremios para una nueva política comunitaria de asilo: entre las razones de la persona (derechos) y las de mercado de acogida (necesidades sociales)
 3. Nuevos flujos migratorios de menores inmigrantes y perspectiva de infancia: lógica de protección versus lógica de control migratorio
 - 3.1. En el tiempo de protección de la minoría de edad: oportunidad para la integración por la capacitación profesional hacia un empleo futuro decente
 - 3.1.1. Ambivalencia del interés superior de la persona menor extracomunitaria no acompañada como principio de gestión: ¿repatriación o integración?
 - 3.1.2. Incorporación en la lógica de protección civil de la integración laboral de las personas menores no acompañadas: el nuevo protagonismo de la FP
 - 3.2. La protección tras la mayoría de edad: la reciente reforma
 4. Políticas inmigratorias y debilidades de los mercados de trabajo y sociedades de bienestar de acogida: repensar la tutela de la situación nacional de empleo
 - 4.1. ¿Competir por bajos salarios o por innovación?: ordenación de los flujos inmigratorios laborales en políticas de mercado de trabajo decente
 - 4.1.1. El Brexit, inesperado experimento confirmatorio del fracaso de las políticas inmigratorias basadas en la importación de «mano de obra barata»
 - 4.1.2. Los desajustes de los mercados de trabajo en España y el resto de Europa: el papel de la nueva política migratoria laboral
 - 4.2. La necesidad de una política inmigratoria correctora de la discriminación múltiple: más allá de las personas empleadas domésticas
 5. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción: nuevos y viejos flujos migratorios hacia España y la Unión Europea

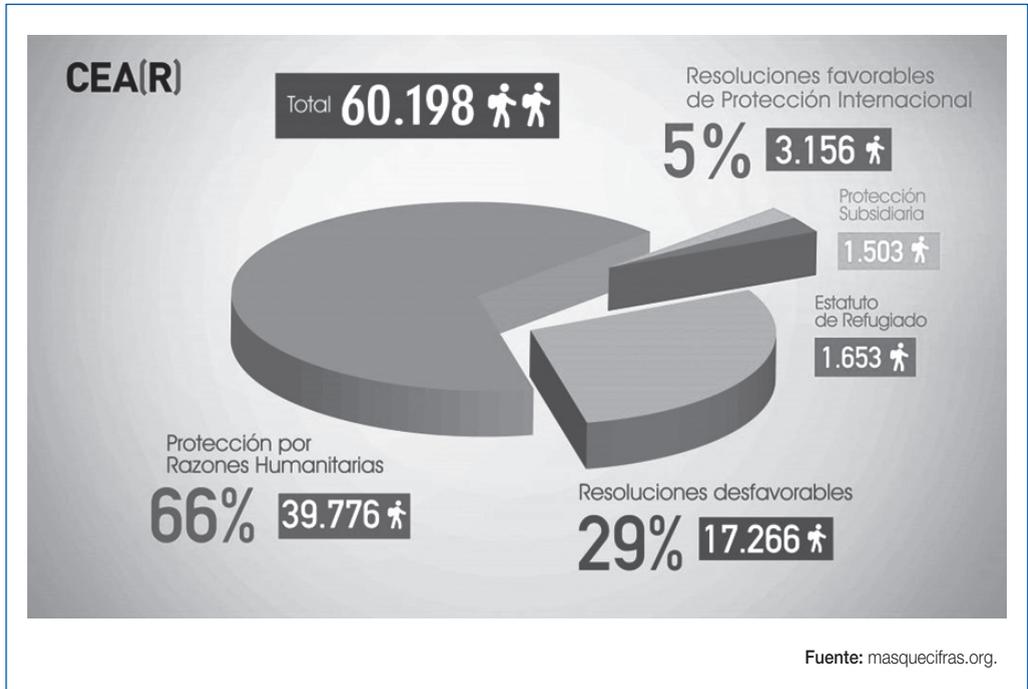
En fechas muy recientes ha adquirido nuevamente actualidad mediática una cuestión relativa a los flujos internacionales de personas que ya ocupó el centro de la escena política internacional el pasado verano: la crisis de personas refugiadas afganas tras el triunfo «talibán» y la apresurada retirada de las tropas internacionales.

A resultas de ello, [230 personas afganas, la mayoría colaboradoras de las tropas españolas en aquel país, y sus familias llegaron a España](#) tras un azaroso periplo, sumándose a las acogidas entre el 17 y el 28 de agosto. Así, unas 1.700 personas de procedencia afgana pretenden adquirir el estatus jurídico-civil y social de persona refugiada ([art. 13.4 Constitución española](#) –CE– y [Ley 12/2009, de 30 de octubre](#), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), a fin de recibir una protección reforzada respecto del mero estatuto de persona inmigrante extranjera ([art. 13.1 CE](#) y [Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –LOEx–).

Quizás con más *marketing* político que realismo, pues España sigue a la cola en la Unión Europea (UE) a la hora de conceder los regímenes de protección internacional y de asilo, como denuncia la Comisión Española de Ayuda al Refugiado ([CEAR](#)), el titular del Ministerio de Seguridad Social, Migraciones e Inclusión Social aseguró que la «capaci-

Quizás con más *marketing* político que realismo se aseguró que la «capacidad de acogida» de España no iba a ser ningún límite en una «causa humanitaria»

dad de acogida» de España no iba a ser ningún límite en una «causa humanitaria». No obstante, en 2019, ante la lentitud del proceso de asilo, casi 40.000 personas recibieron autorización «por razones humanitarias» del [artículo 126 del Real Decreto \(RD\) 557/2011](#), que aprueba el Reglamento de la LOEx –casi todas venezolanas, y de forma residual también de Ucrania, El Salvador, Honduras o Colombia– (*vid.* gráfico). Esta situación, salvando el inevitable lógico efecto de la pandemia, apenas cambió en 2020.

Gráfico. Resoluciones en España de solicitudes de protección internacional (2019)


En consecuencia, el incremento continuado de las solicitudes de protección y asilo en España, solo interrumpido por la pandemia, según el Resumen ejecutivo del informe para 2021 de CEAR (2021, p. 10), no ha ido seguido de una mayor receptividad de la política española para la acogida de estas personas y colectivos en riesgo de vulnerabilidad social, perpetuándose, con un carácter general, los obstáculos institucionales y normativos –como la exigencia de visados de tránsito–. El resultado es la ausencia de vías legales realistas que faciliten el acceso a través de las oficinas consulares y de las embajadas. Esta ausencia de un sistema flexible de vías de migración legal, según el «[Pacto Mundial para las Migraciones](#)» de Naciones Unidas (2018), provoca la «sobresaturación en el sistema de asilo», causando lagunas y contradicciones en el sistema jurídico y políticas¹.

Una de estas contradicciones político-normativas es la persistencia aún de la muy polémica disposición adicional décima de la LOEX,

Una de estas contradicciones político-normativas es la persistencia aún de la muy polémica disposición adicional décima de la LOEX, que permite el «rechazo en frontera» para evitar la entrada ilegal en España

¹ Para esta crítica, *vid.* CEAR, «5 medidas urgentes para las políticas migratorias y de asilo del nuevo Gobierno».

que permite el «rechazo en frontera» para evitar la entrada ilegal en España. Se trata de las coloquialmente denominadas «devoluciones en caliente», tan frecuentes en la frontera sur de España y de la UE, y que fueron cuestionadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional (TC), dándoles cobertura condicionada en el sistema multinivel europeo de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, su legitimidad se hace depender de que se realicen como determinan dichos tribunales². Así, la actuación debe respetar las obligaciones internacionales, en relación con los derechos humanos de las personas inmigrantes extranjeras, en general, y con la protección internacional de las personas refugiadas, en particular, pues la crítica fundamental que se hace al rechazo en frontera es que supone excluir la posibilidad de tutela de las personas merecedoras de protección internacional.

La crisis migratoria de España con Marruecos del mes de mayo, una vez resuelta desde el punto político-diplomático, sigue viva en el plano jurídico, dadas las dudas acerca de si se aplicaron o no «rechazos en frontera» –potestad jurídica– en sentido estricto o «devoluciones en caliente» –actuación *de facto*–. Así, la Fiscalía abrió una investigación, a raíz de la denuncia de la organización no gubernamental Prodein, para dilucidar, mediante diligencias penales, qué sucedió realmente con las personas menores devueltas de forma inmediata cuando ya habían alcanzado la playa del Tarajal, en Ceuta. Marruecos y España se acusaron mutuamente de utilizar de una forma indigna a las personas menores, mercantilizando su condición humana para afrontar problemas políticos, aun con una indudable dimensión económica. A fin de reconducir la cuestión de las personas menores no acompañadas, y sin duda presionados por la UE, que actuó recordando a Marruecos que esa actuación no solo resultaba contraria a las obligaciones internacionales y europeas, sino también violentaba las fronteras de la UE, se promovieron con urgencia acuerdos de retorno de tales menores.

La crisis migratoria de España con Marruecos del mes de mayo sigue viva en el plano jurídico, dadas las dudas acerca de si se aplicaron o no «rechazos en frontera» –potestad jurídica– en sentido estricto o «devoluciones en caliente» –actuación *de facto*–

No obstante, el problema no se ha dado solo con Marruecos –clave para el sector pesquero español, por otra parte–, sino también con Argelia –crucial para el suministro de gas–, pues en octubre, el Ministerio de Interior, bajo el modelo excepcional de la contratación de emergencia, **fletó ferris para repatriar/expulsar a personas de nacionalidad argelina en situación irregular.**

² Vid. Sentencia del TC (STC) 13/2021, de 28 de enero (resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley orgánica –LO– 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, entre ellos, su disp. final primera.1, que dio la redacción actual a la citada disp. adic. décima LOEx). En ella se sigue el precedente de la STC 172/2020, de 19 de noviembre.

Precisamente, este aumento del número de pateras llegadas desde Argelia inquieta a las autoridades europeas desde 2019³. En consecuencia, al ser una situación conocida, no parece justificado que la Administración actúe sistemáticamente «de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» (art. 120.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público). Así pareció entenderlo el Gobierno, que se comprometió a no hacerlo, aunque no cumplió.

Esta conversión de lo «jurídicamente excepcional» para los asuntos comunes en «normal» para la gestión de cuestiones migratorias evidencia las debilidades de España y también de la UE para continuar aplicando políticas de repatriación de conformidad con procedimientos ordenados. No hay duda de que el papel de la UE es clave en las cuestiones migratorias y de asilo, y su implicación de autoridad resultó trascendental para que España superase el pulso que le lanzó Marruecos con la instrumentación de las personas menores al

Esta conversión de lo «jurídicamente excepcional» para los asuntos comunes en «normal» para la gestión de cuestiones migratorias evidencia las debilidades de España y también de la UE para continuar aplicando políticas de repatriación de conformidad con procedimientos ordenados

servicio de sus intereses políticos y económicos. No obstante, su posición, articulada en su propuesta de «Pacto Europeo sobre Migración y Asilo», presentada en septiembre de 2020, pese a anunciarse como un nuevo comienzo en materia de migración, termina reforzando el viejo enfoque de seguridad de las fronteras, aunque haya que externalizarlo a países con escaso respeto de los derechos humanos en general y en materia migratoria en particular –Turquía, Marruecos...–.

España no escapa de esta crítica⁴, pues la respuesta a los flujos migratorios y de asilo en Canarias, que ha desvelado la falta de instalaciones adecuadas, la referida política que se ha venido aplicando de «devoluciones exprés» de menores procedentes de Ceuta o la falta de compromiso con la todavía necesaria reforma del Reglamento de extranjería, supone la confirmación de que España sigue esa política comunitaria, anticipando el pacto.

No obstante, pueden apreciarse los efectos nocivos que sobre los mercados de trabajo tienen las políticas restrictivas migratorias y que parecen haber explotado justamente cuando parece que empieza a verse la luz tras la oscuridad de la pandemia. Así, ni Estados

³ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, sobre «Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», Bruselas, 16.10.2019. COM (2019) 481 final.

⁴ «Propuestas de la sociedad civil al nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo», septiembre de 2021.

Unidos, ni Reino Unido, [ni tampoco las principales economías de la UE encuentran la mano de obra necesaria](#) para atender las necesidades de sus sistemas productivos. Surge con ello una nueva e inesperada amenaza a la ansiada recuperación, análoga a la crisis por ausencia de suministros –no solo de chips para coches y teléfonos móviles–, que también se expande de manera global por el mundo, retornando a ser una sociedad del riesgo socio-económico global (Beck, 2002, p. 211).

Tampoco Alemania, Francia o España –[pese a ser el país europeo desarrollado con mayor tasa de desempleo, doblando la tasa media europea](#)– disponen de la mano de obra necesaria ni en sectores propios de la economía digitalizada, ni en otros más tradicionales, industriales y de servicios. Es cierto que las causas no son las mismas en todos los países, y así, en Alemania se debe al «envejecimiento de la población», lastrando su volumen de población activa, mientras en Francia parecen relacionadas con las deficiencias de capacitación laboral, y en España, a estas deficiencias de formación profesional (FP), se suma la precariedad de las condiciones de trabajo. Valga como ejemplo de ello que, en pleno *boom* de la FP –ha superado el millón de personas matriculadas–, ahora en proceso de reforma legal –se dio cuenta del proyecto de ley en el [editorial del número de octubre](#) de esta revista–, [el de la construcción es uno de los ciclos que pierde alumnado](#).

Tampoco Alemania, Francia o España –pese a ser el país europeo desarrollado con mayor tasa de desempleo, doblando la tasa media europea– disponen de la mano de obra necesaria ni en sectores propios de la economía digitalizada, ni en otros más tradicionales, industriales y de servicios

Si la patronal del sector estima que se precisarán unas 700.000 personas empleadas adicionales para afrontar la demanda de construcción en el proceso de recuperación económica, solo 839 personas en toda España –un 0,2 % del total– se matricularon en el grado medio de FP de Edificación y Obra Civil en el curso 2019-2020, el último del que hay datos oficiales, siendo uno de los que menos demanda tuvo junto a Vidrio y Cerámica, Industrias Extractivas y Energía y Agua. En ese mismo curso, 36.368 personas optaron por un grado medio en Informática y Comunicaciones.

Con todo, estos problemas de disponibilidad de mano de obra también se deben a las restricciones de las políticas inmigratorias aplicadas por los diversos países, sea por los efectos de la COVID-19, sea por decisiones institucionales.

En este convulso, incierto y contradictorio escenario, donde los viejos desafíos pendientes para unas políticas migratorias y de asilo decentes y eficaces adquieren renovadas dimensiones, haciendo apremiantes las reformas, en este trabajo se pretende exponer tales desafíos de forma breve, sistemática y crítica.

2. Apremios para una nueva política comunitaria de asilo: entre las razones de la persona (derechos) y las de mercado de acogida (necesidades sociales)

Seguramente con ánimo de compensar mínimamente el gran fiasco de política internacional que ha supuesto la retirada de las tropas internacionales de Afganistán, asumiendo el retorno al poder de los talibanes, tanto la UE como Estados Unidos parecen haber establecido una excepción en su política de asilo. A tal fin, se han abierto a convertirse en «gran centro de acogida» para todas las personas afganas que colaboraron con sus tropas, en línea con lo que sucedió al inicio de la precedente crisis de Siria, que terminó con el fracaso de una auténtica política comunitaria común de asilo.

Seguramente con ánimo de compensar mínimamente el gran fiasco de política internacional que ha supuesto la retirada de las tropas internacionales de Afganistán, asumiendo el retorno al poder de los talibanes, tanto la UE como Estados Unidos parecen haber establecido una excepción en su política de asilo

La propuesta de «Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea» (2020) se centra en la política de asilo, incidiendo en esta cuatro de las cinco iniciativas de reforma legal que contempla, que son:

- Propuesta de reforma del reglamento por el que se ordena un procedimiento común de protección internacional.
- Propuesta de reforma del Reglamento de Dublín.
- Propuesta de reglamento que regula situaciones de crisis y fuerza mayor.
- Propuesta de reforma del establecimiento del sistema europeo de comparación de impresiones dactilares de las personas solicitantes de asilo –Dactiloscopia Europea, Eurodac–.

En estas se refleja la contradicción que supone que, si bien se presentan como cauces para facilitar la seguridad de las personas migrantes y refugiadas, realmente comportan un intento de reforzar las políticas de control. En consecuencia, termina siendo «un nuevo sistema que lleva años fracasando, con terribles consecuencias para las vidas y los derechos de las personas migrantes y refugiadas»⁵.

⁵ «Propuestas de la sociedad civil al nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo», *op. cit.* (p. 3).

De este modo, no solo choca con el «Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular» –jurídicamente no vinculante, por respetar la soberanía estatal, pero referente de toda política migratoria⁶–, sino que incluso constituye una política regresiva respecto de los precedentes estándares de protección en el acervo existente en la UE en materia de asilo –Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, incongruencia de internar a personas solicitantes de asilo en centros de internamiento para personas extranjeras–. En cambio, desde un enfoque de protección del asilo basado en los derechos de las personas, se propone (Viguri Cordero, 2021, pp. 68 y ss.):

- Garantizar el efecto suspensivo de toda medida de repatriación/expulsión cuando medie una acción procesal.
- Eliminar los criterios basados en la nacionalidad y la tasa de reconocimiento de las solicitudes de asilo relacionados con ella para valorar las solicitudes de protección internacional.
- Eliminar el concepto de tercer Estado seguro o de país seguro de origen, dando prioridad la lógica de la garantía individual del procedimiento a cualquier otro criterio, como el del «riesgo para la seguridad nacional u orden público» –criterios que deben ser redefinidos de forma más clara y precisa, también restrictiva, para toda la UE–.
- Establecer la obligatoriedad de los chequeos de salud –también psicosocial– (Fernández Avilés, 2021) y la evaluación de situaciones de vulnerabilidad en todo el procedimiento para determinar las necesidades y atender adecuadamente a las personas solicitantes.
- Garantizar el acceso a las organizaciones de la sociedad civil a las instalaciones de detención de las personas migrantes.

Con todo, sin perjuicio de incidir en este enfoque de derechos humanos en el ámbito del asilo, por el reconocimiento del rango de fundamentales de los derechos en juego, también es imprescindible intensificar el enfoque de políticas de integración social en los países de acogida (Miñarro Yanini, 2018, p. 139). Este imperativo de integración sociolaboral, en el

Sin perjuicio de incidir en el enfoque de derechos humanos en el ámbito del asilo, también es imprescindible intensificar el de políticas de integración social en los países de acogida

⁶ Vid. Rojo Torrecilla (2018a; 2018b).

escenario ya descrito de insuficiencia de personas trabajadoras, ha de aprovecharse como una oportunidad de progreso para el país de acogida. De este modo, al clásico enfoque de derechos humanos, debe sumarse otro de eficacia socioeconómica, conciliando las citadas razones de la persona refugiada como trabajadora –sujetos con necesidades sociales y laborales, no solo de derechos cívicos– con la optimización de los mercados de trabajo de acogida y de sus sociedades de bienestar.

Frente al vigente «pensamiento de la sospecha» de fraude (STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19), también en el ámbito de las solicitudes de asilo, es preciso desarrollar un enfoque de solidaridad recíproca, no solo por razones de fraternidad, sino también de interés para los Estados de acogida

En suma, frente al vigente «pensamiento de la sospecha» de fraude (STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19), también en el ámbito de las solicitudes de asilo, es preciso desarrollar un enfoque de solidaridad recíproca, no solo por razones de fraternidad, sino también de interés para los Estados de acogida. Se trata, así, de establecer un modelo de crecimiento económico basado en la solidaridad global y, por lo tanto, las políticas de integración de las personas refugiadas deben obedecer también a imperativos de sostenibilidad social y económica de los Estados de acogida.

3. Nuevos flujos migratorios de menores inmigrantes y perspectiva de infancia: lógica de protección versus lógica de control migratorio

3.1. En el tiempo de protección de la minoría de edad: oportunidad para la integración por la capacitación profesional hacia un empleo futuro decente

3.1.1. Ambivalencia del interés superior de la persona menor extracomunitaria no acompañada como principio de gestión: ¿repatriación o integración?

Junto a la crisis de personas refugiadas derivada del desastre internacional de Afganistán, la otra gran crisis, esta propiamente migratoria, ha sido la producida con Marruecos, que, aunque ha tenido un indudable alcance comunitario –infravalorado por Marruecos–, ha afectado directamente a España. La principal especificidad de esta ha residido en la presencia numerosa de personas menores no acompañadas. Es muy importante destacar que el colectivo especialmente afectado, por ser particularmente vulnerable, queda sujeto a una doble condición, como menores –exigencia de protección de la infancia– y

como personas extranjeras extracomunitarias –política de control–. El [artículo 35 de la LOEx](#) prioriza las políticas públicas basadas en acuerdos de colaboración con los países de origen para prevenir la inmigración irregular, así como para favorecer el retorno de las personas menores a sus familias. En esta previsión legislativa reside una de las razones de mayor contradicción en este particular ámbito de las políticas migratorias, pues si desde una perspectiva

de protección de la infancia el interés superior de la persona menor, imperativo jurídico derivado de los compromisos internacionales –[Convención sobre los Derechos del Niño](#)–, se identifica con el retorno al seno familiar –[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 565/2009, de 31 de julio](#)–, no está tan claro cuando se trata de este grupo de menores. Es más, en realidad, en estos casos, el proyecto migratorio aun de persona menor de 18 años –pues desde los 16 años se puede trabajar en España– se identifica con la búsqueda de una oportunidad de integración sociolaboral en un país de acogida que le ofrezca oportunidades de vida digna que no puede tener en el seno de su familia de origen.

En consecuencia, en estos casos, la protección desde la perspectiva de infancia extracomunitaria no acompañada se identifica realmente, no ya con el retorno a un entorno social que no le ofrece óptimas perspectivas de futuro, sino con la permanencia en el país de acogida. En esta línea se sitúa la [Ley 26/2015, de 28 de julio](#), de protección de la infancia y la adolescencia, que se refiere en su preámbulo al derecho fundamental a la educación en igualdad de condiciones que las personas menores nacionales y que en la actualidad adquiere un sentido claramente sociolaboral.

3.1.2. Incorporación en la lógica de protección civil de la integración laboral de las personas menores no acompañadas: el nuevo protagonismo de la FP

El Comité de los Derechos del Niño, sobre la base de su [Observación general 6 \(2005\)](#), viene insistiendo, a través de la vía de las recomendaciones, en la necesidad de que las personas menores no acompañadas cuenten con un plan específico de intervención que garantice no solo su protección, sino su integración sociolaboral, facilitándoles un conjunto de recursos y oportunidades para el tránsito a la vida adulta en el territorio de acogida. De estas recomendaciones se extrae que, con relación a estas, el interés superior de la persona menor no se identifica necesariamente con el retorno a su familia de origen, sino con la garantía de recursos y servicios que le faciliten el tránsito desde la situación de tutela o de protección a la de integración –sobre la prevalencia del interés superior de la persona

En estos casos, la protección desde la perspectiva de infancia extracomunitaria no acompañada se identifica realmente, no ya con el retorno a un entorno social que no le ofrece óptimas perspectivas de futuro, sino con la permanencia en el país de acogida

menor como canon hermenéutico prioritario, [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 996/2020, de 1 de septiembre](#)–, para lo que es esencial la formación para acceder a un empleo decente cuando sea mayor, incluso antes, siempre que sea adecuado para conciliar el desarrollo o madurez biopsicosocial y el acceso al mercado de trabajo. No obstante, no es esta la práctica administrativa habitual, sino más bien al contrario. Así, se manifiesta preocupación por:

[...] los niveles elevados de violencia, el carácter deficiente del trato y la protección que ofrecen los profesionales en los centros de recepción para niños, incluso las denuncias de prostitución de niñas y el acceso insuficiente a la educación ordinaria y a actividades de esparcimiento, así como la falta de un mecanismo de denuncia (apdo. 44, p. 14).

En este sentido, hace varios meses saltó a la prensa la [denuncia de la alcaldesa del Ayuntamiento de Mogán ante la Fiscalía de Las Palmas](#), en la que, ante la inacción por parte de la Dirección General de Protección a la Infancia de la Consejería de Derechos Sociales, se desvelaba la existencia de unas supuestas prácticas de agresión sexual y prostitución en el centro de menores.

Al margen del caso concreto, lo cierto es que la [LO 8/2021, de 4 de junio](#), de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido varias disposiciones, así como nuevas modificaciones, en la [LO 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del menor, dirigidas a prevenir la violencia sexual contra las personas menores en situación de protección, con carácter general –[título IV](#)–. Es de destacar que la tutela de las personas menores extranjeras en esta ley no es general, sino que cuenta con referencias específicas. Es cierto que esta protección específica se dirige de forma especial para solicitantes de asilo, aunque no se agota con ello.

Es de destacar que la tutela de las personas menores extranjeras en la LO 8/2021 no es general, sino que cuenta con referencias específicas. Es cierto que esta protección específica se dirige de forma especial para solicitantes de asilo, aunque no se agota con ello

Así, la exposición de motivos especifica que el sistema de garantías de protección de personas menores tuteladas por entidades públicas debe atender «en especial [...] [a] niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños o niñas que llegan solos a España [...]».

Han de recordarse en este punto, en referencia a esta reciente reforma legislativa, los artículos [20 ter](#) a [20 quinquies](#) introducidos en la citada [Ley de protección jurídica del menor](#), que regulan las condiciones y el procedimiento aplicable a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores procedentes de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996. En tales casos, la Autoridad

Central española debe garantizar el cumplimiento de la medida de protección que se pretende ejecutar en España conforme a dicho interés superior.

Procede recordar que la nueva regulación citada contempla medidas que inciden en el ámbito laboral y de la seguridad social, en particular los [artículos 57 a 60](#) de la citada LO 8/2021. Así, en el [capítulo II de su título V](#) introduce una regulación específica en relación con la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, que pasa a denominarse Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, desarrollando y ampliando la protección de las personas menores de edad a través del perfeccionamiento del sistema de exigencia del requisito de no haber cometido delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o de trata de seres humanos para desarrollar actividades profesionales –incluso voluntarias– que supongan contacto habitual con personas menores de edad. Este requisito se convierte en condición indispensable de acceso o mantenimiento del empleo y, de no cumplirlo, habilita al despido objetivo por ineptitud sobrevenida si es posterior a la contratación.

No obstante, la protección ha de extenderse también al ámbito sociolaboral desde el momento inicial. En este sentido, el [artículo 12.2 g\) de la citada LO 8/2021](#), al dar contenido al derecho a la atención o acogida integral, y en interés superior de la persona menor, expresamente incluye –para las víctimas de violencia, pero reflejo de una protección análoga a las personas menores– el «apoyo a la educación e inserción laboral». De este modo, no hay integración ni expectativas de ello sin una educación útil para un empleo decente, presupuesto inexorable para el libre desarrollo de la personalidad, y ello es particularmente importante para las personas menores no acompañadas, dado el desarraigo sociofamiliar que padecen y que dificulta su progresión a la madurez y el tránsito al mercado de trabajo.

La protección ha de extenderse también al ámbito sociolaboral desde el momento inicial. En este sentido, el artículo 12.2 g) de la LO 8/2021, al dar contenido al derecho a la atención integral, expresamente incluye el «apoyo a la educación e inserción laboral»

En consecuencia, la capacitación profesional debe afrontarse de forma más intensa por parte de las entidades públicas de protección, o a través de los sistemas establecidos a tal fin –acogimiento familiar–. Esta idea también puede traslucirse en el [artículo 10.3 de la Ley de protección jurídica del menor](#), cuando apela al derecho a la educación para la integración.

En cualquier caso, la proyectada reforma de la FP debe dar particular cobertura a este colectivo de personas especialmente vulnerables, como se ha apuntado, no solo por razones de dignidad humana, sino también económicas, ante la necesidad de proveer

personas en condiciones de cubrir la demanda de población activa adaptada a las demandas del mercado, sin perjuicio de los imperativos de capacitación para ser personas críticas y solidarias, como se refleja en el [editorial del número de octubre](#).

3.2. La protección tras la mayoría de edad: la reciente reforma

La doble necesidad de protección sociolaboral para estas personas y colectivos debe ir más allá de su minoría de edad, para abarcar también el inicio de su mayoría de edad, máxime cuando esta representaba un cambio radical en su situación administrativa. Desde hace un tiempo, el Gobierno era consciente de ello, por lo que se venía planteando la necesidad de agilizar los procedimientos administrativos de reconocimiento de autorizaciones para trabajar en tales situaciones. Sin embargo, los celos del Ministerio del Interior de que ello pudiera provocar un «efecto llamada» han venido retrasando la necesaria reforma normativa.

No obstante, finalmente ha vencido la posición reformista, y el recientísimo [RD 903/2021, de 19 de octubre](#), ha introducido muy importantes modificaciones en la [LO 4/2000](#) (arts. 35 y 41) y en el [RD 557/2011](#) (arts. 196 a 198). Sin ánimo de realizar aquí un examen en detalle de las nuevas previsiones, que seguro ocuparán páginas de esta revista, y que ya han sido objeto de atención por parte de reputados especialistas⁷, baste indicar que facilita el trabajo de las personas menores extranjeras tuteladas a partir de 16 años, y también posteriormente, cuando alcanzan la mayoría de edad. Por lo que respecta a las primeras, siempre que la actividad a desarrollar favorezca su integración social, la autorización de residencia las habilita a trabajar y no están condicionadas por la situación nacional de empleo.

En cuanto a las personas jóvenes extuteladas que cumplan 18 años, pueden pedir la renovación de autorización de residencia cuando cumplan ciertos requisitos –entre ellos, contar con medios económicos para su sustento–, y quienes no hubieran sido titulares de la misma pese a cumplir los requisitos pueden solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que, asimismo, habilita a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo.

En suma, la vía abierta por esta reforma supone dar una respuesta efectiva a la muy compleja y poco comprensible situación que generaba la aplicación del anterior marco normativo.

⁷ Vid. Rojo Torrecilla (2021).

4. Políticas inmigratorias y debilidades de los mercados de trabajo y sociedades de bienestar de acogida: repensar la tutela de la situación nacional de empleo

4.1. ¿Competir por bajos salarios o por innovación?: ordenación de los flujos inmigratorios laborales en políticas de mercado de trabajo decente

4.1.1. El Brexit, inesperado experimento confirmatorio del fracaso de las políticas inmigratorias basadas en la importación de «mano de obra barata»

El primer país en sufrir este profundo desajuste económico-laboral por sus políticas restrictivas de inmigración de esta naturaleza ha sido el Reino Unido. De este modo, el Brexit significó el triunfo del modelo de gestión soberana de la inmigración extranjera, a fin, precisamente, de poder adoptar las decisiones más adecuadas en cada momento para satisfacer plenamente las demandas de mano de obra extranjera, sin interferencias de ninguna clase por un poder «foráneo» –la UE–. No obstante, en estos momentos, la ciudadanía y las empresas británicas comienzan a notar efectos dramáticos en términos de crisis de desabastecimiento, de bienes, y también de «mano de obra», **mostrando sus quejas** al Gobierno y su demanda de que se fomente una política inmigratoria económico-laboral más abierta y flexible. Sin embargo, el Gobierno de Johnson se resiste y recuerda que:

El Brexit significó el triunfo del modelo de gestión soberana de la inmigración extranjera, a fin, precisamente, de poder adoptar las decisiones más adecuadas en cada momento para satisfacer plenamente las demandas de mano de obra extranjera, sin interferencias de ninguna clase por un poder «foráneo» –la UE–

[...] es el cambio que los ciudadanos votaron en el referéndum de 2016. El Brexit acabó con un sistema productivo basado en una inmigración barata y descontrolada. [...] Nos embarcamos ahora en un cambio de dirección en la economía del Reino Unido que era necesario desde hace mucho tiempo. No regresaremos al viejo modelo fallido de bajos salarios, bajo crecimiento o mano de obra poco cualificada, todo facilitado y sostenido por una inmigración incontrolada. [...] El Gobierno impulsará la innovación, nuevos talentos y nuevas oportunidades por todo el país para un empleo de calidad.

No se sabe cómo terminará esta situación, pero la sencilla y pragmática propuesta, inicialmente formulada por el presidente de Estados Unidos, y luego seguida por su homólogo francés, de mejorar las condiciones retributivas y de empleo, choca con la oposición

empresarial, que ve en un aumento salarial sin crecimiento económico solo más presión inflacionaria. En este sentido, Mike Charr, presidente de la Federación de Pequeños Empresarios del Reino Unido, [respondía](#) ante el posicionamiento de Johnson que: «Si el Gobierno quiere ver una mayor contratación de empleos de alta calidad, necesita comenzar a eliminar algunas barreras. Y, de momento, lo que está haciendo es añadir más» (restringe el acceso de personas trabajadoras procedentes de la UE y de fuera de ella; aumenta los impuestos para hacer frente a carencias reveladas por la pandemia, como en el Sistema Nacional de Salud y la asistencia a personas mayores, cargando la subida en cuotas sociales de empresas y personas trabajadoras; pone fin a los generosos «ERTE COVID-19»).

De este debate, sin duda interesado desde ambas partes, se desprende un cambio de enfoque en relación con las políticas migratorias económico-laborales. De este modo, el Brexit respondió a una lógica política que se resolvió con el triunfo de la posición más soberanista –nacionalista–. No obstante, sus resultados han desvelado que la cuestión es fundamentalmente económica, enfrentando modelos de crecimiento de la economía y de logro de la ventaja competitiva. Se plantea así la disyuntiva entre crecer por bajos costes de la mano de obra extranjera o por inversiones en innovación y valor añadido de todos los recursos productivos, incluidas las personas empleadas. El primer ministro británico parece apoyar este segundo enfoque, si bien presionado por la sociedad y por las empresas, aceptó ofrecer 5.000 nuevos visados de 3 meses para el acceso al Reino Unido de personal conductor de la UE. El hecho de que esta iniciativa fuera un absoluto fracaso, puesto que solo 27 personas solicitaron los 300 primeros puestos ofertados, quedando vacantes los demás, parece haber reafirmado a Johnson en la idea de que la solución no puede pasar por atraer mano de obra barata extranjera, sino por promover una población activa nacional mejor formada y bien pagada, así como atraer talento extranjero cualificado. Por lo tanto, para el Gobierno británico y también para el norteamericano –los mercados laborales más liberales–, la responsabilidad de la crisis de falta de personas empleadas es básicamente del modelo empresarial basado en la mano de obra no cualificada procedente del extranjero, a la que el ministro de Justicia, Dominic Raab, [ha calificado como de «droga barata»](#).

El Brexit respondió a una lógica política que se resolvió con el triunfo de la posición más soberanista –nacionalista–. No obstante, sus resultados han desvelado que la cuestión es fundamentalmente económica, enfrentando modelos de crecimiento de la economía y de logro de la ventaja competitiva

4.1.2. Los desajustes de los mercados de trabajo en España y el resto de Europa: el papel de la nueva política migratoria laboral

Aunque este posicionamiento tiene una orientación que no se comparte, es cierto que descansa sobre una base de razones científico-sociales y económicas que no pueden ignorarse. Así, según ciertos sectores de pensamiento económico, la causa de la actual crisis está en la

mayor facilidad de contratación de mano de obra barata que de inversión en productividad mediante la capacitación profesional e innovación tecnológica. En consecuencia, aunque una política abierta de flujos migratorios económico-laborales incrementa la productividad por la oferta, también constituye un modelo de bajo crecimiento. Es por ello por lo que se cuestiona el valor de las políticas más flexibles e indiscriminadas de inmigración económico-laboral, mostrando preferencia por otras más selectivas, en las que se prime la atracción de personas cualificadas, aunque es evidente que toda la demanda no se sitúa en puestos de perfil alto. Con esa perspectiva se vislumbra que [el verdadero problema reside en la calidad de las condiciones de empleo y de trabajo](#) y, con ello, de vida.

El problema no es solo británico ni responde únicamente a la conjunción de la pandemia con el Brexit, sino que se trata de una crisis profunda y sistémica, que la pandemia ha revelado y agravado, si bien no ha sido su única causante, como se destaca en el [editorial de este número](#). Es cierto que el Reino Unido se hizo más dependiente de la mano de obra inmigrante no cualificada de Europa que otros Estados miembros de la UE, sobre todo del este, y esa abundancia de

mano de obra inmigrante *low cost* facilitó una reducción de precios que proyectó en la ciudadanía. Con todo, la crisis por escasez de mano de obra es un problema generalizado en toda Europa, porque se ha producido la conjunción «bajos salarios-bajos costes de los productos-más producción-mayor necesidad de mano de obra barata nacional o extranjera». El más mediático es el de transportes, pero también podría citarse el sector cárnico en Países Bajos, el mayor exportador de carne de la UE, en el que el 40 % de la mano de obra es autónoma o temporal, y en el que el 90 % de las 12.000 personas empleadas procede de Rumanía, Bulgaria y Hungría. De este modo, las libertades económicas permitieron crear un mercado de trabajo cárnico flexible y con alta capacidad de crecimiento, aunque también con unas condiciones de trabajo muy precarias.

[En España se reproducen esos problemas en los sectores cárnico y de transportes, y también en otros como la construcción, la hostelería o la agricultura, en los que asimismo se ha desarrollado un modelo de dependencia de mano de obra extranjera «barata» análogo al británico](#)

[La crisis por escasez de mano de obra es un problema generalizado en toda Europa, porque se ha producido la conjunción «bajos salarios-bajos costes de los productos-más producción-mayor necesidad de mano de obra barata nacional o extranjera»](#)

En España se reproducen esos problemas en los citados sectores, y también en otros como la construcción, la hostelería o la agricultura, en los que asimismo se ha desarrollado un modelo de dependencia de mano de obra extranjera «barata» análogo al británico. Tales problemas se aprecian, igualmente, en el sector de cuidados de personas mayores, tanto en domicilios particulares como en residencias. El coronavirus evidenció la insuficiencia de profesionales en este sector –agravada por las restricciones a la movilidad de personas

inmigrantes extracomunitarias–, pero lo cierto es que ya en 2013 la Organización Mundial de la Salud apuntaba este déficit. De este modo, en países como Austria, Alemania y los Países Bajos, pero también en España, Francia o Italia, la prestación de cuidados a largo plazo, sobre todo en el hogar, depende en buena medida de la mano de obra inmigrante, y lo mismo sucede en relación con el servicio doméstico.

Se presenta, en este punto, la disyuntiva de si la solución a estos problemas es dar más facilidades para la movilidad de la mano de obra inmigrante extracomunitaria o establecer más exigencias cualitativas, es decir, garantizar que se trate de personas adecuadamente formadas y dignamente retribuidas, conforme al estándar de trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aunque, evidentemente, la respuesta no es nada sencilla, se considera que el verdadero desafío es conciliar ambas perspectivas, cuantitativa y cualitativa, pues los ajustes cuantitativos, derivados de la mejora del nivel de disponibilidad de la población activa, deben combinarse con los cualitativos, que suponen la necesaria dignificación de las condiciones de empleo y de trabajo, que son presupuesto imprescindible para la mejora de las condiciones de vida.

4.2. La necesidad de una política migratoria correctora de la discriminación múltiple: más allá de las personas empleadas domésticas

Como vemos, mantener las políticas migratorias al margen de estos imperativos cualitativos tiene un altísimo coste económico⁸, porque amenaza la recuperación pospandémica. Además, también tiene unos costes sociales muy elevados, según acaba de poner de manifiesto el prestigioso Informe Foessa «Análisis y perspectivas 2021», con el muy expresivo título de «Sociedad expulsada y derecho a ingresos» (2021). El informe constata un gran deterioro de las condiciones de vida del conjunto de los hogares a causa de la COVID-19, pero identifica a algunos colectivos especialmente afectados, como las familias con responsabilidades familiares, siendo el riesgo de exclusión social de las familias con hijos o hijas menores del 27 %, agravado cuando se trata de una familia monoparental encabezada por una mujer (lo que es habitual), frente al 18 % en parejas sin hijos o hijas. El proceder de un país extranjero es otro de los condicionantes determinantes de este riesgo que se ha visto agudizado por la pandemia, como muestra que representen el 65 % del grupo en situación de exclusión severa.

⁸ No obstante, cuestiones tales como la formación, también en los países de origen de la población inmigrante extranjera contratada, tienen expreso reflejo en las normas ordenadoras de estos procesos, así como otros aspectos que faciliten la «disponibilidad de personas trabajadoras que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones requeridas por el mercado de trabajo». *Vid.* artículo 9 de la [Orden ISM/1289/2020, de 28 de diciembre](#), por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021.

De este modo, si el empleo ya no asegura la integración social para cada vez un mayor número de personas en España, el problema se agrava para la población inmigrante. Así, en este caso, a las dificultades económicas se añaden obstáculos normativo-institucionales, determinando que estas personas constituyan un colectivo especialmente afectado por las

discriminaciones múltiples. Valga para ilustrarlo el dato de la Encuesta de población activa de que casi 7 de cada 10 personas empleadas de hogar y en el trabajo de cuidados –casi 400.000– son inmigrantes extracomunitarias, la inmensa mayoría mujeres (Díaz Gorfinkel y Martínez Buján, 2018, p. 105; Miñarro Yanini, 2013, pp. 15 y ss.). En consecuencia, cualquier restricción normativa constituye un obstáculo para la integración de las mujeres inmigrantes extranjeras, aun de forma indirecta, sea por su condición de mujeres como por su condición de personas inmigrantes. Es por ello que la privación de una medida de protección social tan significativa como es la prestación de desempleo –[art. 251 Ley general de la Seguridad Social](#) en relación con el [art. 264](#), y [art. 19 RD 625/1985, de 2 de abril](#)– golpea de una manera especial y más aguda a las mujeres inmigrantes empleadas de hogar. A esta pueden sumarse también otras restricciones –Fondo de Garantía Salarial, [art. 3 b\) RD 1620/2011, de 14 de noviembre](#)–, que deberían ser interpretadas a la luz del canon de equidad de género, dado el efecto de discriminación indirecta que provocan.

Es por ello que ha de destacarse el efecto beneficioso que tendrá para las mujeres migrantes dedicadas al servicio doméstico la sentencia definitiva del TJUE –actualmente solo propuesta en las [Conclusiones de la Abogacía General](#) presentadas el 30 de septiembre de 2021, cuestión prejudicial C-389/20–, si, como es previsible, considera disconforme con el derecho de la UE la apuntada exclusión de la prestación por desempleo por ser discriminatoria para las mujeres, haciendo caer esta histórica resistencia legislativa interna. Las citadas [conclusiones](#) señalan, por una parte, que la [disposición adicional segunda del RD 1620/2011, de 14 de noviembre](#), ya hace una década, preveía que el Ministerio de Trabajo e Inmigración debía encargar un informe para que, antes de finalizar el año 2012, hubiese una propuesta sobre «la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera». Por otra, recuerda que España no ha ratificado el [Convenio 189 OIT](#) (2011), cuyo artículo 14 prevé que:

Si el empleo ya no asegura la integración social para cada vez un mayor número de personas en España, el problema se agrava para la población inmigrante

Ha de destacarse el efecto beneficioso que tendrá para las mujeres migrantes dedicadas al servicio doméstico la sentencia definitiva del TJUE –cuestión prejudicial C-389/20–, si, como es previsible, considera disconforme con el derecho de la UE la exclusión de la prestación por desempleo por ser discriminatoria para las mujeres, haciendo caer esta histórica resistencia legislativa interna

Todo miembro, teniendo [...] en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que [...] disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social [...].

El Gobierno de España [ha remitido al Parlamento la ratificación del Convenio 190 OIT](#), de prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo, [así como del Convenio 177 OIT](#), sobre trabajo en el domicilio, pero no ha hecho lo propio con el [Convenio 189 OIT](#), pese a haberse comprometido a hacerlo. De nuevo, la voluntad de progreso social normativo choca con la realidad de lo presupuestario y el temor a las cargas sobre las empresas. En todo caso, es evidente que la eventual ausencia de ratificación quedará neutralizada por la probable condena comunitaria, con el efecto positivo en la mejora de las condiciones de protección social de las mujeres inmigrantes extracomunitarias.

De nuevo, la voluntad de progreso social normativo choca con la realidad de lo presupuestario y el temor a las cargas sobre las empresas

Asimismo, la ratificación del [Convenio 190 OIT](#) también tendrá un efecto positivo en la promoción de políticas de integración sociolaboral y de salud de las mujeres inmigrantes. Con todo, ha de destacarse que, por vía convencional –Convenio colectivo del campo de Huelva–, otros sectores de actividad y otro colectivo de mujeres inmigrantes –recolectoras de fresas– anticiparon importantes previsiones de la norma internacional ya hace unos años.

5. Reflexiones finales

Para finalizar este análisis sobre los aspectos de mayor actualidad social, económica y jurídica de los flujos de personas, debe incidirse en la idea –que la pandemia ha evidenciado de manera irrefutable– de la interrelación existente entre la productividad económica y el bienestar social. Es por ello que todos los temas de interés económico tienen dimensión social, y viceversa, lo que también sucede en el ámbito migratorio.

En consecuencia, la política debe estar sometida al derecho, en especial respecto de las obligaciones internacionales de derechos humanos, al margen de la nacionalidad y vínculos jurídico-administrativos de las personas. Si bien hasta el momento sus efectos han sido pobres, [así lo ha reivindicado el Grupo de trabajo sobre discriminación contra las mujeres y las niñas, de la ONU, en relación con la violencia contra las mujeres del régimen talibán](#), incumpliendo con ello las obligaciones internacionales suscritas por Afganistán en 2003. Por la misma razón, más cerca de nuestra experiencia, no puede justificarse que el Ministerio del Interior siga utilizando opacos procedimientos de contratación de emergencia para realizar repatriación/retornos en casos de dudosa legalidad, sobre la convicción de la tradicional prevalencia de las razones de seguridad del Estado.

La actual crisis de disponibilidad de «mano de obra» evidencia que la amenaza económica no es tanto de tipo cuantitativo, determinada por la inexistencia de suficientes personas para trabajar, como cualitativo, debida a las precarias condiciones de empleo y de trabajo existentes. Es por ello que, también por razones de desarrollo económico, las nuevas políticas migratorias y de asilo deben ser humanitarias, con enfoque de derechos, interseccionales y han de garantizar la protección de la infancia y la dignidad de las personas migrantes y refugiadas. En esa dirección apunta la reforma de la normativa de extranjería relativa al trabajo de personas menores extranjeras no acompañadas y personas jóvenes extuteladas operada por el **RD 903/2021**, expuesto en sus líneas más básicas, que, por tanto, no puede más que ser bienvenida.

Es por ello que, también por razones de desarrollo económico, las nuevas políticas migratorias y de asilo deben ser humanitarias, con enfoque de derechos, interseccionales y han de garantizar la protección de la infancia y la dignidad de las personas migrantes y refugiadas

Referencias bibliográficas

- Beck, Ulrich. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI.
- CEAR. (2021). *Las personas refugiadas en España y en Europa*. <https://www.cear.es/informe-cear-2021/>.
- Díaz Gorfinkiel, Magdalena y Martínez Buján, Raquel. (2018). Mujeres migrantes y trabajos de cuidados: transformaciones del sector doméstico en España. *Panorama Social*, 27, 105-118.
- Fernández Avilés, José Antonio (Dir.). (2021). *Prevención de riesgos psicosociales de las personas trabajadoras inmigrantes*. Bomarzo.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2013). *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Editorial Reus.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración de los refugiados*. Bomarzo.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (18 de julio de 2018a). A vueltas con la inmigración y el derecho de asilo, con especial atención a su dimensión social y la integración laboral de los refugiados. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/07/a-vueltas-con-la-inmigracion-y-el.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (17 de diciembre de 2018b). Inmigración en España y en la UE, y sostenibilidad del sistema de protección social (texto de la intervención, revisada y ampliada, en el acto de celebración del 40 aniversario de las entidades de protección social). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/inmigracion-en-espana-y-en-la-ue-y.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (20 de octubre de 2021). Reforma de la normativa de extranjería. La problemática de los menores no acompañados y de los jóvenes extranjeros extutelados. Texto comparado de los artículos del RD 557/2011 de 30 de abril modificados por el RD 903/2021 de 19 de octubre. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/reforma-de-la-normativa-de-extranjeria.html>.
- Viguri Cordero, Jorge Agustín. (2021). El derecho a la protección internacional en España: hacia una necesaria reforma legal. *Revista Española de Derecho Europeo*, 77, 67-98. https://doi.org/10.37417/REDE/num77_2021_536.

Razones y sentido de este estudio: la jurisprudencia impulsada por don Aurelio Desdentado como luz de recientísimas decisiones judiciales

Cristóbal Molina Navarrete

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

La infracción de la jurisprudencia es motivo de recurso de casación (art. 207 e) LRJS –ya el art. 205 e) LPL–). Esta singularidad de la jurisprudencia laboral se debe seguramente a que las exigencias de certeza del derecho y de interpretación uniforme de la ley resultan especialmente apremiantes en un sector de la vida social, como el de las relaciones de trabajo, de regulaciones estandarizadas y de litigación en masa. De ahí que, como base de partida, nos parezca más plausible la consideración de la jurisprudencia laboral como jurisprudencia dotada, en principio, de fuerza vinculante.

Antonio Martín Valverde («[Jurisprudencia y casación para unificación de doctrina](#)», 2009, p. 42)

1. Los días 12 y 13 de noviembre de este año se iban a celebrar las **V Jornadas Laborales de La Palma**, un encuentro entre profesionales del foro social y del mundo académico ahora ya plenamente consolidado y en el que tienen lugar intensos y muy sugerentes debates respecto de las cuestiones jurídico-sociales más candentes y relevantes. Este año tenía, además, el gran atractivo adicional de hacerse en homenaje a una de las personas más insignes del mundo del derecho del trabajo y de la seguridad social de nuestro país, don Aurelio Desdentado Bonete. El ilustre exmagistrado de la Sala Cuarta falleció, víctima de la COVID-19, al inicio de esta trágica pandemia, el 19 de marzo, a la edad de 76 años. Condecorado, entre otros premios de gran importancia, con la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, atesoró, desde sus inicios profesionales como abogado laboralista hasta su más brillante trayectoria como magistrado de la Sala Social del Tribunal Supremo (TS), un extraordinario prestigio, por la solvencia y el rigor en la fundamentación de las sentencias de las que fue ponente.

Lamentablemente, por razones bien conocidas, y que tienen en vilo al mundo por la gran incertidumbre en torno a los efectos de devastación final de una isla tan hermosa como La Palma, con buen título denominada la «Isla Bonita», no podrán celebrarse en la fecha prevista. Se han aplazado al 12 de marzo del próximo año, porque el afán y empeño de quienes habitan y dan vida a esa preciosa isla canaria superará todas las dificultades y terminará ganando incluso a una fuerza tan inmensa de la naturaleza como las erupciones volcánicas y sus ríos de lava. Sin embargo, y al margen de eventuales desarrollos futuros, hemos creído oportuno mantener el compromiso que la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF adquirió con la organización de dichas jornadas, así como por el propio deseo de quien suscribe de dedicar estudios específicos de diálogo jurisprudencial a tan relevante personalidad jurídico-social como fue la de don Aurelio Desdentado Bonete, gran jurista, pero, al tiempo –no siempre es sinónimo–, gran persona, un hombre bueno, en el sentido machadiano del término.

2. Por supuesto, no es posible en este espacio limitado (cualquiera, por infinito que fuese, como hoy dicen algunas teorías que es el universo, sería insuficiente para dar una cumplida imagen de su papel en la construcción del derecho del trabajo y de la seguridad social de su tiempo –siglo XX– y del nuestro –siglo XXI–) hacer un repaso, ni tan siquiera sucinto, de su ingente contribución jurídica, además de intelectual y cultural (en una dimensión de la que hoy se carece por una parte significativa de la comunidad, sea jurisdiccional sea científica, más orientada al pragmatismo, o peor, al utilitarismo prácticón). Serían legiones enteras, en el ámbito laboral y en el de la seguridad social, las sentencias dictadas por el TS en las que don Aurelio Desdentado fue ponente y marcaron, para bien, según unas valoraciones, para no tanto, según otras, un genuino «antes y después» de las mismas. Y ello tanto en cuestiones clásicas (accidentes de trabajo, despidos, grupos de empresa, subrogación empresarial, contratación temporal, variadas prestaciones de Seguridad Social) como en algunas más modernas y que luego marcarán una nueva era para el derecho del trabajo (por ejemplo, control tecnológico de las personas asalariadas, teletrabajo, despido por enfermedad como factor de estigmatización social, la necesidad de repensar los sistemas de indemnización tasada, aproximándonos más al modelo civil de reparación íntegra y social de efecto disuasorio, etc.).

Si en algo hay absoluto consenso es que las sentencias que llevaban la impronta de don Aurelio Desdentado no dejaban indiferente a nadie. Podrían ponerse numerosos ejemplos, pero me viene ahora a la memoria la histórica Sentencia del TS (STS) de 20 de julio de 2012 (rec. 1601/2011). Como se recordará, esta sentencia arrumbó décadas de construcción de un derecho de precedentes asentado en el carácter constitutivo de la sentencia resolutoria ex artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, re-civilizando de este modo tan característica institución social («dimisión provocada» o «despido indirecto»). No entro ahora en su valoración (sabido es que supuso una fractura prácticamente en dos mitades de la sala, con una dinámica de tensión que luego marcaría una etapa, en especial tras la reforma laboral de 2012, de gran convulsión en la Sala Social del TS), tampoco en su eficacia, en un contexto

en el que la promoción de la tutela cautelar tras la Ley reguladora de la jurisdicción social relativizó sus efectos. Lo que aquí me interesa destacar es su extraordinaria personalidad jurídica, edificada sobre un gran saber jurídico y una notabilísima cultura.

Aquí pretendo algo más modesto, por menos ambicioso en extensión, pero más útil, a mi juicio, por intensidad analítica y operatividad para la práctica forense, y es reseñar una serie de decisiones jurisdiccionales multinivel (instancia social en asuntos colectivos de ámbito nacional –Audiencia Nacional–, suplicación, casación), de especial relevancia y actualidad en estos días a la luz de insignes sentencias abanderadas, en el papel de ponente, por don Aurelio Desdentado Bonete. Se trata de proyectar la luz de ese derecho de precedentes, en algún caso sorprendentemente orillada (por ejemplo, la [STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004](#), relativa al teletrabajo¹), para comprender mejor aquellas decisiones jurisdiccionales, que por lo general citan aquellos precedentes, si bien en unos casos la cita resulta determinante del fallo, en otros no –lamentablemente, por lo que de inmediato se argumentará–. Al respecto, se ha puesto, aquí y ahora, el acento en tres instituciones jurídico-laborales de gran significación y especial interés, como prueba la proliferación de muy mediáticas decisiones jurisdiccionales estos últimos meses al respecto. A saber:

- El teletrabajo.
- El despido por causa de enfermedad.
- El despido colectivo de hecho.

En todas ellas hay un hilo común: la referencia al derecho de precedentes alumbrado por la pluma jurisprudencial de don Aurelio Desdentado cumple con una función evolutiva del derecho, optando por tal visión dinámica frente a la opuesta «función conservadora» tantas veces desempeñada por la jurisprudencia, en esa eterna dialéctica que acompaña a esta fuente material del derecho (como consagrara la monumental STS de 18 de mayo

¹ Por cierto, hace unos meses traída a colación, si bien con un efecto a mayor abundamiento (*obiter dicta*), no de *ratio decidendi*, por la [STS 703/2021, de 1 de julio](#). El objeto de este recurso de casación unificadora consistió en determinar si una trabajadora, tras la formalización válida de varios contratos temporales, el último de los cuales se suscribió en la modalidad de interinidad por sustitución, desde el 26 de julio de 2010 al 13 de marzo de 2016, tenía o no derecho a conservar las condiciones más favorables de un acuerdo colectivo de garantías individuales suscrito para el supuesto de subrogación, una vez que la demandante, tras la superación con posterioridad a la subrogación de un concurso en turno libre, suscribió un contrato indefinido con efectos de 14 de marzo de 2016. Y la conclusión de la mayoría de la sala es que no:

[...] la voluntaria suscripción por la trabajadora del contrato indefinido supuso una novación extintiva y no una novación modificativa. Su anterior contrato temporal de interinidad por sustitución se extinguió y la trabajadora pasó a ser titular de un contrato indefinido siendo las condiciones de uno y otro contrato «incompatibles» (artículo 1.204 del Código Civil, CC).

La sentencia incorpora un voto particular muy sólido.

de 1933 –Ar. 3907–). Por supuesto, esta dialéctica nada tiene que ver con la más política y banal –a mi juicio–, que tiende a dividir a sus señorías de tan alto nivel jurisdiccional nacional, hoy en entredicho especialmente –también en el ámbito de la justicia constitucional–, entre quienes lo serían «por conservadoras» y quienes lo serían «por progresistas». Las decisiones de grandes juristas, como don Aurelio Desdentado –al igual que de otros con los que compartió sala y profundos debates, orientándose en sentido opuesto–, están muy por encima de ese reduccionismo ideológico. Porque, ante todo, reflejan una comprensión ilustrada del derecho del trabajo. Veámoslo en este puñado de fragmentos o «baladas» de derecho vivo en el que el magisterio de don Aurelio dejó (o debió dejar más) impronta, con el que contribuimos a su justo homenaje.



Desventuras del teletrabajo en el derecho vivo: entre autonomía colectiva y doctrina jurisprudencial

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

La regulación vigente en España en materia de teletrabajo ha abierto una fractura entre el tratamiento del teletrabajo domiciliario en pandemia y el teletrabajo en la era pos-COVID-19. Ni la autonomía colectiva ni el derecho judicial están afrontando debidamente la corrección de esa brecha garantista. Sin embargo, un análisis conforme al derecho de precedentes creado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 y el acuerdo europeo de teletrabajo ofrece razones jurídicas suficientes para reconocer mayores derechos de compensación a las personas teletrabajadoras en pandemia.

Palabras clave: teletrabajo; trabajo remoto; *smart working*; negociación colectiva; derecho judicial.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Desventuras del teletrabajo en el derecho vivo: entre autonomía colectiva y doctrina jurisprudencial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 147-166.



Misadventures of telework in living law: between collective autonomy and jurisprudential doctrine

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The regulation of telework in Spain has opened a fracture between the treatment of home-based telework in the pandemic and telework in the post-COVID-19 period. Neither collective autonomy nor judicial law is adequately addressing the correction of this gap. However, an analysis under the law of precedent created by the Spanish Supreme Court ruling of 11 April 2005 and the European Telework Agreement provides sufficient legal grounds to recognise greater rights of redress for teleworkers in pandemics.

Keywords: teleworking; remote working; smart working; collective bargaining; judicial law.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Misadventures of telework in living law: between collective autonomy and jurisprudential doctrine. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 147-166.

Sumario

1. Luces y sombras de la recepción en la Ley del trabajo a distancia del precedente jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 y del acuerdo europeo de 2002
2. ¿El teletrabajo, forma de empleo alternativa, o complementaria, a la presencial necesariamente pactada?: excepciones y límites al libre acuerdo
 - 2.1. El principio de voluntariedad y el teletrabajo domiciliario en emergencia pandémica: ¿una excepción a la regla general?
 - 2.2. El teletrabajo como derecho a la adaptación razonable por razones de conciliación y límite a los poderes de quien es titular de la empresa más allá de ellas
3. Retribución justa y derecho a la compensación de los gastos por teletrabajo como regla: ¿es el teletrabajo de emergencia una excepción válida?
 - 3.1. El derecho a la compensación de los gastos generados por el teletrabajo y su inherencia al equilibrio de prestaciones y al acuerdo marco europeo
 - 3.2. La sombría regulación convencional del derecho a la compensación de gastos antes y después de la COVID-19: entre silencios y disparidades
 - 3.3. La doctrina judicial en vez de reducir alimenta la brecha reguladora del teletrabajo en emergencia y el trabajo a distancia en normalidad
4. Persisten las resistencias *ad futuro*: los convenios en el sector privado retrasan el «teletrabajo regular» y la Administración en el sector público
5. Reflexión final: una digitalización del entorno laboral con alma humana, legado principal de la STS de 11 de abril de 2005



El teletrabajo tiene la naturaleza jurídica de cambio parcial de régimen contractual, cuyas implicaciones requieren de un acuerdo de autonomía privada (principio de voluntariedad, conforme al Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 2002), excediendo no solo del ámbito del artículo 41 ET, sino del propio poder de disposición de la autonomía colectiva (no puede ser impuesto ni por convenio).

[Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 \(rec. 143/2004\).](#)

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Teletrabajar nos da [...] eficacia, optimización... pero falta toda la parte humana.

Mireia Las Heras y María Barraza (*Un lugar de trabajo sostenible: hacia un modelo remoto y presencial*, p. 126)

1. Luces y sombras de la recepción en la Ley del trabajo a distancia del precedente jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 y del acuerdo europeo de 2002

A partir de la impuesta («obligatoria») migración masiva de las personas trabajadoras desde las oficinas a sus domicilios, como alternativa prestacional de la actividad laboral para mantenerla viva durante las fases más duras del confinamiento por la pandemia, el teletrabajo domiciliario, como modalidad más relevante, aunque no única, ni siquiera la óptima, del trabajo a distancia (trabajo en remoto), se ha convertido en una cuestión omnipresente en la vida cotidiana del mundo del trabajo. Cierto, nada o poco tuvo que ver el trabajo digital domiciliario realizado en la pandemia (teletrabajo de la emergencia) con el teletrabajo como específica forma contractual de prestación de servicios en lugares alternativos al centro de trabajo –domicilio o no– y a través del uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La [Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia \(LTD\)](#), no es ajena a esta radical distinción, aunque le resulte algo indiferente, incluso indolora.

En efecto, su [disposición transitoria tercera](#) formaliza esta fractura o abismo en el tratamiento jurídico-laboral. Como medida excepcional sanitaria, respondería no solo a un interés empresarial (mantenimiento de la actividad en tiempo productivo), también, y sobre todo, a un interés social (la reducción del riesgo de contagio). Como nuevo modelo de organización de la prestación de servicios en la empresa que, sobre todo, combinando lugares alternativos (no solo el domicilio de las personas empleadas) con presencialidad en los centros de trabajo (prevalencia de los nuevos entornos laborales híbridos), en cambio, se arma sobre un

acuerdo de equilibrio entre las razones de gestión flexible de los tiempos de vida y de trabajo de las personas empleadas y las razones de gestión productiva del trabajo de la empresa.

Ahora bien, hace esta distinción en términos de tal ambigüedad y confusión sobre el régimen jurídico aplicable a la primera de las situaciones (teletrabajo domiciliario de emergencia), que es evidente que no puede sino generar notables conflictos aplicativos. Así se está evidenciando en la más reciente doctrina judicial (¿«Kramer» –Sentencia de la Audiencia Nacional [SAN] 44/2021, de 18 de marzo– contra «Kramer» –SAN 196/2021, de 22 de septiembre, voto particular–?), incluso en algunos de los convenios que regulan estas materias. Al respecto, sorprende que remita a la «normativa laboral ordinaria» (art. 13 Estatuto de los Trabajadores –ET–), cuando esta remite, a su vez, al nuevo régimen del trabajo a distancia (disp. final tercera LTD).

Es cierto que la citada [disposición transitoria tercera](#) garantiza directamente («en todo caso», afirma la ley) la obligación empresarial de dotar adecuadamente a las personas de la infraestructura tecnológica –y su mantenimiento– que exija el trabajo a distancia. Ahora bien, contempla de forma más aleatoria («en su caso», relativiza ahora) la forma de compensación de los gastos derivados del trabajo a distancia (y teletrabajo), fiándola a la intervención de la negociación colectiva, en la confianza de que la autonomía colectiva actuará en su papel clásico de garante. Pero ¿ese derecho a la compensación de los gastos de teletrabajo no es un derecho inherente a esta forma de prestación de servicios, como el acuerdo comunitario de teletrabajo refleja inequívocamente, además?

En este escenario de cambio normativo profundo, pero de ordenación confusa, en todo caso ambigua, de las (numerosas) situaciones de teletrabajo domiciliario de emergencia pandémica, resulta fundamental, para conocer las interrelaciones entre las diversas fuentes jurídico-laborales que intervienen en la regulación del teletrabajo a domicilio por la remitida –se entiende que revivida transitoriamente– «normativa laboral común», la doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004)¹.

¹ El TS casa la SAN de 30 de mayo de 2004 (autos núm. 207/2003). Esta, dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, validó un acuerdo entre la dirección de la empresa Telefónica Publicidad e Información (TPI) y el comité intercentros para «la implantación de la oficina virtual». El acuerdo tenía por objeto, por lo que aquí interesa, regular las condiciones en virtud de las cuales el personal del canal de ventas directamente afectado por la implantación de nuevas tecnologías pasaría a prestar servicios en su propio domicilio. Además de atribuir la responsabilidad por la infraestructura informática para el teletrabajo a domicilio a la empresa, se preveía el «derecho a percibir una compensación económica de 1.200 euros de una sola vez». El objetivo era lograr una relación comercial «centrada en las necesidades y expectativas reales de nuestros clientes», a cambio de «un marco compensatorio para incentivar el esfuerzo que jefes de ventas y vendedores tendrán que realizar para adaptarse al nuevo modelo de trabajo». Para la sentencia de instancia ni el acuerdo perjudica el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, respetándose la intimidad de las personas trabajadoras, ni la modificación sustancial se extralimitaría respecto del artículo 41 del ET. En cambio, para el TS, el acuerdo es inválido, porque tal novación precisa acuerdo individual.

Naturalmente, el ponente de esa sentencia fue don Aurelio Desdentado Bonete y es, sin duda, una de las aportaciones más brillantes que, por su gran rigor y máxima clarividencia, en una cuestión compleja, realizara el insigne jurista a la configuración del derecho del trabajo contemporáneo, destacando una impronta notable (huella hermenéutica) de la autorregulación colectiva comunitaria. No obstante, a mi entender, ninguna de las actuales fuentes reguladoras de la referida situación ha seguido sus pautas, al menos con la coherencia y precisión requeridas.

Expondremos las experiencias judiciales y convencionales más recientes y que, a mi juicio, reflejan ese contraste con el derecho de precedentes. Al tiempo, daremos cuenta de las principales tendencias de la doctrina judicial, así como de la negociación colectiva, respecto de los puntos más críticos del régimen del teletrabajo en particular, en gran medida vinculado aún a las situaciones de pandemia o a formas de teletrabajo que quedarían extramuros de la ley especial por no reunir los presupuestos cuantitativos exigidos para el denominado «teletrabajo regular» ([art. 1, párrafo segundo, LTD](#)).

2. ¿El teletrabajo, forma de empleo alternativa, o complementaria, a la presencial necesariamente pactada?: excepciones y límites al libre acuerdo

2.1. El principio de voluntariedad y el teletrabajo domiciliario en emergencia pandémica: ¿una excepción a la regla general?

En lo que, de inicio, todas las fuentes reguladoras del teletrabajo (a domicilio) antes de la pandemia estaban de acuerdo era la esencialidad del principio de voluntariedad, de modo que, sin el acuerdo individual, no podría darse tal modalidad de prestación a distancia, siendo indisponible unilateralmente (ni por la empresa ni por la persona empleada) y colectivamente (acuerdo o convenio). Frente al inicial criterio de la AN, que admitía la disponibilidad de tal condición de empleo (afecta al vínculo contractual) y de trabajo (afecta al lugar de prestación de servicios y a la forma de control empresarial de los mismos) por parte de la empresa, en virtud del artículo 41 del ET², máxime si en la decisión de implantar las oficinas virtuales mediaba acuerdo tras el debido proceso negociador, el TS afirmó el principio de voluntariedad (en la citada [STS de 11 de abril de 2005](#), en relación, según el [art. 13 ET de entonces](#), con la transformación de un contrato en régimen común a otro en régimen de teletrabajo a domicilio, con uso de las TIC). Para alcanzar tal comprensión hermenéutica (interpretación), significativa fue, en el recurso sindical interpuesto y en la

² Respondería a una causa técnico-organizativa, porque la implantación de la denominada «oficina virtual» conllevaría «una nueva organización de recursos, favoreciendo su posición competitiva en el mercado».

decisión jurisprudencial que lo estimó, la consagración del principio de voluntariedad en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002)³.

La sentencia venía a reafirmar, pues, la distinción entre «condiciones de empleo» (las que afectan a la configuración del tipo de vínculo laboral y sus vicisitudes: por ejemplo, la parcialidad o completitud del tiempo de trabajo, o la temporalidad o indefinición de la relación) y «condiciones de trabajo» (aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones). A diferencia de estas, aquellas no estarían en la esfera de disposición ni de la empresa ni de la autonomía colectiva, porque además de afectar al régimen contractual, incide, como sucede con el teletrabajo a domicilio, en la esfera personal (aunque no interfiera, *per se*, la garantía de inviolabilidad del domicilio).

El «alma humana» del trabajo se vería especialmente afectada por la «nueva alma digital» derivada del teletrabajo. Lo razona con precisión la sentencia de esta guisa:

[...] cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando [...] a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en [...] lugar de producción el [...] espacio donde se desarrolla la vida privada [...] y esto no solo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución, como [...] destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias [...] en la convivencia [...] que deben quedar al margen tanto [...] del artículo 41 ET, como de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas [...]. Así lo reconoce el Acuerdo Marco Europeo [...] (FJ 6.º).

Dejando ahora de lado la sugerente diferenciación dogmática entre condiciones de trabajo y condiciones de empleo, que tanto recorrido operativo o práctico ha tenido en la doctrina jurisprudencial española, pero que bien conocido es no asume el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal principio de voluntariedad (lo mismo que el de igualdad de trato) será recibido⁴ en la LTD. De ahí la centralidad del acuerdo individual, con valor constitutivo y regulador ([art. 5](#) en relación con los [arts. 6 y ss.](#)), sin perjuicio, naturalmente, del respeto a las limitaciones al mismo ([art. 3](#)), al principio de igualdad ([art. 4](#)), así como del amplio margen

³ El TS precisa que el acuerdo de tránsito hacia el teletrabajo domiciliario ni supone un cambio completo de modalidad contractual (contrato de teletrabajo a domicilio ex art. 13 ET –nueva modalidad de contrato a domicilio frente a la tradicional–), como sostiene el sindicato, ni tampoco una modificación sustancial del sistema de trabajo. En realidad, «lo que hay es un cambio en el régimen contractual, aunque este cambio solo afecta a una parte del contenido de la prestación de trabajo», por tratarse, según el acuerdo europeo, «de una nueva forma de organización del trabajo» (FJ 6.º).

⁴ Como apostilla el TS, el carácter voluntario se derivaría tanto del marco de autorregulación europea, pese a no ser estrictamente vinculante (eficacia obligacional), cuanto, en nuestro derecho, de las reglas de derecho común (arts. 1.091, 1.204 y 1.256 Código Civil –CC–) (FJ 6.º, penúltimo párrafo).

concedido, en la ordenación de las condiciones colectivas de este modelo de organización a distancia del trabajo, a la autonomía colectiva (art. 8; disp. adic. primera).

2.2. El teletrabajo como derecho a la adaptación razonable por razones de conciliación y límite a los poderes de quien es titular de la empresa más allá de ellas

Con todo, bien sabido es igualmente que el trabajo a distancia, especialmente en la modalidad de teletrabajo domiciliario, presenta una diversidad de usos legislativos. Fuera del nuestro quedaría la regulación del derecho subjetivo a la adaptación de la jornada mediante teletrabajo (o cualquier otra modalidad de trabajo a distancia) como prerrogativa de la persona trabajadora, obligatoria para la empresa, por tanto, en el marco de la regulación excepcional (Plan MeCuida). Se prevé en el [artículo 6.2 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), y está prorrogada hasta el 28 de febrero de 2022 ([RDL 18/2021](#)). Nos centraremos en la comprensión jurisdiccional más reciente, claramente expansiva, como mostraremos, de esta garantía de efectividad del derecho social fundamental a la conciliación en su versión normalizada, la del [artículo 34.8 del ET](#).

La evolución es garantista en este caso, asumiendo una hermenéutica expansiva y proactiva. Así, con carácter general, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 25 de mayo de 2021 ([rec. 335/2021](#)) considera que:

[...] el contenido de la «forma de la prestación» [...] no puede restringirse al trabajo a distancia [...]. No tenemos referencias normativas claras y, por ello, nos vemos obligados a realizar una labor de interpretación amplia [...] por cuanto la dimensión constitucional [...] ampara [...] solicitudes de cambio de centro [...].

Para la sala gallega, la persona trabajadora (más si se trata de una mujer, en virtud del enfoque de género que debe presidir esta materia) «no solo tiene derecho a solicitar la adaptación [incluso la] geográfica de su relación, sino también el derecho a adaptarla efectivamente», salvo que la empresa justifique que resulta excesivamente gravosa. A diferencia de lo sostenido por la sentencia de instancia, la sala de suplicación considera que la negativa al traslado no está justificada, porque sí había una vacante (más bien, dos) en ese supermercado, calificando «así la necesidad de personal a tiempo completo fijo, cuando no lo hay». Además, la empresa mostraría falta de buena fe por ignorar tal posibilidad, cuando sabía que le faltaba personal en el centro solicitado, prefiriendo esgrimir su compromiso de estabilidad con el personal temporal⁵.

⁵ La sentencia refleja, de este modo, otra dimensión de este tipo de conflictos de conciliación de la vida laboral y familiar, que desborda la relación con la empresa para afectar también a las relaciones con

En este caso asume el precedente constitucional conforme al cual «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 247/2006, de 24 de julio). Aplicando la doctrina de la automaticidad del daño y el «baremo sancionador social» (por ejemplo, SSTs de 19 de mayo de 2020, rec. 2911/2017, y 9 de febrero de 2021, rec. 113/2019), fijando la cantidad en 6.000 euros, la pedida (justicia rogada), pese a reconocer que el artículo 40.1 c) en relación con el artículo 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) permite más. En suma, la demanda subestima el daño conciliatorio (autodevaluación del derecho resarcitorio)⁶.

Pues bien, en este contexto de reinterpretación expansiva del derecho del artículo 34.8 del ET en aras de la mayor efectividad del derecho conciliatorio, la práctica totalidad de las veces ejercido por mujeres, de especial interés resulta la STSJ de Galicia 2358/2021, de 8 de junio. De su razonamiento y fallo se desprende que tal derecho-garantía social de adaptación razonable de la prestación de servicios, como un imperativo (¿adicional o esencial?) del artículo 14 de la Constitución española (CE) en relación con su artículo 9.2, sería un límite al poder unilateral de movilidad geográfica ex artículo 40 del ET, haciendo injustificada una decisión de este tipo si es posible, atendiendo a la categoría profesional de la trabajadora (en este caso, auxiliar administrativa), realizar la prestación mediante la forma de teletrabajo, como sucedería en este supuesto (elaborar facturas, recibos, cartas, archivar, recibir y editar correos electrónicos y notificaciones, etc.). Este carácter condicionante de la posibilidad de teletrabajar como un presupuesto previo, y prioritario, a la decisión de movilidad geográfica sería todavía más exigible si la empresa cuenta (según testimonio del director de operaciones de la matriz del grupo al que pertenece la empresa) con un protocolo de teletrabajo. Así:

[...] no parece [...] justificada la decisión de la empleadora del traslado [...] para que acuda a prestar sus servicios en el polígono de Pocomaco de A Coruña [centralización de los servicios administrativos], cuando puede realizar sus funciones desde Mondoñedo a través de los modernos medios de comunicación existentes [...] (FJ 4.º).

Un nuevo ejemplo, pues, de clara humanización de la tecnología digital, con usos de favor hacia las razones, en este caso, no específicamente de conciliación, sino las más generales

otras personas empleadas compañeras. La sala parece tener claro cómo resolverlo: «Nos encontramos ante un derecho fundamental expresado a través de la conciliación de vida familiar (artículo 14 CE), por un lado, y el derecho al trabajo (artículo 35 CE), que no tiene carácter fundamental, por otro lado; y esa comparación –es obvio– conduce a primar el de la empleada [...]» conciliadora (FJ 9.º, punto 3).

⁶ El tiempo transcurrido desde la solicitud del derecho ante la empresa hasta su reconocimiento judicial debe tenerse en cuenta en la cuantificación de los daños morales que necesariamente se han producido. Vid. STSJ de Galicia de 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021).

de estabilidad locativa –se supone que facilita la conciliación–, de las personas trabajadoras, aunque con ello pueda condicionar, incluso alterar, las decisiones propias –al menos otrora– del poder de organización de la empresa. Más aún. No entenderlo así la empresa puede conllevar, adicionalmente, una obligación indemnizatoria, fijada por el juzgador de instancia en la cuantía de 5.000 euros en el referido caso (daños y perjuicios). Aunque en este supuesto la sala de suplicación se muestra menos «generosa», pues no consta prestación efectiva al estar en situación de ERTE (expediente de regulación temporal de empleo). No tratándose, en este caso, de vulneración de un derecho fundamental, el perjuicio no se presume, debe probarse⁷.

Pero ni siquiera en esta comprensión jurisdiccional tan expansiva el derecho sería incondicionado, a diferencia del derecho de reducción de jornada. En el caso de la [STSJ de Galicia 2687/2021, de 30 de junio](#), se probaría la imposibilidad de aceptar el traslado, porque no hay vacante en el lugar solicitado (corporación de Radio Televisión Gallega):

No se puede obligar a la empresa a que convoque concurso de traslados, al no estar establecida dicha obligación [...]. Tampoco puede obligarse [...] a trasladar a la actora, de forma provisional y durante varios años, a un lugar donde sus servicios no tienen por qué ser necesarios, sobre todo cuando no existe prueba alguna de que la trabajadora pueda prestar servicios en todo momento mediante mecanismos de teletrabajo [...]⁸.

En suma, la solución favorable a las razones de la trabajadora no podría venir de forma directa del ordenamiento jurídico vigente, ni con una interpretación expansiva y proactiva, como es debido, sino a través de una nueva regla que resuelva este conflicto de intereses o de regulación. Es tiempo, pues, de la autonomía colectiva para facilitar una solución equilibrada de esta nueva tipología de conflictos sociales y laborales, en línea con lo que ya sucede para otras situaciones (como violencia de género).

En definitiva, comprobamos cómo en la doctrina judicial se abre cada vez más camino la configuración del trabajo a distancia como un derecho de adaptación razonable de la organización de trabajo a las razones de la persona trabajadora, básica, pero no solo, las razones

⁷ En una línea análoga, la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 178/2021, de 16 de marzo](#). Aquí no se probó ni el daño material ni el daño moral, sin que se vincule el incumplimiento empresarial a la violación de derechos fundamentales. Pero sí se considera existente el daño moral, si bien la sala redujo a 626 euros la indemnización (porque el criterio orientativo debe ser el [art. 7.5](#), no el [art. 8.12 LISOS](#)). A mi juicio, esta sentencia subestima la perspectiva de género y el canon constitucional de enjuiciamiento de todas las cuestiones de conciliación.

⁸ Precisamente, la incompatibilidad de las funciones de una trabajadora pública (cuerpo administrativo), en Portos de Galicia, con el teletrabajo, por su marcado carácter presencial de parte de ellas, llevó a su rechazo en el asunto resuelto por la [STSJ de Galicia de 10 de junio de 2021 \(rec. 4348/2020\)](#).

de conciliación. Y, en esas situaciones, las empresas no retendrían ni un poder discrecional («libre») de rechazo de las ofertas ni siquiera de obstaculización alegando razones de interés empresarial. Su oposición a un proceso negociador en tal sentido que evite el acuerdo inducido por la persona trabajadora solo podrá basarse en unas razones organizativas suficientemente fundadas que evidencien bien que no es técnicamente posible el teletrabajo por el tipo de actividad realizada, bien que resulta excesivamente gravoso, creando un excesivo desequilibrio prestacional en detrimento de la empresa.

3. Retribución justa y derecho a la compensación de los gastos por teletrabajo como regla: ¿es el teletrabajo de emergencia una excepción válida?

3.1. El derecho a la compensación de los gastos generados por el teletrabajo y su inherencia al equilibrio de prestaciones y al acuerdo marco europeo

Junto al principio de voluntariedad, la doctrina jurisprudencial formuló en 2005 otro principio, inherente al debido equilibrio prestacional del contrato de teletrabajo. Ahora me refiero al principio de intangibilidad o indemnidad del derecho a la retribución (salarial y extrasalarial) como garantía del derecho a la igualdad de trato. Así lo estableció el acuerdo marco europeo y así lo reflejó la [STS de 11 de abril de 2005](#), también en virtud del carácter sinalagmático del contrato de trabajo, así como de la buena fe y prohibición de abuso de derecho. Con ello se garantiza el equilibrio prestacional pese al cambio de modelo de organización del trabajo y de novación parcial del régimen contractual. No duda tampoco en reconocerlo, sea de forma general, el [artículo 4 de la LTD](#), cuando asegura el principio de igualdad de las personas teletrabajadoras en relación con las que lo hacen presencialmente, sea de forma específica, en el ámbito de la retribución, el [artículo 12](#), que reconoce de forma expresa el derecho a la compensación de todos los gastos derivados del teletrabajo. A tal fin, sin perjuicio de la competencia de determinación del acuerdo individual ([art. 7 b](#)), recuerda que los convenios o acuerdos colectivos pueden fijar el mecanismo para la determinación y compensación o abono de estos gastos ([art. 12.2](#)).

La realidad, sin embargo, dista mucho más de esta imagen garantista. Ciertamente en el ámbito de las compensaciones por el teletrabajo en pandemia, pero incluso extramuros (el teletrabajo para la normalidad: ordenado, equitativo). Consecuentemente, las fuentes extralegales (convenios y doctrina judicial) en vez de un papel complementario, de garantía y clarificación, crearían más problematicidad, con lo que abren una excesiva y disfuncional conflictividad judicial, evitable con una adecuada interpretación de las leyes aplicables a cada situación, sea la laboral común (el teletrabajo de emergencia –[disp. trans. tercera](#)–) y especial (teletrabajo de la normalidad).

3.2. La sombría regulación convencional del derecho a la compensación de gastos antes y después de la COVID-19: entre silencios y disparidades

Sin duda, en el plano convencional, las mayores sombras se observan en ámbitos de convenios de empresa⁹, hasta el punto de registrar reglas contrarias a una norma legal de orden público laboral. Así, por ejemplo, sorprende que el [III Convenio colectivo corporación de Radio Televisión Española, SME, SA \(2020\)](#), exprese en su anexo 5 h) que: «los costes asociados a la adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, a las condiciones de trabajo y ambientales, así como los gastos de electricidad, agua, calefacción, etc., correrán por cuenta de la persona teletrabajadora». Aún no aplicable el [artículo 12 de la LTD](#), una cláusula de este tipo quiebra un principio básico de las relaciones de trabajo asalariadas, trasladando parte del riesgo y (des)ventura del teletrabajo como si fuesen por cuenta propia –ámbito en el que es muy frecuente, por cierto–, que hace de la previsión una norma colectiva inválida.

También de dudosa legalidad me parece la previsión del artículo 30 (*smart working*) del [II Convenio colectivo grupo Vodafone](#). Da por compensados los gastos del teletrabajo con la mera facilitación a todas las personas trabajadoras de la línea de móvil (tarifa de voz y datos ilimitados) y el descuento del 50 % de conectividad fija, omitiendo los otros (luz, gas, etc.).

Menos inquietante, aunque decepcionante¹⁰, es la tendencia convencional a omitir toda concreción de la cuantía de la obligación de abono de los gastos derivados del trabajo a distancia, incluso ya para situaciones posteriores al teletrabajo pandémico, con lo que queda al acuerdo individual, contrato de adhesión y, en consecuencia, desequilibrado. De los convenios que dan el paso normativo que les corresponde y concretan la cuantía, sorprende la gran disparidad con respecto a la misma. Debe recordarse que no implica valoración de una actividad laboral, sino compensatoria de gastos, análogos en los diversos sectores y empresas, al margen de la diligencia personal de gestión (económica, ambiental).

La siguiente tabla permitirá ilustrar el abanico tan dispar de cuantías –más usual es el parámetro temporal, por lo general mensual, aunque en algún caso se prevé por día–. Así, de menor a mayor:

⁹ O de grupo empresarial, siguiendo cierta tradición en esta dirección. Por ejemplo, [II Convenio colectivo grupo ONO \(Cableuropa, SAU, y Tenaria, SA\)](#). Hoy, [II Convenio colectivo grupo Vodafone España \(2021\)](#).

¹⁰ *Vid.* Álvarez Montero (2021), «¿Ha respondido la práctica negocial a las numerosas llamadas realizadas por el RD-L 28/2020 sobre teletrabajo?».

-
- 1,5 €/mes (acuerdo de empresa Extel Contact Center, SAU, comité y CC. OO.).
 - 9 €/mes (acuerdo de empresa MST Expert Knowledge, SL, comité y UGT).
 - 15 €/mes (art. 14 bis [Convenio colectivo Primark Tiendas, SLU](#)).
 - 20 €/mes –si se teletrabaja 2 días a jornada completa– o 15 € –si se teletrabaja solo 1 día–; la cuantía es proporcional en caso de trabajo a tiempo parcial (anexo IV [VII Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial y Roca Sanitario](#)).
 - 35 €/mes (art. 11 [XX Convenio colectivo general de la industria química](#)).
 - 55 €/mes (art. 27 [XXIV Convenio colectivo de banca](#)).
 - 6,96 €/día (art. 33 bis [Convenio colectivo Sociedad Mixta del Agua Jaén, SA, años 2020, 2021, 2022 y 2023](#)).
-

No suelen tampoco los convenios arrojar luz sobre cuestiones retributivas de esta guisa que están resultando muy conflictivas en la práctica, también al hilo del teletrabajo en emergencia. Prototípico el conflicto relativo a si procede o no el abono del tique comida (percepción extrasalarial, se abone en dinero o en especie –[STS 887/2021, de 14 de septiembre](#)–) a las personas teletrabajadoras¹¹.

Aunque, a futuro, se configura como un conflicto económico o regulador, requiriendo una decisión de autorregulación colectiva, más que jurídico, conocido es que está generando una gran conflictividad, en especial en sede judicial, donde no hay aún un criterio suficientemente cierto, como prueban determinadas decisiones de la AN recientes¹². En este

¹¹ Por ejemplo, el citado [II Convenio colectivo grupo Vodafone](#) reconoce una ayuda por comida de 1.500 euros al año y, pese a incluir una lista expresa de situaciones excluidas, no aparecen las de teletrabajo (trabajo remoto).

¹² Como es sabido, para la [SAN 44/2021, de 18 de marzo](#), la decisión de la empresa de suprimir la jornada partida fijándola continuada con supresión de los vales de comida para quienes teletrabajaron en pandemia, siguiendo instrucciones de la empresa, es una modificación sustancial de condiciones de trabajo y, por lo tanto, exige acudir a la vía del [artículo 41 del ET](#). En cambio, la [SAN 196/2021, de 22 de septiembre](#), sí legitima que la empresa, de forma unilateral, pueda suprimir dichos vales-restaurante, para las personas teletrabajadoras que, con jornada partida, pasaron a teletrabajar en pandemia. La razón diferencial estaría en la interpretación de una norma convencional en este caso, que parece vincular este beneficio (establecido en forma de prestación de servicio de comedor) al trabajo presencial, descartando, tácitamente, el teletrabajo. Así se reforzaría con apelación a la naturaleza extrasalarial de este beneficio, que no retribuye trabajo, sino que compensa gastos efectivos, reales. En consecuencia, respondiendo el diverso trato a razones objetivas diferenciales (situaciones laborales objetivamente diferenciadas), no se produciría violación alguna del [artículo 14 de la CE](#) en relación con la regulación especial de la [LTD](#), norma invocada en el proceso (aún en su versión del [RDL 28/2020](#)). No obstante, la sentencia cuenta con un buen fundado voto particular, lo que aviva la controversia y alienta el debate para el seguro recurso de casación.

escenario convulso y azaroso, las empresas presionan para hacer una regla colectiva la decisión unilateral de eliminar, durante la pandemia, retribuciones «extrasalariales» (tiques-restaurante, pluses y dietas de desplazamiento...) asociadas a la movilidad. Si decaen sus presupuestos («*conditio facti*»: movilidad, comida fuera) de forma definitiva, deberían desaparecer tales retribuciones, piensan. En este sentido, de nuevo los convenios de empresa son propicios (por ejemplo, art. 45 [Convenio colectivo Lyntia Networks, SAU, para los centros de trabajo de Madrid y A Coruña](#)).

De este modo, de nuevo, se confirma que la creciente «alma digital» del trabajo, ahora en la forma de teletrabajo, tiene como inequívoco horizonte la gestión eficiente, ahorrando costes laborales de todo tipo. La propia autorregulación colectiva colabora en esa reducción de beneficios sociales precedentes para el futuro, creando diferencias de trato. Ciertamente, en parte de estos casos –no necesariamente todos, hay que estar a las concretas circunstancias fácticas y jurídicas– pudiera justificarse objetivamente la regla diferencial minorativa de beneficios sociales (extrasalariales). Pero el hecho es que el cambio en la organización del trabajo, y su tránsito a remoto, sí tiene incidencia en las condiciones de trabajo, a la baja y por la preeminente lógica del ahorro de costes¹³.

Pero tampoco –y es otra sombra o mácula– la autonomía colectiva está siendo lo útil que presupone la ley, a fin de crear una vía para el reintegro de los gastos derivados del «teletrabajo domiciliario en emergencia» y a los que, conforme a los principios y reglas vigentes con la norma laboral común –a la que, confusamente, remite la LTD–, sí tendrían derecho, cerrando esta «deuda laboral» del pasado reciente con la población trabajadora. De este modo, por omisión, la autonomía colectiva termina avalando la brecha reguladora con el teletrabajo para la normalidad, asumiendo una regla de excepcionalidad que –a diferencia de la operada con la voluntariedad– carece de razón de ser fuera de una política de favor hacia la rentabilidad basada en la reducción de costes de producción por su traslado a las personas empleadas. ¿Por qué?

Primero, porque, si la pandemia no es culpa de la empresa, evidente, tampoco lo es de las personas trabajadoras. Segundo, porque, en cambio, la empresa sí ha recibido la utilidad económico-productiva del teletrabajo a menor coste, mientras que para las personas el teletrabajo supondrá un salario menguado por gastos no propios, por lo que estamos en un espacio rayano en el enriquecimiento injusto: aumento patrimonial de las empresas que se funda en el decremento retributivo de las personas empleadas.

¹³ Una línea claramente avalada, para el presente y el futuro, por la [SAN 180/2021, de 27 de julio](#) (la célebre sentencia que avala la política de organización del trabajo sobre la base de una oficina de puestos siempre calientes productivamente, ante el nuevo entorno de trabajo híbrido). Un magnífico [análisis](#) crítico de la misma fue realizado por la profesora Margarita Miñarro en el pasado número de octubre, y a él remitimos.

3.3. La doctrina judicial en vez de reducir alimenta la brecha reguladora del teletrabajo en emergencia y el trabajo a distancia en normalidad

Una vez más también la doctrina judicial parece aliarse con esa visión excepcional y, en consecuencia, legitimadora de la privación *de facto* («expropiación»/«apropiación») del derecho al reembolso de gastos, o, cuando menos, su obstaculización, de modo que exigiría todo un calvario judicial para obtenerlo. Si la excepcionalidad de la situación bien puede justificar reconocer poderes extraordinarios a las empresas, porque no obedecen a su interés económico, sino al interés general de evitar el contagio en una pandemia¹⁴, a mi juicio, no puede esgrimirse el mismo argumento para la cuestión retributiva, pues en este caso sí que la razón principal de la excepción residiría en no agravar el coste de las empresas en un periodo de crisis pandémica, aunque ello agrave el de las personas empleadas. De ahí nuestra crítica a la [SAN 132/2021, de 4 de junio](#).

Esta desestima una demanda de conflicto colectivo presentada a fin de intentar reconocer, primero, y reducir, después, aun parcialmente, esa «deuda laboral histórica» de las empresas con las personas teletrabajadoras en la pandemia. A su juicio –para mí errado–, ni las reglas de derecho transitorio antes referidas para el tiempo que rige el asunto que conoce –las disp. trans. [segunda](#) y [tercera](#) RDL 28/2020, de 22 de septiembre– ni el [artículo 5 del citado Real Decreto-Ley 8/2020](#) reconocerían un derecho general a la compensación de los gastos derivados del teletrabajo a domicilio en emergencia (adaptaciones, consumos de los gastos corrientes de electricidad, agua y calefacción, molestias e inconvenientes que ha producido la ocupación del espacio personal y privado, derivados de la prestación de trabajo a distancia). Sorprende desde luego esta afirmación y contrasta directamente con la doctrina jurisprudencial de la [STS de 11 de abril de 2005](#). Esta advierte –como se dijo– la imposibilidad, cierto, de retribuir ciertos costes personales («molestias e inconvenientes de la ocupación del espacio personal»), pero, al tiempo, también recuerda que los gastos estrictamente económicos sí se deben reintegrar. Consciente de ello, aunque no cite esta doctrina jurisprudencial, que hubiera sido oportuna, deja abiertas tres acciones individuales de reclamación judicial futura. A saber:

- la derivada de una eventual regulación del derecho compensatorio en un convenio o acuerdo colectivo –larga fía, ya hemos visto la escasa atención prestada hasta el momento–, incluso decisión de empresa –*rara avis*–¹⁵;

¹⁴ Vid. [STS 794/2021, de 15 de julio](#): «ha de estimarse que las medidas adoptadas han estado en todo momento encaminadas a minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio y preservar la salud de las personas trabajadoras frente al COVID-19 [...]».

¹⁵ Un acuerdo colectivo en tal sentido se recoge por la [SAN 122/2021, de 25 de mayo](#). Esta función compensadora de los suplidos para el teletrabajo en pandemia aparece en algún convenio colectivo aislado de empresa. Es el caso del artículo 44 del [Convenio colectivo IQVIA Information, SA](#). Para ello se constituye una bolsa de 25.000 euros. La cuantía concreta dependerá del tiempo de prestación.

- la derivada del eventual acuerdo individual, si existe (lo que en el teletrabajo en pandemia fue impracticable). Debe recordarse, no obstante, que, si bien la inexistencia de este contrato no es obstáculo, pues no cumple una función constitutiva («*ad solemnitatem*»), sino probatoria («*ad probationem*»), la realidad es que tampoco los contratos de teletrabajo antes de la nueva LTD solían prever compensación alguna (SAN 122/2021, de 25 de mayo);
- «o, en su caso», la reclamación derivada de ese derecho general, reflejado de forma expresa en el acuerdo marco europeo –que cita expresamente– al abono de las compensaciones debidas por gastos efectivamente realizados por las personas teletrabajadoras –«*suplidos*»–, planteando «reclamaciones individuales en compensación de los gastos [...] previa justificación [...]» (FJ 4.º)¹⁶.

Honestamente, me genera una extraordinaria perplejidad jurídico-social esta lectura restrictiva del ordenamiento jurídico vigente antes de la ley especial. Infravalora –ignora– no solo el acuerdo marco comunitario (no vinculante, verdad, pero sí pauta orientadora para entender el orden jurídico-laboral ex art. 3 CC, no excepcionado), sino la propia comprensión del régimen contractual laboral y la esencialidad del imperativo de la ajenidad. Justamente, aún para el tiempo de trabajo, así lo entiende –con corrección y gran solvencia jurídica– la SAN 104/2021, de 10 de mayo.

Brevemente, se recordará que la AN ha atribuido a los eventuales incidentes por desconexiones no imputables a la persona teletrabajadora (como cortes de luz, pérdida de conectividad por caída de internet, etc.¹⁷) la naturaleza de tiempo de trabajo efectivo. Por tanto, no se debe ni recuperar ni sufrir descuento en sus retribuciones, siempre que se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio sobre la existencia y duración de la incidencia. Dado que los convenios y acuerdos reguladores del sector no ofrecen solución específica, incluso los relativos al teletrabajo, la AN conduce, con toda corrección, su razonamiento sobre la base de los principios jurídicos y valores de orden constitucional, y entre

¹⁶ Distinto sería el caso contemplado en la SAN 122/2021, de 25 de mayo. Declara el derecho de las personas teletrabajadoras de la empresa MST Expert Knowledge, SL, en la actualidad o en cualquier momento desde el 6 de marzo de 2020, a percibir la cuantía adicional (plus) de 1 euro por hora teletrabajada. Y ello con fundamento en el compromiso que adquirió «mediante correo electrónico» y en concepto de «plus de compensación por la utilización de su PC y conexión a internet» (complemento por penosidad temporal ex art. 26.3 ET). La AN recuerda la doctrina del TS, según la cual un convenio no puede tener efecto retroactivo restringiendo derechos retributivos adquiridos (STS de 10 de mayo de 2019, rec. 16/2018).

¹⁷ Dicho al paso, consta en el relato de hechos que se logró un acuerdo en el SIMA entre la patronal de las empresas del sector del *contact center* CEX y UGT y CC. OO. en virtud del cual se pacta crear:

[...] una mesa negociadora paralela a nivel sectorial, que tendrá por objeto la negociación de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, fijándose como plazo máximo para la misma hasta el 28 de febrero de 2021.

ellos el criterio de ajenidad (en los riesgos y en los medios), así como el principio de igualdad de trato real, de resultados. Precisamente, este marco de principios y reglas básicas contractuales es el utilizado por la [STS de 11 de abril de 2005](#).

Contrariamente a esta lectura del derecho de precedentes, la rígida distinción entre «un antes y un después» de la ley especial del teletrabajo (del trabajo a distancia en general) que –a mi entender de forma errada, porque ejerce una función conservadora del ordenamiento, incluso regresiva, extrañándolo no solo de la realidad del tiempo en que debe ser aplicado, sino del contexto superior de derechos y principios– tiene otras manifestaciones en la doctrina judicial de la AN. Por lo que parece más una política jurisdiccional restrictiva que una posición casuística. Así sucedería, por ejemplo, con la también muy cuestionable doctrina de la [SAN 130/2020, de 30 de diciembre](#).

Se recordará que esta sentencia niega la aplicación del deber de suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras el célebre tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia (hoy ordenado en el [art. 19 LTD](#)). La razón estaría en la restricción del nuevo régimen jurídico solo al trabajo a distancia regular, ordenado para el tiempo de normalidad pospandemia. El referente en el derecho de precedentes sería la «vieja» [STC 281/2005](#), luego seguida a pie juntillas por la jurisprudencia social (por ejemplo, [STS de 21 de febrero de 2019, rec. 214/2017](#)), ignorando, de nuevo, la influencia del tiempo de aplicación, con la consiguiente función conservadora en detrimento de la que se presupone debe ser su función principal, la de hacer evolucionar y progresar el orden jurídico, conforme a la realidad de cada tiempo.

4. Persisten las resistencias *ad futuro*: los convenios en el sector privado retrasan el «teletrabajo regular» y la Administración en el sector público

Quizás podría pensarse que esta posición resistente de la autonomía colectiva a una aplicación expansiva de la [LTD](#) se agota al tiempo del teletrabajo pandémico. Pero es posible encontrar otro grupo de convenios que tratan de alargar, más allá de lo que sería prudente, incluso exigible, la «excepcionalidad», más bien la anomalía jurídica, precedente, poniendo obstáculos al desarrollo de la norma en su aplicación. Así:

- Los convenios colectivos que acuerdan expresamente el teletrabajo no regular (inferior al 30 %) e indican que no será de aplicación la [LTD](#) –por ejemplo, art. 9 [Convenio colectivo R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU](#), intitulado «Flexibilidad en el lugar de prestación del trabajo (*Smartworking*)»–. ¿Hecha la ley, hecha la trampa, y nada como un convenio de empresa para aprovecharse de ella?

- Los convenios colectivos que asumen el teletrabajo regular, pero comprometen dilatar su aplicación en un tiempo pos-COVID-19 (puntos U –teletrabajo– y V –desconexión digital¹⁸– anexo III VII [Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA, y Roca Sanitario, SA](#), que remite al desarrollo en su anexo IV). En todo caso se prevén limitaciones al tiempo de teletrabajo (no superior a 2 días a la semana), evidenciando el favor por entornos laborales híbridos, salvo que se exijan «variaciones en atención a las necesidades organizativas de la empresa».
- Finalmente, y sin entrar ahora en esta cuestión, más amplia, es reseñable que, en estos convenios y acuerdos, además, y en línea con otros muchos, la mayoría, se suele obstaculizar, más que garantizar¹⁹, el ejercicio de derechos específicos como el derecho a la desconexión digital en situaciones de teletrabajo ([art. 88 Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#) y [art. 18 LTD](#)). ¿Cómo? Ampliando situaciones que habilitan el ejercicio de las facultades para exigir la reconexión laboral digital (obligación de contestar a la comunicación en tiempo extramuros de la jornada), más allá de lo permitido por la ley [por ejemplo, [art. 44 Convenio colectivo grupo Selecta \(AB, Servicios Selecta España, SLU, Acorn Spain 1, SL y Servecave, SL\)](#)].

Aun de forma sucinta, no queremos dejar pasar esta oportunidad para evidenciar que esas resistencias aplicativas se producen en el ámbito del empleo público. Con una regulación legal propia, muy pobre ([art. 47 bis Estatuto Básico del Empleado Público](#)), también para el personal laboral (*vid. disp. adic. segunda LTD*), el Gobierno ha ordenado a su personal que retorne a la oficina. El teletrabajo público parece ser cosa pasada y para el futuro será posible solo 1 día a la semana (solo 20 % de la jornada semanal²⁰), salvo para personas vulnerables al virus.

Las críticas no se han hecho esperar, tanto por parte de los sindicatos, que ponen de relieve que tenían un acuerdo firmado en sentido diferente (se permitía hasta 3 días a la semana

¹⁸ Sorprende la siguiente afirmación: «por la naturaleza industrial de la actividad [...] en la empresa, la mayoría de los puestos [...] no pueden ser desempeñados a través de medios tecnológicos por lo que la desconexión digital, en tales casos, carece de sentido [...]».

¹⁹ El protocolo de desconexión laboral del [Convenio colectivo Sociedad Mixta del Agua Jaén, SA \(2020-2023\)](#):

El incumplimiento de las obligaciones exigidas en la presente política podría implicar sanciones [...] en materia de descanso [...] basadas en los arts. 7.10 LISOS o 7.5 LISOS.

La inexistencia de un protocolo para desconexión digital [...] podría sancionarse en materia de prevención de riesgos laborales si existe conexión entre esta falta de ese protocolo [...] y una concreción en algún trabajador de este riesgo psicosocial.

²⁰ *Vid.* disposición tercera, letra b), de la [Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, de 15 de septiembre de 2021](#), sobre revisión de las medidas frente a la COVID-19 a adoptar en la Administración General del Estado ante la evolución de la situación sanitaria y el avance de la vacunación.

Además, será «reversible por razones de carácter organizativo y de necesidades del servicio».

el teletrabajo), evidenciando el carácter regresivo de esta decisión²¹, como por el personal de empleo público, que ve en el teletrabajo no solo una vía adecuada para la conciliación de la vida laboral y familiar, sino también para la mejora de la tan cuestionada productividad de este sector –en cuestión continuadamente, muchas veces sin razón, otras con ella–:

Ante cualquier problema [...] (familiar) [alma conciliadora] [...], sabes que puedes ir en cualquier momento y luego ese tiempo lo recuperas por la tarde [alma productiva]. Si estás en la oficina presencial, ese tiempo no lo recuperas. Eres más eficiente en casa, incluso regalas horas y resuelves más expedientes [mayor motivación lleva a más rendimiento por la satisfacción del salario emocional]²².

Sí se potencia que la formación continua sea telemática, así como las reuniones, manteniéndose hasta final de año el sistema de cita previa. Sin poder ahondar más, está claro que en el sector público la tendencia a entornos laborales híbridos deberá tener en cuenta no solo las razones de eficacia del servicio público de atención a personas, sino la necesidad de cuidar que la tecnología que acomoda la realización del trabajo para las personas empleadas no cree brechas sociales, como la atención a personas que son más vulnerables ante las mismas, como las de más edad. De nuevo, el alma más humana debe prevalecer sobre la digital, requiriendo las adecuadas combinaciones de hibridez. Una vez más, un ejemplo real:

Imagínate cómo se siente la gente cuando la echan de su trabajo. No están en una situación psicológica buena y mientras los atiendes te lo van soltando. Muchas veces lloran delante de ti y haces de psicólogo (Jesús Durán. Jefe del Área de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, Álora, Málaga).

5. Reflexión final: una digitalización del entorno laboral con alma humana, legado principal de la STS de 11 de abril de 2005

Justamente, este sería el principal legado de la [STS de 11 de abril de 2005](#). Una sentencia de magnífica factura técnico-jurídica, obra de un jurista tan inteligente como brillante, donde la impronta de don Aurelio Desdentado es inequívoca e indeleble. Pero es, igualmente, una sentencia donde la huella de humanización del mundo digitalizado, también en el entorno

²¹ El artículo 7.1 e) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, trata de hacer compatible la adopción de medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo con la potenciación del teletrabajo. No parece ser ese el criterio de la [Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, de 15 de septiembre de 2021](#).

²² De interés las entrevistas realizadas a diversas personas empleadas públicas a propósito de la decisión de la Administración General del Estado. Vid. Sánchez (2021), «[El recorte del teletrabajo irrita a los funcionarios](#)».

laboral, que ya se atisbaba en los albores del siglo XXI y que hoy tiene una presencia invasiva, colonizadora, lo preside todo, como telón de fondo, a fin de que la persona siga siendo el centro de la gobernanza de las cosas que le atañen. No es banal la lección, porque, como se ha intentado acreditar, ni la doctrina jurisdiccional más reciente ni la autonomía colectiva parecen estar siempre (en ocasiones sí, como la citada [SAN 104/2021](#)) a la altura de ese valor primario, inherente a la dignidad humana y al derecho a la autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad ([art. 10 CE](#)), ni en el teletrabajo ni en otros temas de la digitalización del mundo laboral.

Dos años más tarde ([STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006](#)), el magistrado-estudioso del derecho don Aurelio Desdentado tendrá un marcado protagonismo a la hora de reorientar jurídicamente otra cuestión que, con el tiempo, crecerá de una manera inaudita en el mundo del trabajo y en los tribunales, también cada vez más en las normas de autorregulación colectiva: la extensión y límites del control digital de la prestación de servicios, en el entorno laboral físico, pero intensamente digital. Con su astucia e inteligencia jurídicas dio un importante giro a la doctrina jurisprudencial que hasta entonces había dominado, marcando la posterior (2011), al menos hasta 2016. El tiempo volverá a hacer mella en ese nuevo planteamiento –honesto es reconocerlo– y lo dejó desfasado en parte, a la luz de la nueva –ambivalente y errática– doctrina del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ([Bărbulescu I y II](#); [López Ribalda I y II](#)), no siempre coincidentes.

Ni el TC ([STC 61/2021, de 15 de marzo](#)) ni el TS ([STS 817/2021, de 21 de julio](#)) han hallado el debido nuevo punto de equilibrio necesario, en un escenario normativo comunitario cambiado, entre las razones de eficacia tecnológica en el control del trabajo (y el derecho fundamental a la prueba) y las razones de las personas trabajadoras (protección de datos). Pero esa es ya otra historia, que aquí no se contará –aunque lo amerite–, porque ha sido tratada en números precedentes y aún lo será más, temo, en posteriores.

«Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona)

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre**

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

20 años después de su Sentencia de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000), el Tribunal Supremo sigue asumiendo que despedir a personas por estar enfermas no vulnera derechos fundamentales y, por tanto, no amerita la nulidad. Sin embargo, 10 años después de aquella resolución judicial, el propio Tribunal Supremo creó una excepción: si esos despidos son una práctica habitual sí merecen la sanción de nulidad, porque vulneran el artículo 15 de la Constitución española. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acaba de desempolvar ese precedente para anular una presunta política de empresa dirigida a despedir a quienes ya no resultan rentables por estar recurrentemente de baja. Este análisis da cuenta de sus razones y de otras excepciones judiciales recientes que priman la dignidad humana sobre la rentabilidad.

Palabras clave: despido nulo; despido por enfermedad; derecho a la integridad; enfermedades estigmatizantes.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 167-185.



"Lime" and "sand": state of the interpretative art in matters of dismissal (productive reason) due to illness (personal reason)

On the occasion of the Ruling of the High Court of Justice of Cataluña 4380/2021, of 14 September

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

20 years after its Ruling of 29 January 2001 (appeal 1566/2000), the Spanish Supreme Court continues to assume that dismissing people for being ill does not violate fundamental rights and, therefore, does not merit nullity. However, 10 years after that ruling, the Supreme Court itself created an exception: if such dismissals are a common practice, they do merit the sanction of nullity, because they violate article 15 of the Spanish Constitution. The High Court of Justice of Cataluña has just dusted off this precedent to annul an alleged company policy aimed at dismissing those who are no longer profitable due to recurrent sick leave. This analysis gives an account of its reasons and other recent judicial exceptions that put human dignity above profitability.

Keywords: null dismissal; dismissal for illness; right to integrity; stigmatising diseases.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). "Lime" and "sand": state of the interpretative art in matters of dismissal (productive reason) due to illness (personal reason). On the occasion of the Ruling of the High Court of Justice of Cataluña 4380/2021, of 14 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 167-185.

Sumario

1. La permanente actualidad de los despidos por causas de enfermedad y la lenta evolución jurisprudencial correctora en sentido garantista
2. ¿Salud vs. defensa de la productividad?: el plus de antijuridicidad constitucional de las políticas de empresa basadas en despidos por bajas usuales
 - 2.1. ¿«Héroe y/o villano»? Resistencias y aperturas del derecho de precedentes sobre la calificación del despido en el conflicto salud vs. productividad
 - 2.2. Reviviendo un minusvalorado precedente: nulidad de políticas de empresa que segregan por razón de la mala salud en aras de la rentabilidad
3. Ni «enfermedad equiparable a la discapacidad» ni perspectiva de género: ¿eran posibles otras miradas de reprobación jurídica a esta política de empresa?
 - 3.1. La política de presión para el retorno al trabajo desde la situación de baja no puede valorarse, en sí, como discriminatoria por razón de discapacidad
 - 3.2. Otra perspectiva relegada: la ausencia de la política preventiva de riesgos ergonómicos en clave de protección de la salud con equidad de género
4. La revalorización de la garantía de nulidad del despido por cuestiones de salud al hilo de la pandemia de COVID-19
5. La cuestión indemnizatoria: evolución del precedente, aún en espera de nuevas aperturas de los sistemas tasados para disuadir de despidos artificiosos
 - 5.1. Consolidación del criterio de automaticidad de la indemnización por daños personales derivados de la violación del derecho fundamental
 - 5.2. ¿Existe obligación de resarcir íntegra y preventivamente el daño personal derivado de un cese ilícito?
 - 5.3. ¿Indemnización adicional por el plus de arbitrariedad de un despido improcedente?: otra apertura pendiente, apuntada a la luz de la CSEr
6. Reflexión final: las prácticas de gestión de personas basadas en reducirlas a la condición de recursos productivos están prohibidas por deshumanización

Las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2 c) 2.º del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo [...].

[Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\).](#)

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

La presión bajo amenaza de despido para que la persona trabajadora abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional.

[Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\).](#)

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

1. La permanente actualidad de los despidos por causas de enfermedad y la lenta evolución jurisprudencial correctora en sentido garantista

La reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre, ha devuelto al primer plano de la actualidad jurídico-laboral y forense una cuestión de gran calado humano¹, social y económico sobre la que se cierne una atormentada historia: calificación jurídica que debe (o debiera) darse a un despido realizado, en realidad, como técnica de defensa de optimización productiva de la empresa (art. 38 Constitución española –CE–) frente a los bajos (en todo caso menores) rendimientos que supone emplear a personas con un continuado historial de bajas. En la sentencia de suplicación catalana apenas citada, rectificando el criterio de instancia (que había seguido una ortodoxa y –más previsible– doctrina jurisprudencial, calificando el despido como improcedente), se condena a la empresa a estar y pasar por los efectos de una condena de nulidad

¹ Vid. Rojo Torrecilla (2021), «La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía su despido (y la importancia de los hechos probados)».

del despido, incluida una indemnización adicional por daños y perjuicios de índole moral, al traer causa en una política de empresa que rechaza tener en plantilla a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas, con lo que se vulneraría no solo la legalidad ordinaria laboral, sino también el [artículo 15 de la CE](#).

El razonamiento ínsito en esta decisión es muy rico y ofrece numerosos temas para el debate jurídico-laboral, más allá del extremadamente difuso análisis de casos. Así lo prueba el sugerente y bien fundado voto particular concurrente que acompaña la decisión de la mayoría. En él se hace hincapié no solo en la nulidad por violación del [artículo 15 de la CE](#) (derecho a la integridad), sino también del [artículo 14](#) en relación con el [artículo 43 de la CE](#) y el derecho de la Unión Europea (UE), en la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (prohibición de la discriminación por enfermedad asimilable a la discapacidad). En el contexto de los estudios sobre fragmentos de derecho vivo de hoy, pero con la mirada retrospectiva de la doctrina jurisprudencial de la que el magistrado don Aurelio Desdentado fuese principal referente, resulta de interés tal contraste, porque aquella mirada refleja la permanente tensión que ha venido alentando esta compleja, trascendental y nunca bien resuelta cuestión jurídico-social. Una vez más chocan de raíz las dos almas de la norma social y buscan nuevos equilibrios: humana (razón de la persona) y económica (razón de la empresa).

En efecto, en los albores del nuevo siglo (XXI), cumplidas en 2021 dos décadas de su dictado, don Aurelio Desdentado fue ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\)](#)). La cuestión debatida consistía, de forma análoga a la causa de fondo que anida en la citada [STSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#), en dilucidar cuál era la calificación del cese de un trabajador que, fuera de la causa aparente (terminación de una contrata en aquel caso), traía causa de las «bajas médicas» que hacían poco rentable para la empresa la relación laboral. La sentencia recurrida (no es casual –STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000, rec. 7041/1999–), también revocando la de instancia, declaró nulo el despido por considerar discriminatorias las causas vinculadas a la salud, sin concurrir el –hoy derogado– artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) (despido por absentismo). Pero el TS la casó. Valoró que un despido por causa de enfermedad no merecía sanción de nulidad, sino de improcedencia, al no vulnerar derecho fundamental. La vía sería ilícita, pero válida, para defender la productividad.

No obstante, una década después, el mismo magistrado dictaría, en su condición de ponente, otra sentencia que marcó una notable apertura en este injusto estado de cosas (devaluador del orden constitucional y europeo de valores laborales). Un embrión para un tiempo jurídico-laboral nuevo, aunque este tardará en llegar y no de la mano ni del TS ni del Tribunal Constitucional (TC), sino del TJUE. Ahora me refiero a la acertada y clarividente [STS de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\)](#): es nulo el despido que obedece a una presión para que la persona trabajadora abandonara el tratamiento médico y, por tanto, creadora de un peligro concreto para la salud, violando el [artículo 15 de la CE](#).

2. ¿Salud vs. defensa de la productividad?: el plus de antijuridicidad constitucional de las políticas de empresa basadas en despidos por bajas usuales

2.1. ¿«Héroe y/o villano»? Resistencias y aperturas del derecho de precedentes sobre la calificación del despido en el conflicto salud vs. productividad

La pandemia nos ha enseñado que no hay economía sin salud. En la práctica, esta sigue viéndose como sacrificada a aquella. En el caso de la [STSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#), se descartó por la instancia la nulidad, estimando solo improcedencia, porque no se habría probado mínimamente la causa esgrimida para el despido en la carta: reducción voluntaria del rendimiento.

Entronca la sentencia de instancia –que luego revocará la suplicación– con la doctrina jurisprudencial, desde 1993 (en las sentencias más señeras los ponentes fueron Rafael Martínez Emperador y Antonio Martín Valverde, no Aurelio Desdentado, aunque la asumió posteriormente), con la [STS de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\)](#). En aquel entonces el recurso, para evidenciar que debía primarse en la calificación la causa real (la pérdida de rendimiento por las continuadas bajas laborales a causa de las recurrentes patologías) sobre la formal (pérdida de la contrata), trataba de remover la –ya consolidada en ese tiempo– doctrina jurisprudencial sobre la calificación de improcedencia del despido fraudulento por causa irreal, sea disciplinaria u objetiva la invocada. Como se sabe, tal doctrina sigue (por ejemplo, [STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)).

En consecuencia, no estando el despido basado en razones de enfermedad dentro de las causas de discriminación, ni violar *per se* el derecho a la integridad física (pese a la previsión del art. 6 [Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo –OIT–](#)), la calificación será de improcedencia. Brevemente, porque es suficientemente conocido (por más que en nuestro tiempo se hayan reabierto los debates críticos a partir del nuevo enfoque legal garantista, aunque técnicamente defectuoso, introducido por la [Ley 1/2020, de 15 de julio](#), derogatoria del despido por absentismo), debe recordarse –lo hace la [STSJ de Cataluña 4380/2021–](#) que resiste la doctrina jurisprudencial de la [STS de 29 de enero de 2001](#) (citada en primer lugar por la sala catalana). Partiendo de la distinción (cuya confusión critica la sentencia) entre dos principios constitucionales (igualdad de trato y prohibición de discriminación), que tienen distinto alcance (su nitidez no está tan clara en la doctrina del TJUE –como siempre crítico don Aurelio Desdentado en su diálogo–conflicto con aquel–), de especial alcance en las relaciones privadas (Sentencia del TC –[STC– 34/1984](#)), descartará la nulidad.

Ni la cláusula abierta del [artículo 14 de la CE](#) («cualquier otra condición personal o social»), ni la del artículo 21 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE), obviamente no atendido en 2001, en nada cambiaría esta valoración (tampoco

para el TJUE). El despido por enfermedad no responde a un trato estigmatizador o excluyente por este factor de vulnerabilidad humana en sí, al menos con carácter general, sino a su instrumentación a la defensa de la utilidad económica del contrato laboral, que perdería su rentabilidad para la empresa. De ahí que la [STS de 29 de enero de 2001](#) concluyera:

En efecto, se trata [...] simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de 4 meses. Esta situación [...] no es, desde luego, una causa lícita de extinción [...]. Pero ello determina la improcedencia [...]; no su nulidad [...]. Tampoco resulta [...] aplicable la garantía del artículo 4.2 c) 2 del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido [era el lenguaje de la época, hoy rechazado], ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja [...] y la consiguiente pérdida [...] de interés productivo [...].

Que, desde un punto estrictamente economicista, el asunto ilustra la «falta de conveniencia para la empresa en conservar un contrato con bajas prolongadas» (por decirlo en términos de la [STS de 23 de septiembre de 2002, rec. 449/2002](#) –y que la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), reprodujo década y media después–) parece manifiesto apenas se repare en el dato fáctico: desde octubre de 2016 (inicio de la relación, primero temporal –declarada en fraude de ley y convertida en indefinida– en el sector de *contact center*) hasta diciembre de 2018 (despido), tuvo la trabajadora 9 periodos de baja, normalmente de pocos días, pero recurrentes, por espondilosis (lumbalgias)². Si añadimos, en el plano del derecho jurisprudencial, la persistencia de la (vieja) doctrina (por ejemplo, [STS 764/2020, de 15 de septiembre](#)), pareciera que la respuesta solo podía ser la dada por la instancia: improcedencia (la empresa no se planteó acudir o al despido por ineptitud sobrevenida –la espondilosis puede ser causa de incapacidad permanente³– o por absentismo –entonces vigente–, ni justificó la causa disciplinaria –reducción del rendimiento–).

La empresa renunció a ejercer una política del control del eventual absentismo, pese a su legitimidad ([STS 209/2021, de 16 de febrero](#)). En cambio, optó por una vía más expeditiva, aunque artificiosa: el despido disciplinario. Así fue, a sabiendas de que se declararía improcedente, pero la previsible –tasada– y baja cuantía –poca antigüedad– indemnizatoria (3.450 €) hacía preferible (lógica del cálculo monetario) asumirla.

² En la [STS de 15 de marzo de 2018 \(rec. 2766/2016\)](#), la trabajadora prácticamente prestó servicios solo 1 de cada 3 días que estuvo de alta (164 días de trabajo efectivo en 453 días en alta).

³ Aunque no queda claro en el relato de hechos probados, ni en su revisión, que no acepta el TSJ de Cataluña, sí parece probado que la trabajadora tiene dificultades para la sedestación (permanecer tiempo sentada, precisamente exigencia de su trabajo) y necesita cambios posturales frecuentes, dado el dolor recurrente, no siendo suficientes las pausas por uso de pantallas de visualización de datos. Al respecto, *vid.* [STS 581/2021, de 26 de mayo](#).

Ahora bien, a diferencia de la sentencia de instancia, que lo infravalora, la de suplicación repara (seguramente sobrevalora, ante la débil prueba existente, como se verá, no basada en documento alguno, sino en una prueba testifical, altamente difusa, por indirecta) en un «pequeño detalle» fáctico, que le permitirá superar el escollo del derecho vivo contrario a la calificación de nulidad, sin cuestionarlo (el particularismo del caso la habilitaría para la re-creación de la norma –método del caso concreto–). En el relato de hechos se formula así:

El responsable directo de la trabajadora puso en conocimiento de su encargada que la trabajadora tenía problemas de espalda, causa de las diversas bajas médicas. La representante de la empresa MST Electronics, en las reuniones de trabajo que tenían lugar con la mercantil ABB (empresa cliente de los servicios de telefonía), manifestó a un empleado de esta que a la actora la habían despedido porque tenía muchas bajas, y que era política de empresa (prueba testifical).

Para la instancia, tal afirmación ameritaría solo un «reproche moral», pero en modo alguno podría tener la entidad para dar lugar a la declaración de nulidad, según los claros presupuestos de la doctrina jurisprudencial. En cambio, para la sala sí será determinante en el plano de la calificación jurídica, marcando un giro de 180°. Aunque sin disponer de más prueba que una (indirecta) testifical, por tanto, carente de una base documental y fáctica más precisa y solvente, este dato es el modo (¿excusa?) para abrir una ventana en el muro cuya puerta le cerrara la Sala Social del TS hace 20 años y que, 10 años después, la misma sala del TS, con el mismo ponente, facilitó. Se trata de la citada [STS de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\)](#).

Esta sentencia, manteniendo inalterado el derecho de precedentes expuesto, y con un razonar constitucionalmente impecable, pues se vincula directamente a un desarrollo práctico de la doctrina de las SSTC [62/2007, de 27 de marzo](#), y [160/2007, de 2 de julio](#) (la creación de un riesgo cierto para la salud de las personas trabajadoras por la empresa vulnera el derecho a la integridad personal –física y/o psíquica–), alcanzará la calificación de nulidad. También en este caso se consideró, como ahora la sala catalana, la concurrencia de características fácticas propias que, jurídicamente, ameritaban una valoración más garantista y, por lo tanto, determinante de una tutela reforzada frente al plus de antijuricidad exhibido por la conducta empresarial.

2.2. Reviviendo un minusvalorado precedente: nulidad de políticas de empresa que segregan por razón de la mala salud en aras de la rentabilidad

En las situaciones prototípicas de las decenas de precedentes dictados en este ámbito, la conducta de la empresa reprobada consiste en su reacción extintiva ante los efectos de pérdida de utilidad económica en el trabajo por la morbilidad de la persona empleada. En

ninguna de ellas, el despido actuaría, al menos conforme a lo probado en el proceso, con el sentido de actividad de presión dirigida directamente a que la persona trabajadora abandonara la situación de baja médica, a fin de disuadirla de seguir con el tratamiento preceptivo y, al contrario, la persuada (colaboración ex [art. 5 ET](#) con la productividad, lo llama) para retornar al trabajo. Precisamente, esta situación particular sería identificada por la [STS de 31 de enero de 2011](#). Tal práctica constituiría un riesgo cierto y grave, o peligro concreto, para la salud de la persona trabajadora que entraría dentro de la esfera prohibida por el [artículo 15 de la CE](#) en relación con sus artículos [40](#) y [43](#) ([SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio](#)).

Como la sala catalana 20 años después, también la [STS de 31 de enero de 2011](#) repara, para girar de la previsible calificación de improcedencia a la improbable de nulidad, en una «afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia». Se trataría de la mención de que operaba «como práctica habitual de coacción» a las personas trabajadoras para que precipiten el retorno, bajo la advertencia («amenaza») del despido «para el caso de no aceptar la propuesta». Constatación fáctica que conllevaría la aplicación de una diversa doctrina constitucional ([STC 62/2007](#)), según la cual toda amenaza con un mal de no abandonar la protección asistencial pública (baja por incapacidad temporal –IT–) es una violación del [artículo 15 de la CE](#), de ahí la calificación de nulidad. Con tales mimbres jurisprudenciales, la sentencia de suplicación razonará en torno a la constatación –testifical, sin más apoyo probatorio, se insiste en esta debilidad procesal– de estar ante una práctica habitual de gestión, una genuina política de empresa, que haría de la enfermedad un «factor de segregación» de quienes en la empresa se ven en este tipo de situaciones de necesidad (IT), haciendo ilegítima esta forma de lucha contra el eventual absentismo⁴.

Por supuesto, si no hay ninguna duda sobre la corrección de esta doctrina jurídica (toda amenaza directa, aun genérica, para disuadir del uso del derecho a proteger la salud mediante la IT, realizada de forma habitual, no aislada, sería un riesgo cierto y grave para la integridad ex [art. 15 CE](#), plus de antijuridicidad constitucional respecto de la ilegalidad ordinaria, al vulnerar el [art. 4.2 d\) ET](#)), más dudas suscita –como advierte la propia sala de suplicación– el que no conste prueba objetivada suficiente sobre la que fundamentar su aplicación. En efecto, no consta en el proceso una prueba estadística sobre otras decisiones de despido del mismo tipo, sino solo una prueba testifical refleja o indirecta (casi actúa como «prueba de confesión», lo que es obvio no sucede, porque procede de una persona empleada), la citada afirmación del representante legal de la empresa, con una valoración de reprobación jurídico-social determinante de nulidad, a diferencia de la meramente «moral» de la instancia.

⁴ Se recuerda que la Sentencia del TJUE ([STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero](#)), asume la legitimidad de un despido como forma de luchar contra el absentismo, para defender la productividad de la empresa. Pero exige la valoración de los criterios sobre los que se fundamenta, excluyendo los basados en discriminación.

3. Ni «enfermedad equiparable a la discapacidad» ni perspectiva de género: ¿eran posibles otras miradas de reprobación jurídica a esta política de empresa?

3.1. La política de presión para el retorno al trabajo desde la situación de baja no puede valorarse, en sí, como discriminatoria por razón de discapacidad

Como en su día la [STS de 29 de enero de 2001](#), tampoco la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) acepta que estemos ante una discriminación por razón de enfermedad equiparable a la discapacidad y, en consecuencia, no considerará vulnerado el [artículo 14 de la CE](#) en relación con el [artículo 17 del ET](#) y de conformidad con el derecho de la UE. Sí, en cambio, el voto particular, si bien desde una perspectiva diferente a la razonada por la decisión de la mayoría. Por eso, tampoco creemos que, más allá del exceso verbal de la sentencia, de su confusión, incluso, estemos ante un caso de utilización de la enfermedad como factor segregador en sentido jurídico-técnico estricto, esto es, conforme a la [STC 62/2008, de 26 de mayo](#). Al alba del nuevo siglo, el TS no incluía en sus razonamientos la discriminación por discapacidad ([Directiva 2000/78/CE](#)) a través de aquel nuevo concepto. Su difusión en la jurisprudencia del TJUE es posterior al [Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos de la Persona con Discapacidad](#) (2009), abriendo un espacio de intersección entre esta y enfermedad, hasta el momento más rígidamente separadas ([asunto Chacón Navas, C-13/05](#)). Pero en 2021, la construcción está –en el plano dogmático– consolidada, si bien no significa que no se planteen notables problemas conceptuales y prácticos.

Buena prueba de su relevancia y centralidad es el determinante peso que tuvo en la derogación legal de la modalidad del despido objetivo por absentismo laboral, al margen de la defectuosa redacción de la norma, que hace dudar de la calificación. A tal efecto, claves resultaron sentencias como las dictadas en los [asuntos Dauoidi \(STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15\)](#) o [Ruiz Conejero \(STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16\)](#). La [sentencia catalana de nuestro análisis](#) hace un exhaustivo recorrido por toda esta dilatada historia, por lo que aquí solo cumple remitir a ella (FJ 6.º, punto 4). Es conocida y resulta en el caso rechazada, por cuanto no se darían los presupuestos –enfermedad de larga duración conocida, o previsible, para la empresa y que, por las expectativas de curación incierta, se convierte en la causa extintiva, en virtud de una lógica monetaria–.

No obstante, distingue «dos escenarios» para hacer operativa esta nueva causa de discriminación por discapacidad, por encima de la formal o aparente. De un lado, los supuestos en los que entre la baja y el acto extintivo haya transcurrido un plazo suficiente para su asimilación con la baja (tipología que denomina «constatación de pasado»). De otro, los que, a pesar de no haber transcurrido un tiempo significativo, la patología, por los conocimientos médicos que se tienen, determina la certeza de que la duración de la IT será de larga evolución (tipología de «previsión de futuro»).

Pues bien, a su juicio, tanto el problema cuantitativo derivado de la doctrina del TJUE (cuánto tiempo abarca la noción de «enfermedad de larga duración») cuanto el de índole subjetiva (cuándo se entiende que la empresa tiene un conocimiento cierto de la enfermedad y de su probable o estimada duración –es difícil entender discriminatoria la conducta realizada por quien no conoce la causa reprochada de discriminación, aunque el TC acepta discriminaciones no intencionales–) serían relativamente más sencillos de resolver cuando se trata de un despido por enfermedad de larga duración en «escenarios de pasado», pero presentaría más dificultad probatoria en los «escenarios de larga duración de futuro» (estimable). Sea como fuere, en el caso concreto, la decisión mayoritaria rechaza que la enfermedad de la trabajadora y las limitaciones de capacidad laboral derivadas hayan sido el factor último, real, de discriminación. La inexistencia de este uso como barrera de obstaculización profesional en igualdad derivaría de que la trabajadora despedida «ninguna diferencia [...] tuvo en el desempeño de su trabajo que implicase un trato [...] diferenciado del que recibían las demás [...] del centro [...]» (FJ 7.º).

Sin embargo, si existe unanimidad en la sala catalana en torno a la inexistencia de discriminación por razón de la discapacidad en relación con la [doctrina Ruiz Conejero](#), no sucede lo mismo respecto del precedente [Nobel Plásticos Ibérica \(STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18\)](#). Aunque, otra vez, el soporte fáctico es confuso, el voto particular valora que es una trabajadora «especialmente sensible» ex [artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) y, en consecuencia, aunque no cabe identificar tal situación con la discapacidad en sí, la ausencia de una política preventiva adaptada a aquella situación sí sería discriminatorio.

3.2. Otra perspectiva relegada: la ausencia de la política preventiva de riesgos ergonómicos en clave de protección de la salud con equidad de género

A mi juicio, esta perspectiva de gestión de la situación en clave de (ausencia de) políticas preventivas adecuadas es la más fértil. Sin embargo, ni la decisión mayoritaria ni tampoco el voto particular dan el relieve que se debería, a mi juicio, claro está, a la conjunción de la gestión preventiva con la clave de género. Una perspectiva integrada revalorizada en los nuevos planes de igualdad ([anexo RD 901/2020, de 13 de octubre](#)) y en el [Convenio 190 OIT](#) (contempla la violencia económica como discriminación en el trabajo por razón de género). El voto particular es más consciente de la primera dimensión (la ausencia de políticas preventivas), pero ignora la segunda.

En el plano de la valoración de esta ausencia de una política preventiva específica de riesgos ergonómicos, la crítica debe venir, una vez más, de lo difuso del relato de hechos. De un lado, es evidente que la empresa conoce la afección lumbar de la trabajadora, lo que no puede dejar de afectar a la actividad, que es sedentaria, pues se reconocen los

problemas de espalda como causa de las bajas reiteradas, como consta que la empresa no ha adoptado ninguna medida preventiva ex [artículo 25 de la LPRL](#) (evaluación individual, adaptación del puesto, valoración de eventual cambio de puesto, etc.), en línea con el [asunto Nobel Plásticos Ibérica](#). De otro lado, en cambio, no queda claro cómo afecta realmente, porque la sentencia rechaza la revisión fáctica propuesta, que pretendía reconocer que «[...] condiciona a la trabajadora para la [...] sedestación prolongada [...] y para realizar ejercicio físico [...] por aparición de dolor, por lo que en la ejecución de su trabajo debe realizar cambios posturales cada hora». La mayoría rechaza que incluso si se incluyera fuese relevante para la solución del asunto, porque las dificultades se contrarrestarían con las pausas por uso de pantallas de visualización de datos.

En suma, para la mayoría de la sala, una cosa es que sus dificultades puedan requerir de tratamientos y otra que se trate de una intervención específica de adaptación por estar ante una persona especialmente sensible ex [artículo 25 de la LPRL](#), cuya falta de atención resulte un indicio constitutivo de conducta discriminatoria por enfermedad equiparable a la discapacidad. En cambio, para el voto particular, si bien –se insiste– sobre una base poco cierta en lo fáctico (hay notables contradicciones y dudas), no estaríamos ante una discapacidad por enfermedad de larga duración «de pasado», pero sí puede considerarse que concurre «el escenario "de futuro" [...] entre los indicios [...] figuran, en particular, el que [...] la incapacidad [...] no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo [...]». De ahí que concluyan que: «se antoja evidente que una lumbalgia en el descrito puesto de trabajo, sin que la empresa –pese a conocer la situación diagnóstica– no adoptara medidas preventivas legales, incurre en dicho escenario [...]».

De quedar más clara la realidad fáctica probada en el proceso, el razonamiento sería impecable. En el plano jurídico, criticable es que orille un canon de enjuiciamiento que, obligado ex [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), podría haber resultado clave para este desenlace de reprobación jurídica de la evidente ausencia de la debida política preventiva de riesgos ergonómicos eficaz (art. 14 LPRL), desplazada por una –presunta– política de presión para evitar las bajas por enfermedad so pena de despido. Me refiero al necesario enfoque de gestión de la prevención de riesgos ergonómicos en perspectiva de género: se trata de una mujer y un sector feminizado, infravalorándose la gravedad-peligrosidad de sus riesgos. La ausencia de una toma en serio de políticas preventivas en este sector (pese a la formulación específica en [su convenio colectivo](#) –art. 58 C, para los factores de riesgo ergonómicos, art. 58 D, para los psicosociales–), con una fuerte presencia de las mujeres (7 de cada 10 profesionales son mujeres), no puede aislarse de este factor de segregación horizontal del mercado de trabajo⁵. En él –como en otros

⁵ Vid. González González (2019), «Género y trabajo en los *contact centers*. Paradigma de feminización laboral».

con análoga feminización– se tiende a relegar las políticas de intervención ergonómica (y psicosocial), por la infravaloración de la siniestralidad y morbilidad generada por ellos.

También en el sector de las camareras de pisos, muy ilustrativa de la necesidad de incluir la perspectiva de género en el enjuiciamiento de cuestiones preventivas es la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 2 de julio de 2019 \(rec. 369/2019\)](#). Desde esta perspectiva, hay una discriminación indirecta por razón de sexo al carecer de gestión adaptada, porque la empresa infravalora sus riesgos (no se necesita un parámetro de comparación –como en la directa–, sino solo la constatación de un resultado perjudicial injustificado).

4. La revalorización de la garantía de nulidad del despido por cuestiones de salud al hilo de la pandemia de COVID-19

La protección reforzada contra un despido por enfermedad al utilizarse la decisión extintiva con un plus de antijuridicidad, como un factor de segregación social, ha sido reactivada judicialmente con la situación de crisis pandémica. Como ya se ha expuesto en números precedentes de esta revista, la equiparación de la infección (o riesgo de ello) por coronavirus con una enfermedad estigmatizante encuentra diversos ejemplos en la experiencia forense de los 2 últimos años⁶. En este escenario, de especial interés es la [STSJ de Madrid 249/2021, de 17 de marzo](#). Esta sentencia revoca la de instancia, que había desestimado la demanda, y, en consecuencia, declara la nulidad del cese por no haber superado el periodo de prueba cuando, en realidad, la causa fue el contagio por COVID-19, comunicada oportunamente y que motivó una baja laboral. No estableció, sin embargo, ninguna indemnización adicional, lo que es criticable.

Naturalmente, si esta comunicación es fraudulenta, de modo que no existe contagio real, ni sospecha fundada al respecto, el despido será considerado procedente. Así lo ha calificado la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de junio de 2021 \(rec. 964/2021\)](#), que declara procedente el despido de una trabajadora (ayuda a domicilio) que mintió (simulación de contagio: fingió que no llevaba mascarilla en el momento de atender a una persona con positivo por COVID-19, cuando sí la llevaba) al servicio de prevención de la empresa para lograr una baja laboral ante un posible positivo por COVID-19.

⁶ Fue el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 9 de Murcia 231/2020, de 10 de diciembre (declara nulo, con los efectos ligados, el despido de una trabajadora –carnicera de supermercado– por haberse contagiado de COVID-19), o el de la [SJS número 1 de Mataró 39/2021, de 1 de febrero](#) (es nulo el despido, al inicio de la pandemia, de un trabajador –peón especialista– tras comunicar una baja por infección –la indemnización fue la mínima: 6.251 €–).

5. La cuestión indemnizatoria: evolución del precedente, aún en espera de nuevas aperturas de los sistemas tasados para disuadir de despidos artificiosos

5.1. Consolidación del criterio de automaticidad de la indemnización por daños personales derivados de la violación del derecho fundamental

En el precedente de la [STS de 31 de enero de 2011](#) que sirve de referencia a la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#), la nulidad no conllevó indemnización adicional. El déficit de cultura resarcitoria en el orden social por la hegemonía del sistema era notablemente mayor entonces. En efecto, como sentara la [STS de 9 de mayo de 2011 \(rec. 4280/2010\)](#), si bien ha sido doctrina jurisprudencial rechazar una indemnización adicional de daños ex [artículo 1.101 del Código Civil \(CC\)](#) (para el despido y para el [art. 50 ET](#)), por la especialidad de la regulación laboral respecto de la civil, diferente debía ser cuando se ejercite –al tiempo o en procedimiento diverso y autónomo– la violación de un derecho fundamental. Esta posición quedaría ya clarificada en la [STS de 17 de mayo de 2006 \(rec. 4372/2004\)](#)⁷, que, a su vez, confirmaría que no resulta extravagante o rectificador el criterio sentado, en sala general, por la [STS de 11 de marzo de 2004 \(rec. 3994/2002\)](#), pues en este caso la indemnización adicional pedida era en el marco común del [artículo 1.101 del CC](#), no en el de la violación de derechos fundamentales (indisponible para la ley, sin que se admita una tasación legal). En ellas se recuerda que la dualidad de reclamaciones (acciones) hallaría razón de ser en la dualidad de daños (la pérdida injustificada de empleo, que tiene una indemnización legal tasada; el daño moral por la violación del derecho fundamental).

Por su parte, la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) sería igualmente reflejo de la profunda evolución jurídico-cultural de su tiempo. En él la jurisprudencia ha terminado no solo reafirmando el derecho al resarcimiento en caso de violación de derechos fundamentales, aunque no lo prevea expresamente la ley, sino reconociendo –tras un proceso errático y dilatado– que tal procedencia es automática, sin necesidad de prueba del daño, debiendo cumplir la cuantía indemnizatoria una función tanto de resarcimiento íntegro cuanto disuasoria. Todo ello en el marco del [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#). Su activación en el caso llevará a la sala catalana de suplicación a reconocer una indemnización adicional de 18.700 euros.

En este escenario evolutivo jurisprudencial, la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) llamará la atención sobre la ausencia de motivo de recurso en relación con la aplicación del [artículo 183 de la LRJS](#). Sin embargo, al estimar la nulidad y asumirse la doctrina jurisprudencial de la

⁷ La acción resolutoria ex [artículo 50 del ET](#) se ejercía simultáneamente con una acción indemnizatoria por acoso. En idéntica línea se pronunció la [STS de 20 de septiembre de 2007 \(rec. 3326/2006\)](#).

automaticidad de tal indemnización, lo activará, volviendo su mirada a la demanda, donde se solicitan 18.177,05 euros, desglosados (se sigue una certera práctica, según el principio de vertebración exigido por el [art. 183 LRJS](#)) en los siguientes importes:

- 6.251 euros en concepto de daños morales vinculados a la violación del principio de igualdad y no discriminación, a la salud y a la dignidad (arts. [10.1](#), [14](#) y [15 CE](#));
- otros 6.251 euros en concepto de daños personales por perjuicio psicológico, y
- 5.675,05 euros en concepto de daños materiales por gastos vinculados a la defensa.

Asimismo, la sala recuerda que no existe en la sentencia ni en el escrito realizado para la impugnación ninguna oposición a las cuantías solicitadas. Sobre la base de la fijación legal ([art. 183.2 LRJS](#)) de los dos objetivos de la indemnización (resarcimiento suficiente y disuasión de conductas análogas) y dada la especial gravedad de la «política de empresa» estima la pretensión indemnizatoria «al no poder fijar un importe mayor por razón de congruencia procesal» (justicia rogada). Pero, de nuevo, alienta una menor prudencia resarcitoria (autolimitación de la demanda) y una mayor justicia reparadora, con lo que se abre un interesante horizonte en el nuevo derecho del trabajo, donde la reparación íntegra y el fin disuasorio deben cumplir un papel mucho más significativo.

5.2. ¿Existe obligación de resarcir íntegra y preventivamente el daño personal derivado de un cese ilícito?

En este contexto de análisis retrospectivo de algunos de los fragmentos (a veces «baldadas») de derecho vivo más recientes no es ocioso recordar el voto particular que don Aurelio Desdentado firmó a la citada [STS de 11 de marzo de 2004](#). A él se adhirieron tres magistrados más –incluido el que luego sería presidente de la sala–. En su opinión, la doctrina jurisprudencial debía ser rectificadas globalmente, pues la clave jurídica de la doctrina de la compatibilidad de indemnizaciones (se afirma para el [art. 50 ET](#), pero, a mi juicio, podría valer igualmente para el despido improcedente) no debe residir en el rango del derecho vulnerado, sino en la naturaleza diferenciada de los daños derivados del actuar grave y culpable extintivo de la empresa. Así:

- una cosa será la pérdida de empleo derivada de una extinción injustificada (directamente o mediante su inducción por la vía del [art. 50 ET](#)), que está tasada legalmente ([art. 56 ET](#)) y no podría modificar la decisión jurisdiccional;
- otra, los daños personales, psíquicos y morales (en el caso derivados del proceso depresivo que, originado en la conducta empresarial que llevó a la resolución causal, terminó con el reconocimiento de una incapacidad permanente). Estos

daños han de ser «objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas [...]».

A su juicio, así se derivaría tanto de la [STS de 12 de junio de 2001 \(rec. 3827/2000\)](#), cuanto de la [STS, Sala 1.ª, de 10 de abril de 1999 \(rec. 2934/1994\)](#), «en un caso muy similar al presente». El orden civil no sería competente por tratarse de cuestiones estrictamente laborales, incluso si se ejerciera la acción del [artículo 1.902 del CC](#), pero su criterio de fondo sí estaría bien fundamentado y debió acogerlo el orden social, entiende el voto particular. Aunque no ha sucedido así, con el tiempo la apertura de la rama social del derecho a las normas y principios del derecho civil de daños ha crecido, sin limitarse la evolución a la protección reparadora de los derechos de rango fundamental. Justamente, la ratificación de la [Carta Social Europea revisada \(CSEr\)](#) abre una nueva oportunidad para este movimiento de quiebra (cívico-social) del viejo sistema de indemnizaciones tasadas.

5.3. ¿Indemnización adicional por el plus de arbitrariedad de un despido improcedente?: otra apertura pendiente, apuntada a la luz de la CSEr

Precisamente, y será la última cuestión aquí analizada, el caso resuelto por la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) ofrece un magnífico ejemplo de las paradojas y contradicciones que se presentan en nuestro actual ordenamiento jurídico-laboral y que probablemente merecerán atención en la contrarreforma laboral ya anunciada como inmediata. De un lado, lo raquíptico de la indemnización explica que la empresa presente una causa formal que sabe irreal, porque si el problema era de absentismo, o de ineptitud sobrevenida, como se dijo, había otros mecanismos jurídicos racionales a tal fin (despidos objetivos), no el disciplinario. Pero la auténtica causa residía en la voluntad de desprenderse de una persona poco rentable (amén de poco dócil: también demandó por fraude contractual). Consciente de ello, no tiene rubor –es práctica– en reconocer la improcedencia *ipso facto*.

De otro lado, al margen de la persistente vigencia de la doctrina jurisprudencial que califica como improcedente el despido sin causa real o con causa falsa, la sentencia de instancia reconoce que no puede entrar en honduras a la hora de la calificación de este despido (la sala de suplicación tiene otra visión), porque ni se ha intentado justificación alguna en el proceso de la causa. De ahí la improcedencia. Silenciada queda, tanto en la sentencia de instancia como en la de suplicación, la nueva situación creada por el claro reforzamiento en nuestro sistema del derecho a una reparación adecuada ex [artículo 24 de la CSEr](#), así como por la doctrina vinculante (dejamos de lado si jurisprudencial o cuasi jurisprudencial o de otro tipo) del órgano máximo de garantías de la Constitución social europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Su maduración supondrá el reforzamiento del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#).

No podemos entrar en esta cuestión, excede de este análisis (otra historia) y, además, se hizo en el [número monográfico de julio de 2021](#), al que remitimos. Pero sí merece la pena una mínima reseña de doctrina judicial en este sentido. Al respecto, en números anteriores de esta revista venimos dando cuenta de cómo los conflictos judiciales para reclamar el derecho a una indemnización económica adicional y complementaria a la tasada por la ley en los despidos improcedentes, cuando concorra un plus de arbitrariedad, agravando la ilicitud de un despido sin causa, está ganando relieve en la experiencia forense. Si primero lo fue en el nivel de «instancia social», hace varios meses que las salas de suplicación han comenzado a tomar partido por esa posibilidad, si bien de forma extremadamente excepcional. Una doctrina que, saludable por mostrar más flexibilidad, no termina de conformarse a la doctrina del CEDS, que debe prevalecer.

La sala de suplicación que más sentencias ha dictado es la catalana. La [STSJ de Cataluña 3812/2021, de 14 de julio](#), sintetiza y acota los requisitos –de momento solo teóricos–:

- una «notoria [...] insuficiencia de la indemnización por resultar manifiestamente exigua» (criterio cuantitativo que prueba la inadecuación de la cuantía);
- «clara [...] existencia de fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato» (el citado plus de antijuridicidad por su artificiosidad);
- que «en el *petitum* [...] se concreten los daños precisados de compensación y la prueba contradictoria de su *quantum*» (prueba –civil– del daño ex [art. 1.101 CC](#)).

Sin duda, este criterio –que vendría a coincidir con el planteamiento de dar entrada al derecho civil en el derecho laboral reparador deducible del voto particular referido– es el más cuestionable, a la luz de la doctrina del CEDS (que se cita). Además, no parece muy coherente reprobar a la sentencia de instancia que fije la indemnización adicional en función disuasoria, sin explicitar prueba del daño, cuando, al tiempo, afirma que la cuantía legal no cumple ni por asomo la función reparadora. En todo caso, no habiendo hasta ahora dictado ninguna sentencia estimatoria –lo que evidencia la artificialidad misma de la construcción, que asume la necesidad de la garantía, pero la envuelve en tantos obstáculos que la vacía de sentido práctico–, parece que está sumando émulos ([STSJ de Navarra 206/2021, de 24 de junio](#); [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021, rec. 103/2021](#)), aunque otras salas lo rechacen (por ejemplo, [STSJ de Madrid 277/2021, de 17 de marzo](#)).

6. Reflexión final: las prácticas de gestión de personas basadas en reducirlas a la condición de recursos productivos están prohibidas por deshumanización

Aunque es evidente que no sería honesto exacerbar el significado del precedente de la [STS de 31 de enero de 2011](#), porque sigue asumiendo que el despido por enfermedad no

requiere un plus de reprobación jurídico-social (constitucional, europea), tampoco cabe infravalorar su significado más profundo y útil para ir más allá de los prototípicos casos a los que afecta, de más difusión en la práctica de lo que la experiencia forense habría reflejado hasta ahora. Por eso, nos ha parecido muy sugerente que la Sala Social del TSJ de Cataluña haya dirigido la mirada a tan virtuoso precedente. Ahora bien, esta contemporánea decisión, 10 años después, vive en una atmósfera jurídico-social diversa y el espíritu que la alienta contrasta con el que envolvía la sentencia de 2011.

A mi juicio, este diferente tiempo axiológico, parcialmente también legislativo, es el que subyace y alienta el contraste de valoración entre la instancia (anclada en el pasado del derecho de precedentes, por más que sigan estando actuales) y la suplicación. Un nivel y otro del sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras rezuman un distinto entendimiento de la señal de política jurídica dada por la derogación legal del despido por absentismo. Minusvalorada (o acotada de forma estricta a sus términos legales) por la instancia, pero convertida en el «nuevo espíritu del tiempo» por la sala de suplicación. Aunque, como es natural, precisa de un fundamento jurídico más concreto para poder actualizarlo en la práctica.

En última instancia, una vez más, la reivindicación de la primacía jurídica, no solo ético-social, de la «condición humana» sobre la «condición productiva» de las personas, rechazando su carácter sacrificial (*homo sacer*) a toda costa en el altar de la rentabilidad de una práctica, de una política de empresa, sería la principal lección del precedente, renacido una década después. Aunque en un ámbito de protección jurídica diferente, la discriminación por razón de edad, decisiones jurisdiccionales relativamente recientes han puesto el acento en este plus de antijuridicidad que tienen las decisiones extintivas basadas en políticas de empresa a tal fin, sacrificando la condición personal o humana, en este caso la edad avanzada, al servicio de la rentabilidad y, por tanto, cosificando la gestión estratégica de las personas como factor productivo («recursos inhumanos»). Es el caso, por ejemplo, de la [SJS número 33 de Madrid 323/2020, de 18 de noviembre](#).

Sin profundizar en el conjunto de argumentos que llevaron al órgano jurisdiccional a calificar como despido económico discriminatorio por razón de la edad el cese de 5 personas trabajadoras mayores de 50 años en la empresa (Huawei), sí merece la pena destacar que la valoración de los daños (20.000 €) tuvo en cuenta la:

[...] política empresarial [...] de RR. HH. desplegada por Huawei materializada en el discurso de su presidente [...] que consta [...] probado [...].

Tan descarnada filosofía empresarial⁸, [...] la maximización del beneficio económico y del poder social del empresario, no encaja con [...] los valores de [...] la dignidad [...] art. 2 TUE y art. 10.1 CE.

⁸ «Se aprecia una visión de las relaciones de trabajo que se identifican con tiempos de guerra y para las que se exigen comportamientos de inspiración militar en la búsqueda de la excelencia [...] y eliminación de [...] [las personas] mediocres».

El argumento podría trasladarse a otros factores de segregación por razones de maximización del beneficio, como la discapacidad y la enfermedad (intermitentemente recurrente), incluso el género (el TJUE asume el valor de las declaraciones de la empresa como prueba de una eventual política discriminatoria por sexo, aún sin precisar en medidas concretas). La persona despedida en todos estos casos se colocaría en «[...] una situación gobernada por sensaciones como el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia y la ansiedad». En suma, quienes sufren este despido injusto entran en la zozobra provocada sea por el sentimiento de injusticia como por la conciencia de la dificultad de lograr otro empleo.

Pese a tratarse de factores de segregación y estigmatización diversos, en estas decisiones, alentadas por la [STS de 31 de enero de 2011](#), subyace la prohibición de estilos de gestión de personas trabajadoras como mero «recurso productivo», incluso «capital humano» (como todo capital, tiende a maximizarse o, en caso contrario, «amortizarse»). Como acredita la [Sentencia de la Audiencia Nacional 104/2021, de 10 de mayo](#), no es el sector del *contact center* el que más empatiza con la condición humana en sus políticas de gestión empresarial, más bien algunas de las prácticas que se van conociendo ponen los pelos como escarpas, por su productivismo, a costa de su «deshumanización» ([STC 192/2003, de 27 de octubre](#)).

¿Puede entenderse de otro modo que haya de reivindicarse a las alturas de 2020 el derecho al uso del lavabo para atender necesidades fisiológicas y que la empresa se niega a registrar como pausa sencillamente porque el convenio no lo ha previsto? Ni el encuadramiento de la cuestión del registro de los tiempos de trabajo dentro del marco de la seguridad y salud en el trabajo ([STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, Deutsche Bank](#)) ni el principio general (constitucional y universal) de dignidad de la persona hicieron mella alguna en esta política de empresa del sector del *contact center*. La Audiencia Nacional ha debido recordar que «el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio» (art. 427 [Tratado de Versalles](#), que dio lugar a la OIT). ¿Y qué significa esto hoy? Que «la prestación laboral se realiza por seres humanos que no merecen ser tratados como simples máquinas» o recursos productivos (FJ 4.º, punto 4).

En suma, en todas estas sentencias subyace el retorno del sentido del límite jurídico a las decisiones de gestión del factor trabajo basadas en la pura rentabilidad (las razones de la empresa, el alma económica de la norma laboral: principio de rendimiento hoy reformulado como principio de defensa de la productividad ex arts. [38 CE](#), [5 y 20 ET](#); también art. [16 CDFUE](#)) y de espaldas respecto de su condición humana inherente (razones de la persona, el alma social de la norma laboral: clásico principio de protección –leyes de las personas contratantes débiles–). En un nuevo tiempo, de contrarreforma y/o de modernización estatutaria, veremos qué recorrido tiene la necesidad de un reequilibrio transaccional entre los dos afanes o aientos de la norma laboral, sin que, en realidad, como mostró la pandemia, una –la economía– pueda vivir al margen de la otra –la salud–, ni viceversa. Al derecho del trabajo le corresponde fijar el debido equilibrio, más que en una lógica de sacrificio mutuo, en la de maximización recíproca.



Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Supremo 933/2021,**
de 23 de septiembre

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

La reforma laboral de 2012-2014 quiso reconocer a las empresas mayor flexibilidad de gestión de las causas habilitadoras de despidos colectivos, incluyendo el fin de la autorización administrativa. Sin embargo, no menos claro quedaba que el procedimiento de consulta no era disponible para la empresa, eludiéndolo a través de fragmentar y diversificar despidos y extinciones. La construcción del despido colectivo de hecho fue una creación jurisprudencial para garantizar que despidos materialmente colectivos, pero formalmente individuales o plurales, se canalicen por la vía del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta construcción de derecho vivo ha ido creciendo con el tiempo y hoy conoce una gran vis atractiva. Como acaba de confirmar el Tribunal Supremo, también los ceses por no superación de los periodos de prueba *ex* artículo 14 del ET, aunque no conste la causa, pueden considerarse ceses incluidos en el cómputo para el umbral del artículo 51 del ET. Una vez más, la realidad y la buena fe, con prohibición del ejercicio antisocial del derecho del artículo 7 del Código Civil, se imponen al formalismo y a la libertad de decisión empresarial, en aras del orden público-económico laboral.

Palabras clave: despido colectivo *de facto*; buena fe; periodo de prueba; derecho vivo; orden público laboral.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 933/2021, de 23 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 186-196.

Employment regulation and eligible terminations: *de facto* collective dismissal, a happy concept in continuous expansion

On the occasion of the Supreme Court Ruling 933/2021,
of 23 September

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The 2012-2014 labour reform aimed to provide companies with greater flexibility in the management of the causes of collective dismissals, including the end of administrative authorisation. However, it was no less clear that the consultation procedure was not available to the company, which circumvented it by fragmenting and diversifying redundancies and dismissals. The construction of the *de facto* collective dismissal was a jurisprudential creation so that materially collective dismissals, but formally individual or plural, were channelled through article 51 of the Workers' Statute. This construction of living law has grown over time and today has great appeal. As the Spanish Supreme Court has just confirmed, even dismissals for failure to pass the probationary periods *ex* article 14 of the Workers' Statute, even if the cause is not declared, can be considered as dismissals included in the computation of the threshold of article 51 of the Workers' Statute. Once again, reality and good faith, with the prohibition of the antisocial exercise of the right of article 7 of the Civil Code, prevail over formalism and the freedom of business decisions, for the sake of public-economic labour order.

Keywords: *de facto* collective dismissal; good faith; probationary period; living law; public labour order.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Employment regulation and eligible terminations: *de facto* collective dismissal, a happy concept in continuous expansion. On the occasion of the Supreme Court Ruling 933/2021, of 23 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 186-196.



Sumario

1. Primacía de la realidad sobre la forma: la construcción del despido colectivo *de facto*, garantía de efectividad del orden público económico-laboral
2. La ausencia de obligación formal empresarial de justificar el desistimiento por no superación del periodo de prueba no excluye su control jurisdiccional
3. Reflexión final: de nuevo la vitalidad del principio jurídico de buena fe en el trasfondo de una exitosa construcción jurisprudencial

Una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometándose al procedimiento legalmente previsto [...]. Pero puede también producirse al margen de este procedimiento –prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas– o incluso ocultando su carácter colectivo.

En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante un «despido colectivo de hecho».

[Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 \(rec. 52/2013\).](#)

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

La idea de una interpretación del derecho, que no es solo un sistema normativo complejo, sino también realidad empírica, puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión. El ejercicio de la jurisdicción no está orientado solo por las normas jurídicas, sino que está dirigido también por el discurso de los fines sociales y por la construcción teórica de las conexiones sociales relevantes para la consecución de dichos fines.

Alf Ross (Sobre el derecho y la justicia, 1958)

1. Primacía de la realidad sobre la forma: la construcción del despido colectivo *de facto*, garantía de efectividad del orden público económico-laboral

En la tipología de despidos analizados en el capítulo anterior de estos fragmentos de derecho vivo del trabajo de hoy con mirada de la doctrina jurisprudencial de ayer, la protagonizada por el magistrado don Aurelio Desdentado, la tutela reforzada con la nulidad se producía en virtud del blindaje que ofrecen, frente a su plus de antijuridicidad (discriminación, violación del derecho a la salud e integridad) respecto de la ilicitud ordinaria, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, revaluando su condición humana por encima de su condición de «recursos productivos». Frente a la causa formal, y al margen del régimen legal, se hace triunfar la verdad material (la causa real evidencia un plus de reprochación no ya ética, sino jurídico-social). En cambio, en la tipología de despidos (por causas no inherentes a las personas trabajadoras y dimensión colectiva) atendida por las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) [933/2021, de 23 de septiembre](#), y [929/2021, de 22 de septiembre](#)¹, el blindaje deriva, además, de los imperativos comunitarios de procedimiento

¹ Esta cuestión jurídico-laboral de fondo es la subyacente igualmente a la [STS 926/2021, de 22 de septiembre](#) (Gran Casino Nervión, SA). Sin embargo, en este caso, el TS constatará de oficio la caducidad de la

de despido colectivo, requiriendo una fase de consulta-negociación ([Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio](#), relativa a despidos colectivos).

También la regulación nacional de estos despidos está hoy en el ojo del huracán de los procesos de reforma abiertos. Procesos que parecen llegar a su fin (contrarreforma laboral) y en los que se discute la posibilidad de recorrer el camino inverso al de la reforma de 2012-2014: la vuelta al sistema de la autorización administrativa. Un sistema que, dicho sea de paso, al margen de lo que se opine sobre su eficacia real (muy limitada²), no plantea problema alguno de conformidad comunitaria, siempre que se regule eliminando la discrecionalidad –usual en este modelo– de la autoridad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15, que puso fin a la última trinchera europea de tal sistema: la griega). En todo caso, el derecho vivo está desempeñando una importante labor de garantías de la efectividad, no solo formal sino sustantiva, del procedimiento colectivo.

Ambas sentencias debaten sobre la eventual existencia de un despido colectivo encubierto («despido colectivo de hecho»). Pero en este estudio nos centraremos en la citada [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#) (despido colectivo de Zener Plus, SL), sin perjuicio de hacer algunas referencias a la análoga doctrina reafirmada en la citada [STS 929/2021, de 22 de septiembre](#) (despido colectivo de Samic Iberia, SLU, Sociedad Estatal Paradores de Turismo), que incluye otra dimensión jurídico-laboral diferente, también muy importante, pero ajena a este análisis (no porque el magistrado Aurelio Desdentado no tuviese, en su día –2002–, que lo tuvo, un marcado protagonismo), como sería la figura de la subrogación empresarial ex [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)³. Y ello por dos razones,

acción de despido. De ahí que case y anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 22 de diciembre de 2020 (proc. de despido colectivo 33/2020), con la consiguiente desestimación de la demanda por despido colectivo.

² Al margen de anomalías como dejar vivo un ERE (expediente de regulación de empleo) más de 12 años (Sentencia de la Audiencia Nacional –[SAN](#)– 194/2021, de 20 de septiembre).

³ En este asunto, el debate sobre el despido *de facto* se produce al hilo del cambio de contratista en la limpieza de diversos establecimientos hoteleros de la red Paradores de España, SA. El recurso trae causa de la demanda sindical presentada contra la empresa principal (Paradores de Turismo de España, SME), la empresa saliente (Samic Iberia, SLU) y la empresa entrante (Eulen, SA). Se sostiene que ha habido un despido colectivo tácito, apuntando a la responsabilidad de la empresa principal que lo consiente, de la saliente que da de baja en Seguridad Social a las 25 personas afectadas y de la entrante que rechaza la subrogación. En instancia, la [STSJ de Madrid 57/2021, de 28 de enero](#), declarará que el cese acontecido el 16 de septiembre de 2020 en el centro de trabajo del parador de Alcalá de Henares (25 camareras de piso) constituye un despido nulo (arts. 51 ET y 124 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), por tácito, pues debió producirse la subrogación de empresa al tratarse de una actividad intensiva en mano de obra (desmaterializada), condenando a la inmediata incorporación a sus puestos de todas las personas afectadas. La única responsable sería la empresa entrante (Eulen), absolviendo a las demás. El TS confirma esta sentencia porque Eulen asumió una parte relevante de la plantilla adscrita precedentemente a la limpieza del Lote de Paradores, según la [STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo](#) (cuya doctrina rechazara don Aurelio Desdentado).

vinculadas ambas a ese primado del principio de realidad económico-social (de extraordinaria raigambre en el derecho del trabajo) frente al principio de la apariencia, así como al predominio de los criterios de orden público-económico laboral (derecho necesario absoluto) sobre la disponibilidad (típico del derecho civil), en aras de una mayor flexibilidad de gestión del factor trabajo para las empresas (modelo de favor por las economías laborales de opción empresarial en virtud del principio de autonomía privada y de la libertad de empresa). A saber:

- Supone una reafirmación, y extensión, de una feliz construcción jurisprudencial, que se debe al saber jurisprudencial de don Aurelio Desdentado, al ser el ponente de la primera decisión que lo afirmó: [STS de 25 de noviembre de 2013 \(rec. 52/2013\)](#).
- Al tiempo, estamos ante una nueva reivindicación de la dimensión causal de toda decisión empresarial, incluso cuando las leyes le dan la forma de desistimiento libre, como resultaría en la institución del periodo de prueba [ex artículo 14 del ET](#).

En el primer ámbito, la construcción jurisprudencial del «despido colectivo de hecho» o *de facto* (prima la unitaria realidad económico-organizativa profunda del conjunto de decisiones sobre la diversidad formal de las extinciones formuladas, simultánea o en tiempos diversos –dentro del periodo computable a efectos del [art. 51 ET](#)–) se recordará que se trata de la proyección para las decisiones extintivas colectivas de una institución jurisprudencial consolidada para los despidos individuales: el despido tácito. La realidad habría venido evidenciando que las empresas tienden a diversificar, fragmentando, las decisiones de cese o extintivas, tanto por las causas formales como por el tiempo en el que se realizan, a fin de evitar el rigor procedimental del despido colectivo regular. Frente a este riesgo de prácticas elusivas de una norma de orden público-económico laboral, no solo de gestión (para las empresas y para la interlocución sindical), sino de protección (para las personas trabajadoras), se primará la dimensión materialmente colectiva del conjunto de decisiones extintivas sobre la forma ([STS 62/2020, de 24 de enero](#)):

Este sería el caso del despido colectivo tácito, en el que se produce el cierre de la empresa sin ninguna declaración extintiva y también tiene esta condición el despido colectivo de hecho cuando se produce mediante decisiones extintivas individuales, pese a sobrepasar los umbrales del art. 51.1.1 del ET (STS de 25 de noviembre de 2013, FJ 3.º).

Hasta fechas recientes, la aplicación de este concepto tuvo su mayor operatividad para las extinciones (disciplinarias u objetivas) en las que existe acuerdo extrajudicial o judicial (reconociendo la improcedencia), inicialmente rechazado por las empresas por entender que eran extinciones por mutuo acuerdo ([art. 49.1 a\) ET](#)) o por dimisión ([art. 49.1 d\) ET](#)). También para los despidos fraudulentos por decisión jurisdiccional. En todos estos casos, se trataría de «extinciones a iniciativa de la empresa» y «motivos no inherentes a la persona trabajadora»

(ni se vincula a su voluntad ni a su capacidad, sino al interés empresarial). Que pueda mediar transacción ([art. 1.809 Código Civil –CC–](#)) de autonomía no altera la naturaleza del despido, siendo un instrumento de terminación anticipada del pleito provocado por la decisión empresarial⁴. Solo se excepcionarían: los ceses en el tiempo válidamente convenido (y transcurrido) o a la realización de la obra o servicio determinado ([STS 660/2020, de 16 de julio](#)).

Pues bien, la gran novedad (relevante por la figura, quizás algo particularista por el elevadísimo número) de la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), es la inclusión dentro de los ceses o de las extinciones computables de las que derivan del desistimiento empresarial ejercido en virtud de la habilitación dada por el [artículo 14 del ET](#): periodo de prueba. Para la empresa, la no renovación, en la plantilla del centro de trabajo de Zener Plus, SL, en la provincia de Vizcaya, de 6 personas con contratación temporal, así como el cese por no superación del periodo de prueba de 25 personas contratadas con esta condición resolutoria pactada y legalmente establecida, traería causa de la situación de riesgo de contagio por el virus SARS-CoV-2, al igual que la disminución en el rendimiento laboral de al menos 65 personas trabajadoras de dicha plantilla, 34 de las cuales serían objeto de un despido disciplinario, si bien reconoció la improcedencia en su carga de despido con la correspondiente indemnización. Pese a que podría haber tenido algún efecto esta alegación, también en relación con la eventual prohibición de este despido en virtud de la aplicación de la –polémica– norma ex [artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo](#), esta cuestión quedó fuera del debate en la instancia social⁵ y, por tanto, de la casación.

2. La ausencia de obligación formal empresarial de justificar el desistimiento por no superación del periodo de prueba no excluye su control jurisdiccional

Ciertamente, conforme a la previsión estatutaria y conforme al derecho de la Unión Europea, si un cese responde a una condición extintiva previamente determinada en el contrato y válidamente establecida, como puede ser la temporalidad, por ejemplo, debe excluirse del cómputo ([STS 660/2020, de 16 de julio](#)). Ahora bien, ya se ha evidenciado que en este ámbito y en virtud de la construcción del despido colectivo de hecho o *de facto*, en el que prima la realidad sobre la forma, también sobre la decisión de autonomía formal, el derecho de precedentes, el derecho vivo sobre el despido colectivo, se ha conducido por una senda expansiva, claramente garantista. Y ello en aras de garantizar de manera efectiva el derecho a la participación efectiva *ex bona fides* en la regulación

⁴ Originariamente, SSTS de [26 de noviembre de 2013 \(rec. 334/2013\)](#) y de [18 de noviembre de 2014 \(rec. 65/2014\)](#).

⁵ No es baladí, si se tiene en cuenta que la sala de suplicación vasca es la única que mantiene de forma clara la nulidad de los despidos asociados, directa o indirectamente, a «causas COVID-19».

de empleo, dado que responde el procedimiento no a razones formales o de trámite burocráticas, sino de fondo, sustantivas (transparencia de la decisión y negociación de los efectos para reducir su nocividad social).

Por eso, es posible encontrar decisiones jurisprudenciales que asumen que, incluso si se trata de extinciones contractuales de naturaleza temporal (los cada vez peor vistos, o cada vez más «malditos», contratos de obra o servicio determinado), existirá estricta obligación de inclusión en el cómputo de las extinciones a atender para precipitar un despido colectivo de hecho. Así se entiende en el asunto resuelto por la [STS 283/2019, de 4 de abril](#). Esta sentencia casa y anula la de instancia (STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2018, proc. 942/2017), de modo que se incluirían:

[...] los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidas solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término (FJ 3.º).

Una conclusión que no podría alterar, por su carácter de orden público laboral, ni una norma convencional que regulara de modo diverso las causas extintivas del contrato de obra en su vinculación con las contratas⁶.

En definitiva, deben computarse todas las extinciones por causas no inherentes a la persona trabajadora (por ejemplo, [STS 214/2020, de 10 de marzo](#) –relativa a los supuestos de falta de llamamiento de las personas trabajadoras fijas discontinuas en el tiempo previsto–). Naturalmente, ninguna relevancia real tendrá «que las empresas no invoquen causa expresa [...] para hacer desaparecer la existencia de un despido o extinción computable a esos efectos» ([STS 929/2021, de 22 de septiembre](#)⁷). Distinto será cuando, junto a los elementos fácticos, medie la necesidad de calificaciones jurídicas

⁶ Añade que el artículo 17 del Convenio colectivo de *contact center* no regula, ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo tanto, ha de acudirse al [artículo 51 del ET](#). En la misma línea, la [STS 62/2020, de 24 de enero](#). Aquí no se trata de contratos temporales que pudieran ser considerados fraudulentos o que hubieran finalizado al margen de las previsiones normativas sobre este tipo de contratos, sino de 27 contratos temporales extinguidos al amparo del artículo 17 del Convenio colectivo del sector de *contact center*. Aunque esta sentencia se remite al citado precedente de la [STS 283/2019, de 4 de abril](#), concluirá que la acción de despido colectivo de hecho está caducada.

⁷ También la [STSJ de Madrid 776/2020, de 23 de julio](#), hace aplicación de la doctrina del despido colectivo de hecho cuando, ante una situación de reversión de una contrata de restauración (Complejo de la Moncloa), materialmente calificable como sucesión de empresa, la Administración (Ministerio de la Presidencia) no asume formalmente a la plantilla de la contratista saliente (aunque la actividad sustancial del Ministerio de la Presidencia no sea realizar tareas de restauración).

de las causas (fraude de ley), precisándose entonces decisiones de carácter individual en procesos específicos de este fin, no en el del [artículo 124 de la LRJS \(STS 974/2018, de 22 de noviembre\)](#).

Sin duda, esta conjunción de aproximación realista a los escenarios de regulación de empleo cuando aparecen fragmentados, aparentando diversidad de causas y formas extintivas, pese a obedecer a una decisión económica unitaria de empresa, con visiones garantistas y expansivas en la interpretación de las normas (también por su fundamento de derecho de la Unión Europea), está en la base de la decisión alcanzada por la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), que analizamos. En el asunto resuelto en ella quedó acreditado que la empresa, apartándose del procedimiento previsto, habría despedido fraudulentamente a 34 personas empleadas por contrato indefinido, a 6 personas contratadas de forma temporal, y extinguido, de forma simultánea, nada menos que 25 contratos de trabajo por la supuesta falta de superación del periodo de prueba ex [artículo 14 del ET](#). Para la sentencia de instancia ([STSJ del País Vasco 1493/2020, de 12 de noviembre](#)):

Si bien la empresa no ha de esgrimir la causa por la que considera no superado el periodo de prueba, si, como es el caso, la extinción por tal causa se produce en coincidencia cronológica con otros despidos disciplinarios declarados improcedentes y con extinciones de contratos temporales también improcedentes, así como en número elevado (25), la decisión empresarial requiere [...] acreditación, cuya ausencia conduce a la conclusión [...] reseñada.

La sentencia de casación confirma, una vez repasa los diversos precedentes sobre el despido colectivo de hecho⁸, este criterio, considerando razonable concluir que estas últimas extinciones constituyeron «un claro abuso de derecho». Es totalmente desproporcionado extinguir un número tan alto de contratos por esta causa al mismo tiempo, sin que la empresa hiciese intento alguno por acreditar mínimamente las razones de «una medida tan extravagante». Que la eventual causa justificativa pudiera estar en «supuestas quejas» de varias personas empleadas, «porque consideraban que no se aseguraba su salud durante la pandemia», no solo carecería de realidad y seriedad, sino que resulta contradicho por la conducta procesal de la empresa. En efecto, esta ensayó «introducir en el relato fáctico que las extinciones controvertidas se basaron en una bajada generalizada del rendimiento» ([STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), FJ 3.^o).

⁸ Incluida la rectificación más reciente en orden al método de cómputo del periodo de 90 días para fijar el arco temporal relevante para determinar el umbral cuantitativo mínimo, debiéndose realizar, por razones también de garantía de efectividad o efecto útil de la norma comunitaria, sea hacia adelante sea hacia atrás, desde el último despido producido por causas no inherentes a la persona trabajadora (*vid.* [STS 427/2021, de 22 de abril](#); descarta tal conclusión, cuando no se alcanzan los umbrales citados, la [STS 1086/2020, de 9 de diciembre](#)).

3. Reflexión final: de nuevo la vitalidad del principio jurídico de buena fe en el trasfondo de una exitosa construcción jurisprudencial

Aunque el principio de primacía de la realidad sobre la apariencia formal está en la base de esta construcción jurisprudencial, debida a la maestría de un jurista de la talla de Aurelio Desdentado, es evidente que no se creó ni se desarrolló solo sobre elementos de hecho o fácticos (observación realista de la norma) y una aplicación expansiva de los criterios legales. Como casi siempre, en el trasfondo de tan solvente como práctico u operativo⁹ concepto de factura típicamente jurisprudencial (tópica jurídica) subyace y ofrece nuevo aire un principio jurídico sustantivo axial, como sería el de buena fe, así como el de prohibición del ejercicio antisocial del derecho ex [artículo 7 del CC](#). Justamente, la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), recordará que estos principios jurídicos han de operar en el control aplicativo de toda ley, también del [artículo 14 del ET](#) en relación con su [artículo 51](#):

[...] aun cuando sea cierto que el art. 14 ET viabiliza la extinción del contrato durante el periodo de prueba sin necesidad de motivar las razones del desistimiento empresarial [...] dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe [art. 20.1 ET en relación con el art. 7.1 CC], subrayándose [...] que, todo acto u omisión que [...] por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar [...] a la adopción de las medidas judiciales [...] que impidan la persistencia en el abuso.

La recurrente llamada (por ejemplo, [SAN 215/2021, de 18 de octubre](#) –anula los recortes salariales de Ryanair por no negociarlos de buena fe ex [art. 41 ET](#)–) a principios jurídicos «eternos» serviría, pues, para fijar la debida conexión de coherencia entre todas las normas e instituciones jurídicas. Por su virtud, la excepción legal que el periodo de prueba representa («cese» libre: sin causa –desistimiento– y sin forma) respecto de las reglas generales de estabilidad en el empleo (cese causal) se mantiene dentro de unos límites razonables (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 119/2014, de 16 de julio](#)).

De este modo, tanto el requerimiento de los principios jurídicos como de los derechos fundamentales [«leyes de las personas contratantes más débiles»; aunque son también instrumentos al servicio de las personas contratantes más fuertes, como, por ejemplo, el

⁹ En ocasiones no se entra en el fondo por cuestiones procesales. Por ejemplo, la [STS 951/2021, de 29 de septiembre](#), confirmará la decisión de instancia que apreció la falta de competencia objetiva, en el entendimiento de que, si no cabe la acción del [artículo 124 de la LRJS](#), no ostenta competencia para conocer de la demanda ([art. 7 a\), párrafo segundo, LRJS](#)). En el caso, los contratos de obra se extinguieron por su causa y los despidos disciplinarios no se calificaron de improcedentes. La sentencia recuerda que esta interpretación no es contraria al derecho comunitario ([doctrina Cobra Servicios Auxiliares](#)).

derecho a la prueba ex [art. 24 Constitución española \(CE\)](#) –[STC 61/2021, de 15 de marzo](#)–; o incluso hoy el derecho a la libertad de empresa ex [art. 38 CE](#) y ex [art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)] serviría para compensar la idea de unilateralidad favorable a la empresa que presenta¹⁰. Hallamos un contraste nítido entre la imagen que ofrece la norma (equiparación de facultades de desistimiento libre) y la realidad laboral (ejercicio abrumadoramente mayoritario por las empresas). Además, esta reconducción, a través de los principios jurídicos, a sistema del periodo de prueba en el ámbito de la regulación extintiva de empleo, mediante la figura del despido colectivo de hecho, también permite configurar a las personas en periodo de prueba más allá de la ficción jurídica que las trata «como si fueran de plantilla», integrándolas de pleno en ella. De nuevo, pues, lo real y lo valorativo se imponen sobre lo dogmático, si, lógicamente, se cuenta con decisiones jurisdiccionales a la altura de la construcción de un auténtico sistema jurídico-laboral de equilibrio efectivo entre las razones de las empresas y las razones de las personas trabajadoras, y viceversa, como solían ser las que abanderaba, con sus ponencias, don Aurelio Desdentado, aun discutidas y discutibles.

Hoy, esa construcción de conexiones de sentido entre las diferentes normas, a fin no solo de mantener la coherencia de un sistema jurídico, a su vez condición de trato igual real, sino de que cumpla sus fines sociales, se hace primando la dimensión europea o comunitaria de ese orden. Por lo que, por encima del dogma de desistimiento libre por ambas partes, la realidad de una decisión a iniciativa de la empresa durante el periodo de prueba, se trate o no de decisión abusiva, debería computar, a los efectos de los umbrales del [artículo 51 del ET](#), como «extinción del contrato de trabajo asimilable al despido»¹¹. Pero esta es ya otra historia jurídico-laboral que, desgraciadamente, habrá que construir sin la sabia luz de don Aurelio Desdentado. Se le echará de menos, incluso para el sereno y docto debate sobre cuestiones en las que se discreparía de él. D. E. P.

¹⁰ Esta prevalencia de la imagen realista de estar ante una decisión unilateral del periodo de prueba por parte de la empresa justificaría su inclusión en la garantía de la [disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#).

¹¹ En este sentido, Beltrán de Heredia Ruiz (2021), «[Despido colectivo y extinciones computables: deben tenerse en cuenta las producidas \(abusivamente\) durante el periodo de prueba \(STS 23/9/21\)](#)».

No es momento de derroches: la recuperación de talentos dispersos como *driver* de competitividad

María Bastida Domínguez

Universidade de Santiago de Compostela
maria.bastida@usc.es | <https://orcid.org/0000-0002-3630-5629>

Alberto Vaquero García

Universidade de Vigo
vaquero@uvigo.es | <https://orcid.org/0000-0002-8697-4847>

Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Salanova Soria, doña Carmen Castro Casal, doña Antonia Mercedes García Cabrera, doña Ana María Lucía Casademunt, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña María Eugenia Sánchez Vidal.

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

Extracto

En los últimos años, hemos asistido a una salida constante de jóvenes de nuestro país, en su mayor parte con estudios terciarios, en búsqueda de mejores oportunidades laborales en otros territorios. Tradicionalmente, este fenómeno se ha analizado desde una óptica de resignación pesimista, intentando estimar los daños que esta fuga de capital humano cualificado tiene para nuestra economía y nuestra sociedad. Sin embargo, se ha obviado que una parte significativa de esas personas jóvenes adquiere en su estancia en el extranjero una serie de conocimientos y experiencias que les permiten retornar con mayores competencias y habilidades. De hecho, la experiencia internacional es generalmente considerada un recurso valioso tanto por el mercado laboral como por quien la posee.

Este trabajo aborda esa tarea pendiente, el análisis del potencial de mejora de capacitación personal y profesional de las personas a través de una experiencia internacional. A través de un estudio realizado entre más de 300 españoles y españolas que emigraron a otros países, se constata la percepción de adquisición de una serie de competencias y habilidades que pueden ser determinantes para la mejora del potencial competitivo de nuestras empresas. Los resultados obtenidos permiten señalar la existencia de una importante fuente de ventaja competitiva dispersa y no valorada, de importancia trascendente no solo individualmente, sino para las empresas y las Administraciones públicas, para la recuperación de este importante capital humano.

Palabras clave: fuga de capital humano; recuperación de talento; mejora empresarial; ventaja competitiva; mejora de competencias.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Bastida Domínguez, María y Vaquero García, Alberto. (2021). No es momento de derroches: la recuperación de talentos dispersos como *driver* de competitividad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 197-232.



No time to waste: the recovery of dispersed talents as a driver of competitiveness

María Bastida Domínguez

Alberto Vaquero García

Abstract

In recent years, we have seen a steady outflow of young people from our country, mostly with tertiary education, in search of better job opportunities in other territories. Traditionally, this phenomenon has been analyzed from a perspective of pessimistic resignation, trying to estimate the damage that this flight of qualified human capital has for our economy and our society. However, it has been ignored that a significant part of these young people acquire during their stay abroad a series of knowledge and experiences that allow them to return with greater skills and abilities. In fact, international experience is generally considered a valuable resource by both the labour market and the workers themselves.

This paper addresses this outstanding task, the analysis of the potential for improving the personal and professional training of individuals through an international experience. Through a study carried out among more than 300 Spanish people who emigrated to other countries, the perception of acquiring a series of skills and abilities that can be determining for the improvement of the competitive potential of our companies is confirmed. The results obtained indicate the existence of an important source of dispersed and unappreciated competitive advantage, of transcendent importance not only for individuals themselves, but also for companies and public administrations, for the recovery of this important human capital.

Keywords: human capital drain; talent recovery; business improvement; competitive advantage; skills enhancement.

Citation: Bastida Domínguez, María y Vaquero García, Alberto. (2021). No time to waste: the recovery of dispersed talents as a driver of competitiveness. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 197-232.



Sumario

1. Introducción
 2. Organizaciones, equipos directivos y personas
 - 2.1. *Think locally, act globally*
 - 2.2. La importancia de la experiencia en el extranjero
 3. El estudio
 4. Discusión de resultados
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas
- Anexo I. Modelo estadístico
- Anexo II. Escala de resultados

1. Introducción

A tenor del actual escenario económico, resulta necesario dotar a nuestras organizaciones con los recursos y capacidades necesarias para el nuevo marco de competencia. En este sentido, el papel de las personas que ocupan puestos de dirección parece particularmente importante. En 1984, Hambrick y Mason publicaron su reconocida teoría de *upper echelons*. Según esta, las organizaciones se comportan de la forma en la que lo hacen quienes las dirigen (Hambrick, 2007). En consecuencia, las personas que están al frente de las entidades son las responsables de la transmisión de la cultura, los valores y las estrategias organizativas; sus experiencias, conocimientos, habilidades y capacidades determinarán, parcial o totalmente, el recorrido de las organizaciones en las que trabajan. Quienes se erigen CEO (*chief executive officer* –director ejecutivo–) de las empresas deben considerarse recursos estratégicos con capacidad de influencia en el resto del *staff* directivo y en la movilización de la plantilla para la creación de ventajas competitivas (Collins, 2021). Del mismo modo, sus capacidades y habilidades son elementos clave para desplegar adecuadamente los recursos de la organización para alcanzar un mayor rendimiento empresarial (Helfat y Peteraf, 2015).

A pesar de la plena vigencia del planteamiento expuesto, la creciente globalización ha provocado una revisión de las características exigidas al personal directivo para poder dirigir eficientemente las empresas. En este contexto, la experiencia internacional del *staff* directivo de alto nivel es el principal motor para la internacionalización empresarial (Liu *et al.*, 2018); su *know-how* permite desempeñar un papel fundamental en la aplicación de una estrategia global y en la obtención de mejores resultados (Hutzschenreuter y Horstkotte, 2013). En consecuencia, estas personas, con talento global y habilidades interculturales eficaces, son esenciales para todas aquellas entidades que buscan ser globalmente competentes (Harvey y Novicevic, 2004; Li, 2018). Por tanto, la decisión sobre quién formará parte de los equipos directivos es fundamental.

Con todo, la inserción laboral de las personas jóvenes, y en especial aquellas con educación superior, no siempre se logra con éxito. Una parte significativa del empleo que consiguen no resulta de calidad y no está remunerado; por lo que la emigración aparece como una alternativa para paliar esta situación (Eremenko y Miyar-Busto, 2021; Puente Díaz y Regil Amorena, 2020). A modo de ejemplo, el informe publicado por Eurostat (2018) sobre la situación laboral de la población juvenil en Europa revela que el 43 % de las personas

jóvenes en España estarían dispuestas a irse a trabajar a otro país¹. Nuestro país sería el tercero de la Unión Europea donde la falta de oportunidades laborales obliga a este grupo de población a irse a trabajar fuera.

No podemos permitirnos esta pérdida de capital humano, sobre todo cuando se trata de personas altamente cualificadas (Petersen y Puliga, 2017). Si bien parece evidente que se ha producido cierta «fuga de talento», no conocemos el potencial competitivo que se puede alcanzar si se consigue el retorno de estas personas, gracias al valor añadido que han adquirido durante su etapa fuera y lo que supondría para nuestras empresas esta posibilidad.

En este estudio se aborda la exploración de los resultados que obtienen las personas, en su mayor parte jóvenes, que optan por abandonar España para buscar nuevas oportunidades laborales y/o un mayor desarrollo profesional. Nuestro planteamiento es conocer los resultados de su experiencia internacional, y lo que supondría este conocimiento para que las empresas mejorasen su posicionamiento estratégico. En consecuencia, se pretende poner en valor si ese talento disperso permitiría que nuestras empresas compitiesen con más éxito en el mercado global.

2. Organizaciones, equipos directivos y personas

La publicación del trabajo de Hambrick y Mason (1984) sobre la influencia de los equipos de alta dirección –y, más concretamente, del perfil de estas personas en las decisiones estratégicas y los resultados empresariales– marcó un antes y un después en las investigaciones sobre la dirección de las organizaciones. Desde entonces, la *upper echelons theory* se ha convertido en uno de los referentes más influyentes en la literatura de gestión estratégica de la empresa (Neely *et al.*, 2020).

Este planteamiento ha tenido un papel muy relevante en el contexto de negocios internacionales, donde se ha constatado la importancia en la composición de los equipos directivos sobre una amplia variedad de decisiones y resultados estratégicos, entre ellos, los procesos de internacionalización empresarial (Li, 2018; Saeed y Ziaulhaq, 2019), el acceso al mercado internacional (e. g., Nielsen y Nielsen, 2011) o el rendimiento económico de las filiales (Hsu *et al.*, 2013; Slater y Dixon-Fowler, 2009). Entre algunas de las características analizadas, el hecho de que las personas del *staff* directivo dispongan de experiencia

¹ No obstante, es preciso señalar que numerosas investigaciones académicas cuestionan la fiabilidad de las cifras oficiales (e. g., Bermúdez y Brey, 2017; González Enríquez y Martínez Romera, 2017). Otra parte de la literatura ha indicado las dificultades para medir correctamente el alcance de este proceso, al no contar con estadísticas que permitan cuantificar adecuadamente el fenómeno migratorio (e. g., Domingo i Valls y Ortega Rivera, 2015; Izquierdo Peinado *et al.*, 2015).

internacional resulta determinante para alcanzar con éxito la internacionalización empresarial (Andresen y Bergdolt, 2019; Hutzschenreuter y Horstkotte, 2013; Oxelheim y Randøy, 2005; Piaskowska y Trojanowski, 2014).

Esta línea de investigación se ha ampliado poniendo en valor la experiencia internacional de las personas empleadas. Se constata que una mayor experiencia internacional en la plantilla garantiza resultados positivos en el proceso de internacionalización empresarial (Herrmann y Datta, 2005). Contar con esta experiencia es sinónimo de disponer de conocimientos relacionados con otras culturas, normativas, sistemas legales y riesgos de mercado, y todo esto reduce la incertidumbre de los procesos de expansión internacional, familiarizándose, con mayor intensidad, con los mercados extranjeros, favoreciendo la velocidad de entrada en estos (Hsieh *et al.*, 2019; Hutzschenreuter y Horstkotte, 2013).

En resumen, todas estas investigaciones permiten constatar la importancia de adquisición de experiencia internacional de las personas que trabajan en las organizaciones, mejorando la gestión al reducir su incertidumbre, aumentando su confianza y su actitud de cara a la asunción de riesgos (Herrmann y Datta, 2005, 2006). Además, contribuye a potenciar una mentalidad global (Javidan y Bowen, 2013; Javidan y Teagarden, 2011) y, finalmente, permite mejorar la orientación estratégica internacional (Nielsen y Nielsen, 2011).

2.1. *Think locally, act globally*

La exposición a entornos extranjeros es una cuestión vital para la proyección internacional de las empresas. La literatura empírica sobre los procesos de aprendizaje y formación para la conformación de personas líderes pone en valor las experiencias formativas en la identificación y adquisición de competencias clave para la dirección de las organizaciones (*e. g.*, Day y Dragoni, 2015; McCall, 2010; Noe *et al.*, 2014). Estos trabajos permiten superar una serie de retos, potenciando sus capacidades directivas. El desarrollo de habilidades y competencias a partir de un puesto de trabajo es multidimensional. Estas características se ajustan especialmente al desempeño de puestos en el extranjero, por parte de las personas expatriadas², que asumen un gran número de tareas y responsabilidades nuevas en un entorno desconocido y con personal de diversos países. En este mismo marco es también

² Las asignaciones internacionales son puestos de trabajo que se desempeñan en un país extranjero, en un marco temporal definido. Los expatriados y expatriadas son las personas de un país que viven y trabajan en otro. Los estudios de gestión internacional de personas suelen distinguir una amplia tipología entre estas personas expatriadas, siendo básica la diferenciación entre personal expatriado organizativo (CAE, *corporate assigned expatriates*) y autoiniciado (SIE, *self-initiated expatriates*). El primero se traslada por cuenta de (y con soporte de) las empresas, normalmente en un marco temporal definido; el segundo se mueve de forma voluntaria, por múltiples motivos (como puede ser la búsqueda de empleo o la expectativa de mejora profesional) y por un periodo temporal más incierto.

necesaria la interacción con los *stakeholders*, al representar a su empresa en el país de destino. Todos estos contactos dan lugar a una red de relaciones que en buena medida condicionan el desarrollo de la carrera profesional. Además, las personas expatriadas suelen ser enviadas para sustituir a otras, heredando problemas o teniendo que enfrentarse a algún conflicto por la necesidad de equilibrar las exigencias empresariales en origen con los requisitos de la filial. En consecuencia, se deben enfrentar a un nuevo entorno donde deben adquirir habilidades para aprender funciones específicas, normas de rendimiento, expectativas y responsabilidades de liderazgo (Chen *et al.*, 2010).

Por lo tanto, resulta esperable que este personal desplazado desarrolle altos niveles de competencias directivas esenciales para el desarrollo profesional (Harvey y Novicevic, 2004; Leung *et al.*, 2014; Ng *et al.*, 2009). Entre otras se pueden citar la «*global mindset*» o mentalidad global, esto es, la capacidad de influir, comunicarse y trabajar con quienes son diferentes (Javidan y Bowen, 2013; Lovvorn y Chen, 2011), o la combinación de conciencia y apertura a la diversidad de culturas y mercados con capacidad de integración a través de la diversidad (Gupta y Govindarajan, 2002); todo esto es lo que se conoce como «*think locally and act globally*».

Se ha relacionado esta rapidez de penetración con una mentalidad por parte de las personas dirigentes que les confiere proactividad y visión internacional (Felicio *et al.*, 2015; Kyvik *et al.*, 2013). También se ha vinculado esta mentalidad global con la mejora de la capacidad de identificar las diferencias entre distintas culturas y el desarrollo de herramientas adecuadas para obtener un beneficio de estas diferencias (Elo *et al.*, 2015).

En consecuencia, las estancias en el extranjero suponen experiencias culturales intensivas, que desarrollan las capacidades y habilidades de las personas exponiéndolas a los retos de un entorno ajeno. La ocupación sucesiva de asignaciones internacionales facilita la adquisición de competencias globales, conformando una herramienta importante para desarrollar a personal directivo global necesario para dirigir empresas internacionales (Bolino, 2007; Caligiuri y Tarique 2009; Takeuchi *et al.*, 2005).

2.2. La importancia de la experiencia en el extranjero

Cada vez es más frecuente que las empresas soliciten personas trabajadoras que sean capaces de operar en múltiples entornos; para ello es necesario que posean una serie de habilidades, algunas de complicada cuantificación, pero de indudable valor, como la adaptabilidad y la flexibilidad cultural. En los últimos años, diversos trabajos han venido explorando las habilidades y capacidades que deben reunir las personas para competir en un mundo global, a través de la competencia intercultural (Li, 2020; Li *et al.*, 2016), que permita tener la capacidad de trabajar y vivir eficazmente en distintas culturas.

Los elementos necesarios para el desarrollo de esta competencia global o intercultural son variados, oscilando entre el planteamiento clásico de Gertsen (1990) –que distingue una dimensión afectiva (rasgos de personalidad y actitudes culturales), una cognitiva (adquisición de conocimientos culturales) y, finalmente, una tercera de comunicación y comportamiento– y otras propuestas más complejas, como la de Bücken y Poutsma (2010), que señala la importancia de un componente conductual (recursos para adaptar el comportamiento). Más recientemente, se ha añadido la motivación para la actuación en contextos transculturales como otro elemento importante de la competencia intercultural (Chen *et al.*, 2010).

Hasta el momento, los postulados anteriores se han aplicado, sobre todo, al personal expatriado organizativo, es decir, aquellas personas enviadas por sus empresas a un puesto de trabajo en otro país (normalmente, al frente de filiales) durante un tiempo determinado. No obstante, si el desarrollo de la competencia global es la exposición e interacción en entornos culturales externos, su adquisición no se encuentra limitada a este tipo de personal. Precisamente por ello, en este trabajo se propone que la competencia intercultural, entendida como el conjunto de conocimientos, competencias y habilidades como resultado de una experiencia internacional, también está presente en las personas que se van voluntariamente al extranjero, con independencia de las razones que impulsan este traslado.

Lo interesante del planteamiento es el conjunto de expectativas que esta hipótesis de trabajo abre para las empresas. Estas son fundamentalmente diferentes por el conjunto de recursos y capacidades que atesoran; sobre esta base, el capital humano de las organizaciones representa un conjunto único de recursos, de elevado valor, no imitables ni sustituibles, es decir, activos estratégicos en la conceptualización clásica de Barney (1991), fuente de ventaja competitiva para la empresa. Tomando como referencia la teoría de recursos y capacidades³ (Wernerfelt, 1984), señala que las personas suponen el activo estratégico fundamental de las empresas. Por lo tanto, la posesión de personal con talento global debería ser un diferencial competitivo para las organizaciones, tanto por su importancia intrínseca como por las interacciones de esos individuos con otras personas de la organización.

3. El estudio

Considerando que la exposición a entornos culturales ajenos es la clave de desarrollo de competencias interculturales, este artículo persigue identificar los resultados principales

³ La teoría de los recursos y capacidades de la empresa señala la existencia de diferencias entre las empresas en lo que se refiere a su dotación de recursos y capacidades. Mientras que los recursos son los activos que las empresas poseen, las capacidades se refieren a la movilización, combinación y uso de recursos. Esta heterogeneidad está en la base de las diferencias existentes en los resultados de las empresas. La teoría de recursos y capacidades se ha convertido en uno de los paradigmas más reconocidos en el ámbito de la dirección estratégica de la empresa.

que perciben aquellas personas que, voluntariamente, se trasladan al extranjero, con independencia de la razón que justifica el desplazamiento. Se presta atención especial a los objetivos de naturaleza personal, esto es, aquellos que realmente proporcionan oportunidades de mejora de habilidades y capacidades interculturales, que es la base de generación del talento global.

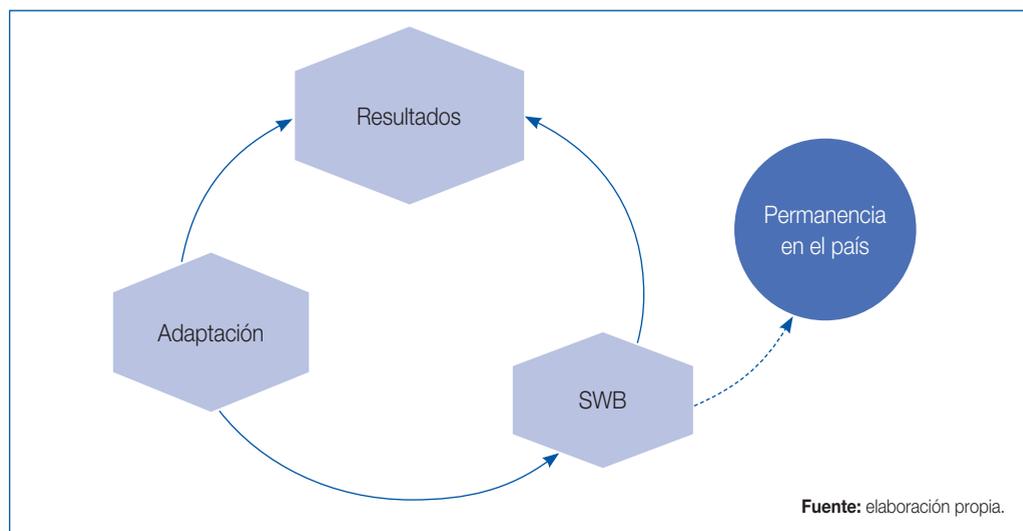
Para ello se asume que estas personas se adaptan al país que las acoge, lo que se conoce como el «ajuste intercultural», esto es, el grado de confort psicológico con los diferentes aspectos del país de acogida (Hemmasi *et al.*, 2010), una cuestión de atención primordial en la investigación sobre gestión internacional. Además, también se asume que la falta de adaptación es la causa principal del fracaso de las personas expatriadas, lo que provoca el regreso anticipado. Por lo tanto, esta adaptación supone un requisito para ser capaz de trabajar eficazmente en un país extranjero y, por tanto, alcanzar objetivos. En consecuencia, planteamos como primera hipótesis de trabajo (H_1) que existe una relación positiva entre la adaptación al país de destino y la obtención de objetivos de tipo personal.

En segundo lugar, se plantea el efecto que puede tener el bienestar subjetivo de las personas (SWB o *subjective well-being*) en el proceso de adaptación y posterior obtención de resultados en el país de destino. La introducción de esta variable es innovadora, ya que apenas se ha estudiado el papel que juegan las emociones sobre el trabajo internacional, incluso considerando que la adaptación es un proceso emocionalmente exigente (Haslberger *et al.*, 2013), puesto que el SWB tiene beneficios tanto en el trabajo como el ámbito personal (Judge *et al.*, 2017). Esta falta de medición de los efectos del SWB resulta aún más paradójica teniendo en cuenta que, desde la aparición de la hipótesis del trabajador feliz-productivo, se considera que quienes tienen un elevado SWB son más productivos. En el ámbito del personal expatriado, Selmer y Luring (2014) realizan una primera aproximación al estudio del posible efecto del SWB en su rendimiento en el extranjero, aunque no estudian directamente el SWB, sino su opuesto (SIB, *subjective ill-being* o malestar subjetivo). En su investigación sobre *staff* académico expatriado, se señala que el SIB mostraba un fuerte efecto negativo sobre la adaptación al puesto, el rendimiento laboral, la eficacia en el trabajo y la satisfacción laboral. De Paul y Bikos (2015) se centran en el estudio de otro indicador relacionado con el SWB, el bienestar psicológico del personal expatriado, confirmando que la adaptación al país de destino es un elemento fundamental para la generación del citado bienestar.

En consecuencia, y aunque el efecto del SWB en los resultados de una persona que se ha ido a trabajar en el extranjero no ha sido estudiado, las citadas investigaciones permiten señalar un efecto positivo del SWB en los resultados en la expatriación y, al mismo tiempo, señalan que la adaptación de la persona expatriada a su destino resulta un elemento importante para que se genere dicho estado emocional. Con base en estos argumentos se plantean dos hipótesis de trabajo: (H_2) el ajuste al país de destino se relaciona positivamente con el bienestar de las personas desplazadas y (H_3) el bienestar de las personas desplazadas se relaciona positivamente con la consecución de objetivos en el país extranjero.

Finalmente, se asume que cuanto mayor sea el bienestar de la persona en el extranjero, menor será su intención de retornar al país de origen. Por tanto, la hipótesis final del estudio sería: (H₄) el bienestar de las personas desplazadas se relaciona positivamente con su intención de permanecer en el país extranjero. La figura 1 presenta el modelo que resume estas hipótesis.

Figura 1. Modelo propuesto



Muestra. Para poder realizar este estudio se diseñó un cuestionario *online*. El citado cuestionario incluía las medidas del estudio y una serie de preguntas de tipo personal (e. g., género, edad y educación), así como otras relacionadas con la experiencia internacional en el país de destino (e. g., duración de la estancia, país). Los ítems se ordenaron aleatoriamente para minimizar cualquier problema potencial de sesgo y, en ciertos casos, se plantearon con puntuación inversa para reducir la probabilidad de obtener respuestas uniformes (MacKenzie *et al.*, 2005; Podsakoff *et al.*, 2012).

El cuestionario se distribuyó a través de redes sociales y profesionales donde interactúan las personas desplazadas al extranjero, recogiendo los datos entre mayo y septiembre de 2018. En el estudio participaron 309 personas expatriadas españolas (196 mujeres y 113 hombres). Esta muestra corrobora otros estudios precedentes, que señalan que las mujeres son una minoría entre las personas expatriadas asignadas por las empresas, pero tienen una presencia muy superior en los desplazamientos voluntarios (e. g., Hutchings y Michailova, 2014). Las personas encuestadas tenían una media de edad próxima a los 30 años, llevando en el extranjero de media 16 meses en distintos países, aunque con una presencia muy destacada en los pertenecientes a la Unión Europea (casi un 76 %). El 70 % de

las personas participantes tenía estudios universitarios, lo que también corrobora la idea de la salida de jóvenes con alto perfil de formación. Finalmente, una amplia mayoría trabajaba en el sector servicios. La tabla 1 resume el perfil de las personas participantes.

Tabla 1. Características de la muestra

Participantes (n = 309)						
H: 113 M: 196	H	M	%	H: 36,3% M: 63,4%	Total	%
Edad				Industria		
18-25 años	12	57	21,99	Servicios	91	29,44
26-34 años	57	94	49,14	Salud	40	12,92
35-49 años	37	43	25,93	High Tech/Ingeniería	31	10,12
50-65 años	7	2	2,936	Turismo	27	8,7
Media (años)	31,25	28,87		Educación	26	8,57
Destino				IT	25	8,12
UE	72	162	75,77	Petróleo/Gas	9	3,04
América del Norte	12	8	6,52	Banca	9	3,03
América Central/del Sur	7	10	5,44	Administración pública	8	2,55
Oriente Medio	13	4	5,47	Consultoría	8	2,45
Asia y Oceanía	9	12	6,79	Aeronáutica	5	1,65
Estudios				Periodismo	3	0,98
Posgraduado (Doctorado/Máster)	42	51	30,1	Otros	26	8,44
Graduado	54	69	39,89	Tiempo en el destino		
Secundarios	10	42	16,7	1-12 meses	168	54,3
Formación profesional	5	25	9,84	13-24 meses	69	22,41
Otros	2	9	3,47	25-36 meses	35	11,27
Experiencia int. previa				+ 36 meses	37	12,02
Ninguna	52	122	56,2			
1-2 desplazamientos	48	62	35,8			
3 o más desplazamientos	13	12	8			

Fuente: elaboración propia.

Medidas. Para cuantificar los elementos del modelo se aplicaron escalas destinadas a medir constructos⁴ ampliamente aceptados para evaluar el ajuste o adaptación (Black y Stephens, 1989), los resultados del personal expatriado (Hemmasi *et al.*, 2010) y el SWB (Diener *et al.*, 1985). La fiabilidad de todos los constructos fue aceptable, puesto que los alfas de Cronbach eran superiores a 0,7 (Nunnally, 1978).

Para los parámetros de control, se optó por realizar preguntas directas. El *género* y la *edad* se evaluaron de forma dicotómica través de un ítem hombre (1) o mujer (0) y su edad (en años). El *nivel educativo* se cuantificó por elección entre cinco categorías –estudios terciarios (doctorado o máster), graduado, estudios secundarios, de formación profesional u otros estudios–. El *tiempo transcurrido en el destino* también se midió a través de un ítem único, solicitando el tiempo (en meses) transcurrido en su ubicación actual, que fue controlada a través de una pregunta directa. Ante la variabilidad de países referidos, se procedió a una reclasificación en función de si estos países estaban en la Unión Europea, América del Norte, Central o del Sur, Oriente Medio, Asia y Oceanía. Igualmente, se solicitó a las personas participantes que indicasen la *actividad* en la que estaban desarrollando su actividad profesional. Una vez analizadas las respuestas, se realizó una reclasificación en función de su homogeneidad. Finalmente, se preguntó a las personas participantes si tenían alguna *experiencia previa* en traslados internacionales.

Ajuste. El ajuste se evaluó mediante la escala clásica desarrollada por Black y Stephens (1989), a través de catorce ítems medidos en una escala Likert de siete puntos. Siete de estos ítems se relacionan con el ajuste general; para el ajuste interpersonal se establecieron cuatro ítems, utilizando los tres ítems restantes para el ajuste al trabajo.

Resultados. Para la identificación de los resultados percibidos por las personas desplazadas se tomó como referencia inicial la escala de identificación de objetivos de la expatriación diseñada y validada por Hemmasi *et al.* (2010). Como esta escala está concebida para la identificación de resultados de las personas expatriadas organizativas, se realizó una adaptación para explorar los resultados de tipo individual de las personas expatriadas.

En primer lugar, se eliminaron todos los ítems relacionados a cometidos específicamente empresariales (*e. g.*, la transferencia de conocimientos hacia filiales, su control de filiales o la coordinación de estas con la sede central de las empresas). En segundo lugar, se incluyeron medidas tendentes a estimar la percepción de obtención de resultados (*e. g.*, el conocimiento de la forma de hacer negocios en culturas extranjeras o la mejora de las habilidades relacionales). Así, se pidió a las personas encuestadas que calificaran su percepción de consecución en cada uno de los ítems relacionados con los diferentes resultados en una escala tipo Likert de siete puntos, entre 1 (nada) y 7 (totalmente logrado). Entre estos objetivos se plantea, por ejemplo, la generación de redes de contactos profesionales,

⁴ Los constructos son construcciones teóricas que se crean para poder dar respuesta a un problema científico determinado.

la percepción de desarrollo de nuevas habilidades y capacidades o la identificación de formas distintas de hacer negocios en otras culturas⁵. Tras eliminar los elementos que presentaban colinealidad, la escala se limitó a seis ítems.

Bienestar subjetivo. Se midió utilizando la escala de satisfacción con la vida de Diener *et al.* (1985), que es una de las más utilizadas para medir el bienestar subjetivo (SWB). Consta de cinco ítems que puntúan la percepción de satisfacción vital en un formato Likert de siete puntos. Para evitar la colinealidad, la escala quedó en cuatro ítems.

Intención de permanencia. Para cuantificar esta variable se adapta la escala desarrollada por Black y Stephens (1989). La escala original mide la intención de abandonar la asignación a través de dos ítems («Realmente pienso en la posibilidad de volver a casa antes de tiempo» y «Haría cualquier cosa para mantener esta asignación durante su duración prevista»). Al tener como objetivo medir la intención de permanencia en el destino, en lugar del deseo de abandonarlo, se procedió a adaptar estos ítems invirtiendo el primero.

Método. El cuestionario permite identificar un constructo de segundo orden (ajuste), compuesto por las tres medidas parciales de ajuste –constructos, a su vez, de primer– y tres dimensiones de primer orden: los resultados obtenidos, el SWB y la intención de retorno. En lo que se refiere a la medida multidimensional de ajuste, resulta relevante si debe establecerse como constructo formativo o reflexivo, en función de la dirección del impacto. Esto es, si los cambios en el constructo generan modificaciones en los indicadores, o si son los indicadores quienes forman el constructo, algo necesario para poder establecer la estructura del modelo (MacKenzie *et al.*, 2005). En relación con el ajuste del constructo de segundo orden, al estar formado por tres subniveles de ajuste altamente correlacionados, cabe suponer que un cambio en uno de los citados subniveles implicará modificaciones en los otros elementos; por lo tanto, el ajuste es un constructo de tipo reflectivo (Black y Stephens, 1989).

Al operativizarse las medidas como compuestos (Henseler, 2017), se selecciona PLS-SEM como herramienta para comprobar las hipótesis del modelo⁶. Los compuestos se estiman siguiendo el procedimiento propuesto por Henseler *et al.* (2016), en dos pasos. En primer lugar, se procede con la evaluación del modelo de medición y, en segundo lugar, la evaluación del modelo estructural. Se realiza una estimación aproximada de la bondad del ajuste del modelo, pese a que este paso no es preciso al ser este de carácter exploratorio (Henseler *et al.*, 2016). El valor de la normalización de la raíz cuadrada media residual (SRMR) del modelo es 0,007 y, por tanto, menor que el umbral de aceptabilidad fijado por Hu y Bentler (1998), situado en 0,008. La significación de los parámetros se establece a

⁵ La escala completa se puede ver en el anexo II de este documento.

⁶ EL PLS-SEM (*partial least squares-structural equation modeling*) es una técnica de análisis multivariante para estimar modelos estructurales.

través de la técnica de remuestreo conocida como *bootstrap*⁷, que permite establecer la significación de los índices de ajuste, los coeficientes *path* y las ponderaciones y cargas de los indicadores para cada compuesto. De igual forma, se comprobó el poder predictivo del modelo fuera de la muestra de estudio con el procedimiento descrito por Shmueli *et al.* (2019). El *software* utilizado fue el SmartPLS versión 3.2.9 (Ringle *et al.*, 2015).

Modelo de medición. Inicialmente, y aunque el diseño del cuestionario se basó en las recomendaciones de MacKenzie *et al.* (2005) y Podsakoff *et al.* (2012), para evitar posibles problemas de método de varianza común, se realizó un test de colinealidad basado en los factores de inflación de la varianza (VIF), que permite detectar problemas potenciales⁸. Las estimaciones de todos los VIF tenían valores inferiores a 3,3, por lo que se descarta ese problema (Kock y Lynn, 2012). También se realiza un análisis para comprobar la fiabilidad de los indicadores.

Los resultados (tabla 2) permiten señalar cómo el modelo de medición cumple con todos los requisitos. Todos los ítems (indicadores) individuales son fiables, al obtenerse que sus cargas estandarizadas son mayores que 0,7. Además, de su análisis individualizado se comprueba que los tres niveles de ajuste son importantes y tienen un efecto determinante en el proceso de adaptación de la persona desplazada. Sin embargo, y al igual que se constata en investigaciones previas, el ajuste relacional tiene un mayor efecto relativo⁹.

En la composición de los resultados percibidos se observan, igualmente, dos grupos de indicadores. El primero, con cargas superiores a 0,8, recoge resultados relacionados con: la adquisición de nuevos conocimientos y competencias (IO3), la percepción de transferibilidad de estas capacidades (GO3) y la adquisición de nuevos conocimientos para hacer negocios en otras culturas (IO5). En el segundo grupo se incluiría la adquisición de competencias profesionales (IO4), la realización de habilidades que no están disponibles en el país de origen (IO6) y el desarrollo de una red de contactos profesional (IO1).

⁷ El *bootstrap* es un procedimiento estadístico que permite aproximar características de la distribución en el muestreo de un estadístico. Consiste en generar un elevado número de muestras mediante un remuestreo de la muestra original, lo que supone no tener que establecer ninguna hipótesis sobre el proceso generador de los datos.

⁸ Cuando el instrumento de recogida de datos es único, puede aparecer un sesgo de varianza común, que puede aumentar artificialmente las relaciones entre las variables (Podsakoff *et al.*, 2012). Pese a que algunas investigaciones apuntan a que la dimensión real de este problema se ha sobredimensionado (Spector, 2006), por lo general en el diseño de cuestionarios se toman una serie de precauciones para minimizar el riesgo de que estos sesgos aparezcan.

⁹ En concreto, lo que revelan los estudios es que los tres tipos de ajuste son importantes, pero entre ellos sobresale el papel del ajuste interpersonal como mecanismo que, a su vez, favorece el ajuste general y de trabajo, ya que estos procesos se basan en las relaciones interpersonales (Andresen y Bergdolt, 2019; Selmer y Lauring, 2015).

Tabla 2. Validez y fiabilidad de los constructos de medida

Compuesto	Indicador	Cargas	P-valor
Ajuste	Ajuste general	0,885***	0,000
	Ajuste relacional	0,994***	0,000
	Ajuste al trabajo	0,865***	0,000
Resultados	GO3	0,815***	0,000
	IO1	0,735***	0,000
	IO3	0,84***	0,000
	IO4	0,797***	0,000
	IO5	0,801***	0,000
	IO6	0,745***	0,000
Intención de permanencia	IP1	0,995***	0,000
	HP2	0,876***	0,000
SWB	HP3	0,896***	0,000
	HP4	0,857***	0,000
	HP5	0,695***	0,000

* p<0,05; ** p<0,01; *** p<0,001

Fuente: elaboración propia.

En segundo lugar, se procede a analizar la validez discriminante de cada constructo, esto es, en qué medida cada uno de ellos difiere del resto. Todas las medidas consistentes son superiores a 0,8 (tabla 3), en consecuencia, el modelo planteado satisface el requisito de la fiabilidad del constructo¹⁰. Las puntuaciones del valor de varianza extraída (AVE) son mayores que el umbral de 0,5; este resultado confirma que los compuestos alcanzan validez convergente.

¹⁰ Las medidas consistentes más adecuadas de fiabilidad de consistencia interna son: ρ_A (rho de Jöreskog), la fiabilidad compuesta y el alfa de Cronbach (Hair, Hult *et al.*, 2017). En investigaciones avanzadas, estos valores deben ser superiores a 0,8, aunque para nuevos instrumentos se aceptan valores superiores a 0,7 (Nunnally y Bernstein, 1994). La varianza media extraída (AVE) sirve como medida de unidimensionalidad. Por último, una relación *heterotrait-monotrait* de correlaciones (HTMT) inferior a 0,898 proporciona evidencia de validez discriminante (Henseler *et al.*, 2016).

Tabla 3. Validez y fiabilidad de los constructos de medida

	Dijkstra-Henseler's Rho	Fiabilidad compuesta	Alfa de Cronbach	Varianza extraída media (AVE)
Ajuste	0,928	0,94	0,904	0,84
Intención de permanencia	1	1	1	1
Resultados	0,893	0,908	0,881	0,624
SWB	0,892	0,901	0,855	0,697

Fuente: elaboración propia.

Por su parte, el valor del indicador HTMT (*heterotrait-monotrait*) está por debajo de 0,85 (tabla 4), lo que concede a los constructos validez discriminante (Gold *et al.*, 2001).

Tabla 4. *Heterotrait-Monotrait*

	Ajuste	Interés de permanencia	Resultados	SWB
Ajuste				
Interés de permanencia	0,079			
Resultados	0,398	0,086		
SWB	0,524	0,172	0,457	

Fuente: elaboración propia.

Adicionalmente, la tabla 5 presenta la matriz de correlaciones de los constructos, que demuestra su validez discriminante de estos, al comprobarse que todos los constructos tienen más relación sobre su propio constructo que sobre el resto.

Tabla 5. Matriz de correlaciones de los constructos (*)

	Ajuste	Interés de permanencia	Resultados	SWB
Ajuste	0,916			
Interés de permanencia	0,074	1		



	Ajuste	Interés de permanencia	Resultados	SWB
Resultados	0,371	0,08	0,79	
SWB	0,492	0,158	0,421	0,835

(*) En la diagonal se presenta la raíz cuadrada del AVE (criterio Fornell y Larcker de validez discriminante).

Fuente: elaboración propia.

Según Hair, Hollingsworth *et al.* (2017); Hair, Hult *et al.* (2017) y Hair, Sarstedt *et al.* (2017), el uso del *bootstrapping* (5.000 remuestreos) produce errores estándar y estadísticos t que permiten evaluar la significación de los efectos planteados (*path*). La tabla 6 permite señalar cómo todos los efectos planteados son estadísticamente significativos; los percentiles en el intervalo de confianza del 95 % confirman el resultado. El modelo planteado posibilita un R² de 0,213 para el constructo objetivo, del 0,242 para el SWB y del 0,025 para la intención de permanencia.

Tabla 6. Significación de los efectos

	Efectos	Intervalos de confianza		Significación (p-valor)	R ² constructo dependiente
		5 %	95 %		
Efectos					
Ajuste ≥ Resultados	0,217	0,111	0,312	Sí (0,000)	0,213
Ajuste ≥ SWB	0,492	0,419	0,568	Sí (0,000)	0,242
SWB ≥ Interés de permanencia	0,158	0,07	0,252	Sí (0,003)	0,025
SWB ≥ Resultados	0,314	0,221	0,412	Sí (0,000)	0,213
Indirectos totales					
Ajuste ≥ Interés de permanencia	0,078	0,034	0,13	Sí (0,004)	0,025
Ajuste ≥ Resultados	0,155	0,108	0,21	Sí (0,000)	0,213
Indirectos específicos					
Ajuste ≥ SWB ≥ Resultados	0,155	0,108	0,21	Sí (0,000)	0,213

	Efectos	Intervalos de confianza		Significación (p-valor)	R ² constructo dependiente
		5%	95%		
◀					
Ajuste ≥ SWB ≥ Interés de permanencia	0,078	0,034	0,13	Sí (0,004)	0,025
Efectos totales					
Ajuste ≥ Interés de permanencia	0,078	0,034	0,13	Sí (0,004)	0,025
Ajuste ≥ Resultados	0,371	0,286	0,455	Sí (0,000)	0,213
Ajuste ≥ SWB	0,492	0,419	0,568	Sí (0,000)	0,242
SWB ≥ Interés de permanencia	0,158	0,07	0,252	Sí (0,003)	0,025
SWB ≥ Resultados	0,314	0,221	0,412	Sí (0,000)	0,213
* p<0,05; ** p<0,01; *** p<0,001					

Fuente: elaboración propia.

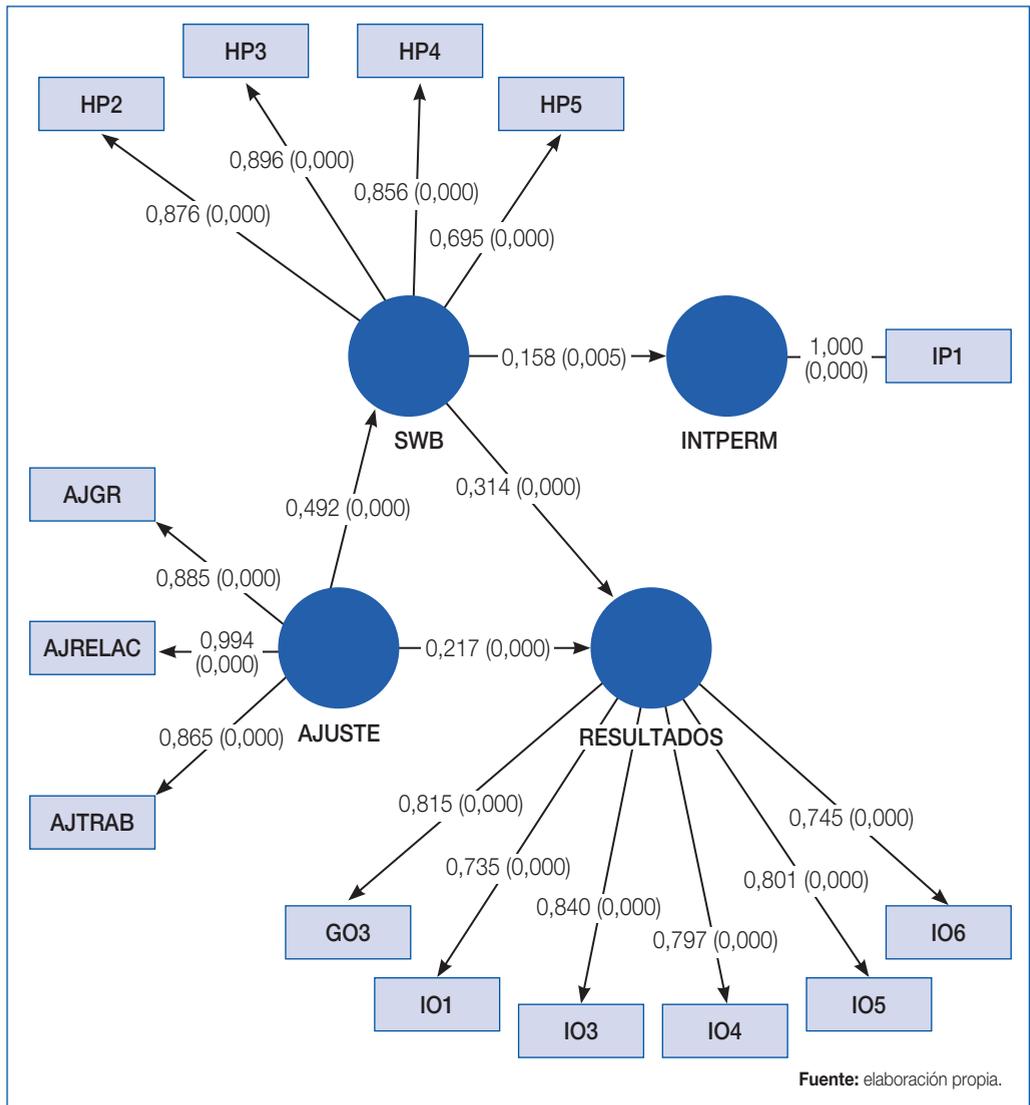
La tabla 7 resume el tamaño de los efectos, comprobándose cómo el efecto del ajuste sobre el SWB es moderado ($0,15 < f^2 < 0,35$), mientras que el resto de los efectos es bajo ($0,02 < f^2 < 0,15$).

Tabla 7. Tamaño de los efectos

	Ajuste	Interés de permanencia	Resultados	SWB
Ajuste			0,045	0,319
Interés de permanencia				
Resultados				
SWB		0,026	0,095	

Fuente: elaboración propia.

En función de los resultados obtenidos por los diferentes contrastes, se puede afirmar que todas las hipótesis planteadas (H_1 , H_2 , H_3 y H_4) se cumplen (figura 2). Por lo tanto, la adaptación al país extranjero genera bienestar en las personas desplazadas y, además, posibilita la obtención de una serie de beneficios individuales. Al mismo tiempo, esa sensación de bienestar repercute de forma positiva en esa percepción de eficacia y genera un deseo por permanecer en el país, aunque este efecto es mucho menor en términos relativos.

Figura 2. Modelo testado


Con el objetivo de garantizar una mayor robustez a estos resultados, se procede con dos pruebas adicionales. En primer lugar –y aunque al tratarse de un modelo exploratorio no necesita de pruebas adicionales de validez–, se opta por comprobar la bondad del modelo. El procedimiento seguido es calcular las pruebas de ajuste del modelo basadas en *bootstrap*, incluyendo la discrepancia geodésica entre la matriz de correlación empírica y la implícita en el modelo (Dijkstra y Henseler, 2015); el residuo cuadrático medio normalizado (SRMR) (Henseler *et al.*, 2016); y la discrepancia de mínimos cuadrados no ponderados (Dijkstra y Henseler, 2015). Estadísticamente, el modelo presenta un buen ajuste si estos valores son inferiores a los cuantiles del 95 o 99 % extraídos del *bootstrap* (Henseler *et al.*, 2016).

En la tabla 8 se presentan todos los índices de ajuste, en términos absolutos y en intervalos de confianza, comprobándose cómo hay un ajuste significativo entre la matriz de datos empíricos y la matriz del modelo propuesto. Los tres estadísticos empleados confirman un buen ajuste.

Tabla 8. Bondad de ajuste global, análisis confirmatorio compuesto basado en *bootstrap* (95 % y 99 % cuantiles)

Medida	Modelo estimado	Hi ₉₅	Hi ₉₉	Modelo saturado	Hi ₉₅	Hi ₉₉
SRMR	0,03	0,033	0,037	0,03	0,037	0,042
D _{uls}	0,097	0,142	0,188	0,096	0,116	0,145
D _G	0,048	0,051	0,058	0,048	0,049	0,055

SRMR: *standardised root mean*; D_{uls}: *unweighted least squares discrepancy*; D_G: *geodesic discrepancy*

Fuente: elaboración propia.

En segundo lugar, se decide contrastar la capacidad de predicción del modelo, para comprobar si las relaciones se mantendrían al introducir nuevos datos, para verificar si las variables antecedentes de un constructo pueden predecir el comportamiento de dicha variable dependiente. Para ello se emplea el modelo propuesto¹¹ por Shmueli *et al.* (2019).

¹¹ El procedimiento fue incluido a partir de la versión 3.2.6 de SmartPLS y desarrollado posteriormente por Shmueli *et al.* (2019). En primer lugar, debe decidirse el número de «*folders*» (particiones) que se van a realizar, puesto que la aplicación (PLS Predict) se basa en la validación cruzada de «*k*» secciones. El conjunto de datos global se divide en «*k*» subconjuntos de datos de igual tamaño. El tamaño mínimo de cada sección es de tres particiones, por lo que en nuestro caso la muestra se repartió en diez *folders* (309/3). En segundo lugar, y siguiendo la recomendación de Shmueli *et al.* (2019), se utilizaron diez repeticiones.

Los resultados de este procedimiento comienzan a evaluar el PLS-SEM Q^2_{predict} para los indicadores de cada variable dependiente y, a continuación, se cuantifica la asimetría de los errores de predicción. Si la asimetría es mayor que 1, se utiliza el RMSE (*root mean squared error*); si es menor que 1, se utiliza el MAE (*mean absolute error*). Por último, se comprueba si los errores residuales del PLS-SEM son mayores que los errores residuales de regresión lineal (es decir, LM), en cuyo caso podemos afirmar que el modelo tiene poder predictivo (Shmueli *et al.*, 2019).

La tabla 9 muestra los resultados del poder predictivo para los indicadores de PF. Todos los Q^2_{predict} para todos los indicadores de PF son positivos, empleando el RMSE como error residual por la alta simetría de la distribución de los errores. Los estadísticos muestran cómo la mayor parte de los errores residuales para los indicadores son superiores a la LM; por lo tanto, el modelo tiene un alto poder de predicción (Shmueli *et al.*, 2019).

Tabla 9. Capacidad de predicción del modelo

	RMSE (PLS)	Q^2_{predict}	RMSE (LM)	RMSE (PLS-LM)
IP1	1,827	0,004	1,839	-0,012
IO3	1,712	0,079	1,722	-0,01
IO4	1,949	0,066	1,955	-0,006
GO3	1,67	0,125	1,678	-0,008
IO1	1,959	0,066	1,974	-0,015
IO6	1,978	0,014	1,977	0,001
IO5	1,514	0,11	1,522	-0,008
HP3	1,451	0,227	1,43	0,021
HP5	1,962	0,038	1,956	0,006
HP4	1,686	0,12	1,675	0,011
HP2	1,459	0,242	1,404	0,055

Fuente: elaboración propia.

4. Discusión de resultados

La aplicación de la teoría de recursos y capacidades (Wernerfelt, 1984) con relación al estudio de los recursos humanos de las organizaciones ha posibilitado un desarrollo muy importante del estudio de las personas como activos estratégicos de las empresas y como fuente potencial de obtención de ventajas competitivas para estas. Estos estudios identifican a las personas trabajadoras como motor fundamental de avance y desarrollo de las empresas. La captación de personas con las capacidades y habilidades necesarias para impulsar ventajas competitivas es uno de los mayores retos que afrontan las organizaciones, es lo que se conoce como la «guerra de talento».

Con todo, existe un amplio debate acerca de cuáles son las capacidades y habilidades críticas para desarrollar ventajas competitivas. La creciente globalización económica ha revolucionado no solo la forma en la que se entienden los negocios, sino la identificación de requisitos y capacidades que deben reunir las personas para favorecer las oportunidades de sus empresas para competir en un entorno global. La internacionalización ha pasado de ser una estrategia de expansión a convertirse en una de supervivencia para muchas empresas.

La proliferación de estudios en la forma en la que las empresas acometen estos procesos de apertura ha permitido el desarrollo de una línea de investigación centrada en las características, capacidades y habilidades que deben tener las personas que ocupan puestos de dirección (Li, 2020; Li *et al.*, 2019). Estos trabajos destacan la necesidad de que estas personas tengan cierto nivel de competencia intercultural para acometer la tarea de salir a mercados exteriores (Andresen y Bergdolt, 2019; Hutzschenreuter y Horstkotte, 2013; Oxelheim y Randøy, 2005; Piaskowska y Trojanowski, 2014).

A esta importancia por poseer este bagaje internacional hay que sumar la necesidad de que las personas empleadas de estas organizaciones compartan dicha capacitación, sobre todo aquellas que deben interactuar en entornos culturalmente diversos (Bücker y Poutsma, 2010; Mendenhall *et al.*, 2017; 2012). El debate no se centra solo en identificar *cuáles* son las competencias necesarias, sino, y muy especialmente, en *cómo* adquirirlas (Herrmann y Datta, 2006; Nielsen y Nielsen, 2011; Oxelheim y Randøy, 2005).

En las últimas décadas, las empresas han enviado a sus trabajadores y trabajadoras fuera del país por múltiples razones, entre todas ellas también se busca una forma rápida y eficiente de adquisición de capacidades globales (Bolino, 2007; Caligiuri y Tarique, 2009). Para reducir los costes asociados a estos traslados, suelen utilizarse otras formas de asignación «no tradicionales», como asignaciones de corto plazo, rotatorias, temporales. Sin embargo, parece haberse obviado la existencia de talento disperso en múltiples localizaciones.

El problema parece estar en la óptica de enfoque disciplinar desde la que se ha abordado este análisis. Es habitual que los estudios se adscriban al ámbito de la gestión de personal

en multinacionales y, en consecuencia, están orientados a la identificación de resultados de las personas expatriadas organizativas, aunque posteriormente se aborde el estudio de las expatriadas autoiniciadas (*self-initiated expatriates*), esto es, personas que voluntariamente abandonan su país. Sin embargo, y a pesar de ser un tema abordado por la literatura, se manifiesta una escasez de información para estimar el papel de estas personas expatriadas autoiniciadas para aportar sus conocimientos y habilidades a las empresas. Este artículo señala la necesidad de una mejor comprensión de esas capacidades, para garantizar que se conviertan en un vehículo de mejora del rendimiento y potencial competitivo empresarial.

En el proceso de revisión de la literatura económica y empresarial se ha identificado un conjunto de trabajos que enfatizan, entre las habilidades directivas y capacidades adquiridas fuera del país, la adquisición de competencias globales, la denominada «mentalidad global» (*global mindset*), esto es, la capacidad de interactuar de forma efectiva con personas de culturas diferentes (Javidan y Bowen, 2013; Lovvorn y Chen, 2011). También se ha destacado otro grupo de estudios que ponen de relevancia la ocupación sucesiva de empleos fuera del país como mecanismo para adquirir esa mentalidad global (Bolino, 2007; Caligiuri y Tarique 2009). En el artículo que presentamos se plantea que la exposición a entornos internacionales es lo que proporciona la base de adquisición de competencias interculturales; por lo tanto, las personas que voluntariamente se han trasladado al extranjero tienen las mismas oportunidades para adquirir estas competencias.

Para probar lo anterior, en este trabajo procedemos a estudiar las competencias que adquieren en el extranjero las personas que se trasladan de forma voluntaria. Nuestro trabajo parte de la premisa de que el elemento determinante para que surjan estos objetivos es la adaptación al país extranjero, un requisito tradicionalmente empleado en el caso de las personas expatriadas organizativas (Hemmasi *et al.*, 2010). Paralelamente, se mide el efecto del SWB o bienestar subjetivo, un elemento que no ha sido tenido muy en cuenta por la investigación en la dirección internacional de personas.

Con este planteamiento contribuimos al debate desde una múltiple perspectiva. La primera, de naturaleza conceptual, al analizar un colectivo que tradicionalmente ha tenido menos atención (las personas expatriadas autoiniciadas) y, además, el efecto que puede tener el SWB en el desarrollo vital y profesional en el extranjero. A diferencia de otros trabajos previos (De Paul y Bikos, 2015; Selmer y Luring, 2014), en nuestro modelo se utiliza una estimación directa de bienestar, concretamente el constructo que diseñaron Diener *et al.* (1985). Nuestra segunda contribución es de naturaleza metodológica, al utilizar la técnica PLS-SEM que posibilita, entre otros resultados, estimar el valor de predicción del modelo propuesto.

El diseño del modelo comienza planteando que la adaptación de las personas al país extranjero resulta determinante para que aparezcan resultados relacionados con la adquisición de capacidades y habilidades. Además, sugerimos que, si se percibe un alto nivel de bienestar, estos beneficios serán muchos más probables.

Los resultados confirman todas nuestras hipótesis. Las personas que se adaptan al país extranjero perciben una sensación de bienestar y tanto la adaptación como el bienestar favorecen esa percepción de obtención de resultados por parte de las personas desplazadas. El análisis pormenorizado de las cargas de cada uno de estos resultados permite intuir la importancia relativa que tiene cada uno de ellos. Así, encontramos como variables más relevantes la percepción de adquisición de nuevos conocimientos y capacidades, la percepción de transferibilidad de dichos resultados a una organización y la adquisición de conocimientos sobre la forma de hacer negocios en otros países. En segundo lugar, la percepción de desarrollo de nuevas habilidades profesionales, de estar desarrollando capacidades no disponibles en el país de destino, o de establecer una red de contactos profesionales de interés en el extranjero.

Otra cuestión interesante es el análisis del SWB en el proceso de ajuste y percepción de resultados. La evidencia obtenida permite señalar que, a mayor adaptación de la persona en el extranjero, mayor es la percepción de consecución de objetivos. De igual forma, a mayor adaptación, mayor sensación de bienestar y mayor percepción de obtención de resultados. En consecuencia, se multiplica el efecto de la adaptación, al coincidir un efecto directo y otro indirecto (producido a través del bienestar), siendo además este segundo superior.

Lo anterior permite señalar dos aportaciones de interés. En primer lugar, se confirma lo determinante que es la adaptación al país de destino, en coherencia con la literatura en gestión internacional de personas. En segundo lugar, permite señalar cómo la percepción de bienestar en las personas tiene potencial para impulsar la relación entre la adaptación y la obtención de resultados. Este último resultado es especialmente relevante, puesto que son escasos los trabajos que han analizado el efecto del bienestar en las personas en su desplazamiento a otros países. A partir de los resultados obtenidos, esto no solo es relevante por su efecto directo, sino por su incidencia en otros aspectos como la propia adaptación.

Teniendo en cuenta el perfil de las personas participantes en el estudio, los resultados cobran todavía un mayor interés. Se trata de personas jóvenes con un alto nivel de formación, que se han marchado al extranjero de forma voluntaria. En el estudio hemos comprobado cómo estas personas adquieren conocimientos, competencias y habilidades distintivas de carácter global y que, además, todas ellas serían fácilmente transferibles a otras organizaciones. Por lo tanto, todo apunta a la existencia de un conjunto de «talentos dispersos» que ha pasado desapercibido para las empresas, pero que lo tienen a su disposición, y que podría traducirse en un importante aumento de su dotación de activos estratégicos.

Además, y puesto que todas las relaciones resultan estadísticamente significativas, y que el modelo tiene una buena capacidad predictiva, es de esperar que nuestros resultados sean extrapolables en otras situaciones o contextos, aunque no sea posible su generalización. Lo anterior permite indicar un conjunto de resultados de importancia desde una múltiple perspectiva (académica, empresarial y Administración pública).

Por lo que respecta al debate académico, los resultados obtenidos por las personas expatriadas voluntarias o autoiniciadas merecen una mayor atención de la literatura. Del mismo modo, se debe señalar que la importancia que tiene en el modelo el SWB debe ser objeto de desarrollo posterior.

En cuanto a la aplicabilidad para las organizaciones, los resultados presentan al menos tres implicaciones. Primero, puesto que el modelo tiene capacidad predictiva, sería esperable que las relaciones encontradas sean también de aplicación a las personas expatriadas organizativas. Por tanto, no deben limitarse a generar las condiciones para que las personas enviadas al extranjero tengan una buena adaptación al país de destino, sino procurarles un buen bienestar, puesto que esto se traduciría en multiplicar el efecto positivo de la adaptación. Segundo, el modelo también permite señalar cómo los resultados que obtienen las personas expatriadas, y en particular aquellos que pueden ser base de ventajas competitivas, también se obtendrían para otro tipo de personas trabajadoras desplazadas. Tercero, el modelo validado permite señalar que para las empresas podría tener el mismo efecto enviar a personas trabajadoras desde el país de origen que contratarlas en destino. Esto no solamente ahorraría una ingente cantidad de recursos inherentes al envío de personas expatriadas, sino que también minimizaría el efecto de algunos problemas como los relacionados con el choque cultural o la disminución inicial de rendimiento.

Finalmente, desde la óptica de las Administraciones públicas y los Gobiernos, nuestro modelo permite poner en valor la necesidad de recuperar el talento disperso en otros países, residente en jóvenes que han abandonado paulatinamente el nuestro por diferentes motivos generalmente asociados a dificultades laborales. La salida de jóvenes altamente cualificados no supone únicamente un efecto de dispersión y pérdida de talento, el conocido como *brain drain*, sino que implica el derroche de todas las inversiones realizadas en su formación. No obstante, con nuestro trabajo se constata que estas personas adquieren unos conocimientos y habilidades valiosas y que, por tanto, deben considerarse un patrimonio potencial para ser utilizado, mediante el retorno de estas personas o vía transferencia del conocimiento en organizaciones. Lo segundo no se puede hacer tan solo con contrataciones en el país de destino, sino a través de otras vías con menor coste, por ejemplo, diferentes vías de colaboración (trabajo en red a través de las TIC). Esto supondría revertir la descapitalización inherente al *brain drain* en una dinámica de *brain gain*, es decir, una ganancia de capital humano, asociada a una mejor capacitación de los recursos. Además, incluso valdría para compensar las inversiones en formación de la juventud emigrada, ya que de esta forma se estaría poniendo su talento, conocimientos y capacidades al servicio de empresas del país de origen.

A pesar de los buenos resultados obtenidos, debemos señalar algunas de las limitaciones del estudio. La primera es que sería conveniente que la muestra fuese más amplia, sobre todo con el objetivo de extrapolar con mayor seguridad los resultados. La segunda es que se trata de un modelo de naturaleza transversal y sería muy recomendable contar con información a lo largo del tiempo, para construir quizás una base de datos de panel,

pero carecíamos de esta información. Precisamente lo anterior puede ser una futura línea de trabajo para comprobar si esta ganancia de capacidades mejora con el tiempo.

5. Conclusiones

El activo fundamental de las empresas son las personas. En los últimos años se ha puesto de manifiesto la conveniencia de que las personas que trabajan en estas empresas deben contar con un conjunto de capacidades y habilidades que facilite su interacción en mercados internacionales.

Tradicionalmente, las empresas han enviado a su *staff* directivo a puestos en el extranjero para facilitarles la adquisición de esas competencias globales. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que hay personas que se desplazan voluntariamente al extranjero y que también tienen las mismas posibilidades de adquirir dichas habilidades y capacidades. El artículo presentado confirma precisamente este planteamiento. Además, estas personas reconocen que las citadas habilidades son transferibles en las organizaciones; esto refuerza la necesidad de captar a estas personas para reforzar la dotación de talento de las empresas vía colaboración.

Estos resultados son de especial importancia para nuestro país, puesto que en los últimos años se ha generado una salida constante de personas con un perfil alto de formación al extranjero, en su mayor parte en un deseo por encontrar mejores oportunidades profesionales. A tenor de los resultados expuestos, las empresas podrían captar a estas personas para beneficiarse de estas habilidades y competencias, y utilizarlas para hacer negocios en un mercado cada vez más globalizado. Al mismo tiempo, las Administraciones públicas tendrían que aprovechar este capital humano para identificar y captar este talento disperso, ya que estas capacidades revertirían en una dotación incremental de capital humano y permitirían amortizar las inversiones realizadas en la formación de estas generaciones.

La figura 3 resume nuestra principal recomendación. Se puede dejar que las personas jóvenes que están en el extranjero valoren su bienestar en el país que las acoge y pongan las competencias adquiridas a disposición de las empresas de ese país. Esto implicaría una triple pérdida: la derivada de la inversión hecha en su formación en el país de origen, el coste de oportunidad de ese país por no aprovechar su talento y capacidad, y el riesgo de elevar la ventaja competitiva de las empresas del país de residencia. La actuación que recomendamos es captar a esas personas, de forma que las capacidades adquiridas en el extranjero se pongan a disposición de nuestras empresas, elevando sus ventajas competitivas y sus posibilidades de competencia en un mercado global. En el fondo, todo se reduce a una única decisión: perder o ganar talento.

Referencias bibliográficas

- Andresen, Maike y Bergdolt, Franziska. (2019). Individual and job-related antecedents of a global mindset: An analysis of international business travelers' characteristics and experiences abroad. *The International Journal of Human Resource Management*, 32(2), 1-33.
- Barney, Jay. (1991). Firm resources and sustained competitive advantage. *Journal of Management*, 17(1), 99-120.
- Bermúdez, Anastaria y Brey, Elisa. (2017). Is Spain becoming a country of emigration again? Data evidence and public responses. En Jean-Michel Lafleur y Mikolaj Stanek (Eds.), *South-North migration of EU citizens in times of crisis* (pp. 123-148). Springer International Publishing.
- Black, J. Stewart y Stephens, Gregory K. (1989). The influence of the spouse on American expatriate adjustment and intent to stay in Pacific Rim overseas assignments. *Journal of Management*, 15(4), 529-544.
- Bolino, Mark C. (2007). Expatriate assignments and intra-organizational career success: Implications for individuals and organizations. *Journal of International Business Studies* 38(5), 819-835.
- Bücker, Joost y Poutsma, Erik. (2010). Global management competencies: A theoretical foundation. *Journal of Managerial Psychology*, 25(8), 829-844.
- Caligiuri, Paula y Tarique, Ibraiz. (2009). Predicting effectiveness in global leadership activities. *Journal of World Business*, 44(3), 336-350.
- Chen, Gilad; Kirkman, Bradley L.; Kim, Kwanghyun; Farh, Crystal I. C. y Tangirala, Subrahmaniam. (2010). When does cross-cultural motivation enhance expatriate effectiveness? A multilevel investigation of the moderating roles of subsidiary support and cultural distance. *Academy of Management Journal*, 53(5), 1.110-1.130.
- Collins, Christopher J. (2021). Expanding the resource-based view model of strategic human resource management. *The International Journal of Human Resource Management*, 32(2), 331-358.
- Day, David V. y Dragoni, Lisa. (2015). Leadership development: An outcome-oriented review based on time and levels of analyses. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 2(1), 133-156.
- De Paul, Nicola F. y Bikos, Lynette H. (2015). Perceived organizational support: A meaningful contributor to expatriate development professionals' psychological well-being. *International Journal of Intercultural Relations*, 49, 25-32.
- Diener, Ed; Emmons, Robert A.; Larsen, Randy J. y Griffin, Sharon. (1985). The satisfaction with life scale. *Journal of Personality Assessment*, 49(1), 71-75.
- Dijkstra, Theo K. y Henseler, Jörg. (2015). Consistent partial least squares path modeling. *MIS Quarterly*, 39(2), 297-316.
- Domingo i Valls, Andreu y Ortega Rivera, Enrique. (2015). La emigración española: esa vieja desconocida. En Cristóbal Torres Alberó (Ed.), *España 2015. Situación social* (pp. 207-215). CIS.
- Elo, Maria; Benjowsky, Christiane y Nummela, Niina. (2015). Intercultural competences and interaction schemes: Four forces regulating dyadic encounters in international business. *Industrial Marketing Management*, 48(5), 38-49.
- Eremenko, Tatiana y Miyar-Busto, María. (2021). ¿Billete de ida y vuelta? Perfiles y trayectorias migratorias de los graduados españoles. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 129-166.

- Felício, J. Augusto; Caldeirinha, Vítor R. y Ribeiro-Navarrete, Belen. (2015). Corporate and individual global mind-set and internationalization of European SMEs. *Journal of Business Research*, 68(4), 797-802.
- Gertsen, Martine Cardel. (1990). Intercultural competence and expatriates. *The International Journal of Human Resource Management*, 1(3), 341-362.
- Gold, Andrew H.; Malhotra, Arvind y Segars, Albert H. (2001). Knowledge management: An organizational capabilities perspective. *Journal of Management Information Systems*, 18(1), 185-214.
- González Enríquez, Carmen y Martínez Romera, José Pablo. (2017). La emigración española cualificada tras la crisis. Una comparación con la migración desde el sur de Europa e Irlanda. *Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 43, 117-145.
- Gupta, Anil K. y Govindarajan, Vijay. (2002). Cultivating a global mindset. *Academy of Management Executive*, 16(1), 116-126.
- Hair, Joe; Hollingsworth, Carole L.; Randolph, Adriane B. y Chong, Alain Yee Loong. (2017). An updated and expanded assessment of PLS-SEM in information systems research. *Industrial Management y Data Systems*, 117(3), 442-458.
- Hair, Joseph F.; Hult, G. Tomas M.; Ringle, Christian M.; Sarstedt, Marko y Thiele, Kai Oliver. (2017). Mirror, mirror on the wall: A comparative evaluation of composite-based structural equation modeling methods. *Journal of the Academy of Marketing Science*, 45(5), 616-632.
- Hair, Joseph F.; Sarstedt, Marko; Ringle, Christian M. y Gudergan, Siegfried P. (2017). *Advanced issues in partial least squares structural equation modeling*. Sage publications.
- Hambrick, Donald C. (2007). Upper echelons theory: An update. *The Academy of Management Review*, 32(2), 334-343.
- Hambrick, Donald C. y Mason, Phyllis A. (1984). Upper echelons: The organization as a reflection of its top managers. *Academy of Management Review*, 9(2), 193-206.
- Harvey, Michael y Novicevic, Milorad M. (2004). The development of political skill and political capital by global leaders through global assignments. *The International Journal of Human Resource Management*, 15(7), 1.173-1.188.
- Haslberger, Arno; Brewster, Chris y Hippler, Thomas. (2013). The dimensions of expatriate adjustment. *Human Resource Management*, 52(3), 333-351.
- Helfat, Constance E. y Peteraf, Margaret A. (2015). Managerial cognitive capabilities and the micro-foundations of dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, 36(6), 831-850.
- Hemmasi, Masoud; Downes, Meredith y Varner, Iris I. (2010). An empirically-derived multidimensional measure of expatriate success: Reconciling the discord. *The International Journal of Human Resource Management*, 21(7), 982-998.
- Henseler, Jörg. (2017). Bridging design and behavioral research with variance-based structural equation modelling. *Journal of Advertising*, 46(1), 1-15.
- Henseler, Jörg; Hubona, Geoffrey y Ray, Pauline Ash. (2016). Using PLS path modelling in new technology research: Updated guidelines. *Industrial Management and Data Systems*, 116(1), 2-20.
- Herrmann, Pol y Datta, Deepak K. (2005). Relationships between top management team characteristics and international diversification: An empirical investigation. *British Journal of Management*, 16(1), 69-78.

- Herrmann, Pol y Datta, Deepak K. (2006). CEO experiences: Effects on the choice of FDI entry mode. *Journal of Management Studies*, 43(4), 755-778.
- Hsieh, Linda; Child, John; Narooz, Rose; Elbanna, Said; Karmowska, Joanna; Marinova, Svetla; Puthusserry, Pushyarag; Tsai, Terence y Zhang, Yunlu. (2019). A multidimensional perspective of SME internationalization speed: The influence of entrepreneurial characteristics. *International Business Review*, 28(2), 268-283.
- Hsu, Wen-Tsung; Chen, Hsiang-Lan y Cheng, Chia-Yi. (2013). Internationalization and firm performance of SMEs: The moderating effects of CEO attributes. *Journal of World Business*, 48(1), 1-12.
- Hu, Li-tze y Bentler, Peter M. (1998). Fit indices in covariance structure modeling: Sensitivity to underparameterized model misspecification. *Psychological Methods*, 3(4), 424.
- Hutchings, Kate y Michailova, Snežina. (2014). Women in international management: Reviewing past trends and identifying emerging and future issues. En Kate Hutchings y Snežina Michailova (Ed.^{as}), *Research Handbook on Women in International Management*. Edward Elgar Publishing.
- Hutzschenreuter, Thomas y Horstkotte, Julian. (2013). Performance effects of international expansion processes: The moderating role of top management team experiences. *International Business Review*, 22(1), 259-277.
- Izquierdo Peinado, Mario; Jimeno Serrano, Juan F. y Lacuesta Gabarain, Aitor. (2015). Spain: From immigration to emigration? *Documentos de Trabajo del Banco de España*, 1503.
- Javidan, Mansour y Bowen, David. (2013). The "global mindset" of managers. *Organizational Dynamics*, 42(2), 145-155.
- Javidan, Mansour y Teagarden, Mary B. (2011). Conceptualizing and measuring global mindset. En William H. Mobley, Ming Li y Ying Wang (Eds.), *Advances in global leadership* (pp. 13-39). Emerald Group Publishing Limited.
- Judge, Timothy A.; Weiss, Howard M.; Kammermeyer-Mueller, John D. y Hulin, Charles L. (2017). Job attitudes, job satisfaction, and job affect: A century of continuity and of change. *Journal of Applied Psychology*, 102(3), 356.
- Kock, Ned y Lynn, Gary. (2012). Lateral collinearity and misleading results in variance-based SEM: An illustration and recommendations. *Journal of the Association for Information Systems*, 13(7), 546-580.
- Kyvik, Oyvin; Saris, Willem; Bonet, Eduard y Felício, J. Augusto. (2013). The internationalization of small firms: The relationship between the global mindset and firms' internationalization behavior. *Journal of International Entrepreneurship*, 11(2), 172-195.
- Leung, Kwok; Ang, Soon y Tan, Mei Ling. (2014). Intercultural competence. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behaviour*, 1(1), 489-519.
- Li, Ming. (2020). An examination of two major constructs of cross-cultural competence: Cultural intelligence and intercultural competence. *Personality and Individual Differences*, 164, 110105. <https://psycnet.apa.org/record/2020-43770-001>.
- Li, Ming; Mobley, William H. y Kelly, Aidan. (2016). Linking personality to cultural intelligence: An interactive effect of openness and agreeableness. *Personality and Individual Differences*, 89, 105-110.
- Li, Peng-Yu. (2018). Top management team characteristics and firm internationalization: The moderating role of the size of middle managers. *International Business Review*, 27(1), 125-138.
- Liu, Dong; Fisher, Greg y Chen, Guoli. (2018). CEO attributes and firm performance:

- A sequential mediation process model. *Academy of Management Annals*, 12(2), 789-816.
- Lowvorn, Al S. y Chen, Jiun-Shiu. (2011). Developing a global mindset: The relationship between an international assignment and cultural intelligence. *International Journal of Business and Social Science*, 2(9), 275-283.
- MacKenzie, Scott B.; Podsakoff, Philip M. y Jarvis, Cheryl Burke. (2005). The problem of measurement model misspecification in behavioral and organizational research and some recommended solutions. *Journal of Applied Psychology*, 90(4), 710.
- McCall Jr., Morgan W. (2010). Recasting leadership development. *Industrial and Organizational Psychology*, 3(1), 3-19.
- Mendenhall, Mark E.; Osland, Joyce S.; Bird, Allan; Oddou, Gary R.; Stevens, Michael J.; Maznevski, Martha y Stahl, Günter K. (Eds.). (2017). *Global leadership: Research, practice, and development*. Routledge.
- Mendenhall, Mark E.; Reiche, B. Sebastian; Bird, Allan y Osland, Joyce S. (2012). Defining the "global" in global leadership. *Journal of World Business*, 47(4), 493-503.
- Neely Jr., Brett H.; Lovelace, Jeffrey B.; Cowen, Amanda P. y Hiller, Nathan J. (2020). Metacritiques of upper echelons theory: Verdicts and recommendations for future research. *Journal of Management*, 46(6), 1.029-1.062.
- Ng, Kok-Yee; Van Dyne, Linn y Ang, Soon. (2009). From experience to experiential learning: Cultural intelligence as a learning capability for global leader development. *Academy of Management Learning y Education*, 8(4), 511-526.
- Nielsen, Bo Bernhard y Nielsen, Sabina. (2011). The role of top management team international orientation in international strategic decision-making: The choice of foreign entry mode. *Journal of World Business*, 46(2), 185-193.
- Noe, Raymond A.; Clarke, Alena D. y Klein, Howard J. (2014). Learning in the twenty-first-century workplace. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behaviour*, 1(1), 245-275.
- Nunnally, Jum C. (1978). *Psychometric methods*. McGraw-Hill.
- Nunnally, Jum C. y Bernstein, Ira. (1994). *Psychometric methods* (3.^a ed.). McGraw-Hill.
- Oxelheim, Lars y Randøy, Trond. (2005). The effects of internationalization on CEO compensation. *Journal of International Business Studies*, 36(4), 470-483.
- Petersen, Alexander M. y Puliga, Michelangelo. (2017). High-skilled labour mobility in Europe before and after the 2004 enlargement. *Journal of the Royal Society Interface*, 14(128). <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsif.2017.0030>.
- Piaskowska, Dorota y Trojanowski, Grzegorz. (2014). Twice as smart? The importance of managers' formative-years' international experience for their international orientation and foreign acquisition decisions. *British Journal of Management*, 25(1), 40-57.
- Podsakoff, Philip M.; MacKenzie, Scott B. y Podsakoff, Nathan P. (2012). Sources of method bias in social science research and recommendations on how to control it. *Annual Review of Psychology*, 63, 539-569.
- Puente Díaz, Sergio y Regil Amorena, Ana Valentina. (2020). Tendencias laborales intergeneracionales en España en las últimas décadas. *Boletín Económico*, 2, 1-16.
- Ringle, Christian M.; Wende, Sven y Becker, Jan-Michael. (2015). "SmartPLS3.SmartPLS". <http://www.smartpls.com>.
- Saeed, Abubakr y Ziaulhaq, Hafiz Muhammad. (2019). The impact of CEO characteristics on the internationalization of SMEs: Evidence

- from the UK. *Canadian Journal of Administrative Sciences/Revue Canadienne des Sciences de l'Administration*, 36(3), 322-335.
- Selmer, Jan y Lauring, Jakob. (2014). Unhappy expatriates at work: Subjective ill-being and work outcomes. *European Journal of International Management*, 8(6), 579-599.
- Selmer, Jan y Lauring, Jakob. (2015). Host country language ability and expatriate adjustment: The moderating effect of language difficulty. *The International Journal of Human Resource Management*, 26(3), 401-420.
- Shmueli, Galit; Sarstedt, Marko; Hair, Joseph F.; Cheah, Jun-Hwa; Ting, Hiram; Vaithilingam, Santha y Ringle, Christian M. (2019). Predictive model assessment in PLS-SEM: Guidelines for using PLSpredict. *European Journal of Marketing*, 53(11), 2.322-2.347.
- Slater, Daniel J. y Dixon-Fowler, Heather R. (2009). CEO international assignment experience and corporate social performance. *Journal of Business Ethics*, 89(3), 473-489.
- Spector, Paul E. (2006). Method variance in organizational research: Truth or urban legend? *Organizational Research Methods*, 9(2), 221-232.
- Takeuchi, Riki; Tesluk, Paul E.; Yun, Seokhwa y Lepak, David P. (2005). An integrative view of international experience. *Academy of Management Journal*, 48(1), 85-100.
- Wernerfelt, Birger. (1984). A resource-based view of the firm. *Strategic Management Journal*, 5, 171-180.

ANEXO I

Modelo estadístico

La técnica *partial least squares* (PLS) –mínimos cuadrados parciales– tiene como objetivo la predicción de variables latentes a partir de la estimación de *ordinary least squares* (OLS) –mínimos cuadrados ordinarios– junto con el *analysis of principal components* (ACP) –análisis de componentes principales–, una técnica de análisis multivariante.

Este procedimiento estadístico, basado en la varianza, presenta una mayor versatilidad que otras técnicas centradas en el análisis de la covarianza, sobre todo en relación con las exigencias de la distribución de las variables de la muestra, el tipo de variable e, incluso, la dimensión muestral. Esta flexibilidad significa que no es necesario plantear hipótesis de niveles de medida, distribuciones de los datos y tamaño muestral, de forma que las variables independientes y dependientes se convierten en las mejores variables predictoras posibles y las mejores variables predecidas, respectivamente. Gracias a esta modelización tan flexible se puede estimar la probabilidad de un acontecimiento con base en la información disponible de otros sucesos. Todo ello la convierte en una técnica muy utilizada en el campo de la economía y administración de empresas.

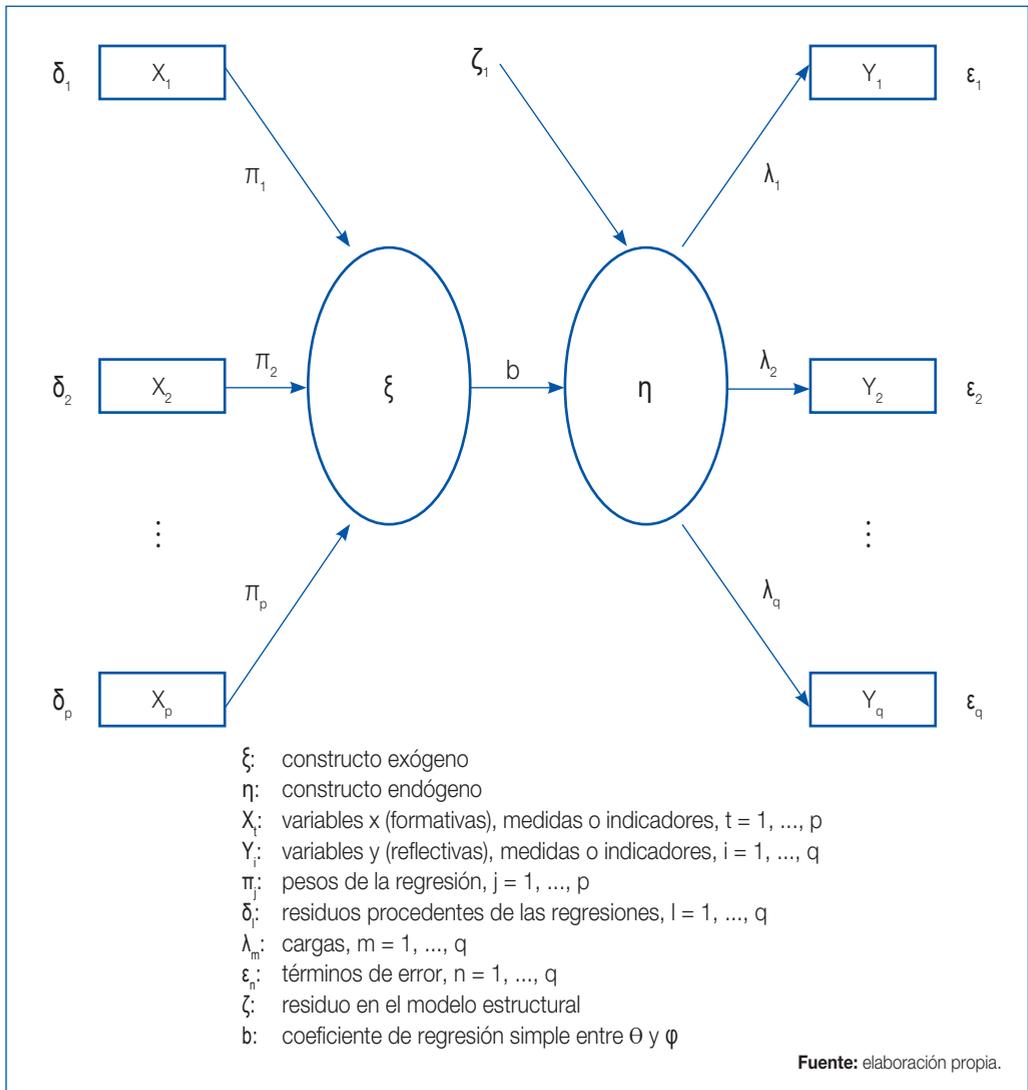
La principal ventaja de la modelización PLS es la predicción de las variables dependientes, tanto aquellas de naturaleza latente como manifiesta, bajo el supuesto de una especificación de predictor no paramétrica, frente a otras técnicas que exigen una distribución normal multivariada con observaciones independientes, esto es, una especificación paramétrica. EL PLS se basa en maximizar la varianza explicada de las variables dependientes, de forma que las estimaciones de los parámetros tratan de minimizar las varianzas residuales de las variables endógenas.

El PLS posee una mayor capacidad de adaptación para aplicaciones predictivas y de desarrollo de la teoría (lo que se conoce como análisis exploratorio) y, al mismo tiempo, se puede emplear para la confirmación de la teoría (esto es, el análisis confirmatorio). Además, el PLS permite modelar la relación entre las variables latentes y sus medidas, tanto en su forma reflectiva como formativa.

Otro elemento destacable es que el PLS posibilita el análisis causal predictivo, al tratarse de una técnica óptima para precisión en la predicción, más que la estimación de parámetros, cuando el modelo presenta una alta complejidad explicativa y, al mismo tiempo, no se cuenta con un desarrollado conocimiento teórico, algo que ya hemos señalado en este trabajo. Además, el PLS es una técnica consistente a medida que aumenta el número de indicadores y se incrementa la muestra. Finalmente, el PLS permite su utilización en modelos complejos, cuando aumenta el número de constructos e indicadores, y es mucho más efectivo que otras técnicas de estimación para muestras de pequeño tamaño, que es precisamente con lo que contamos en este estudio.

La figura 4 representa la construcción del modelo PLS a través de un nomograma. El punto de partida es especificar el modelo estructural (modelo interno) con las relaciones entre los indicadores y los constructos en el modelo de medida (modelo externo). De esta forma, el PLS emplea la siguiente notación:

- **Constructo (variable) teórico, variable latente o no observable, representado por un círculo.** Dentro de los constructos, los exógenos (ξ) actúan como variables predictoras o causales de constructos endógenos (η). Esto significa que un constructo exógeno es consistente con la idea de la variable independiente (X), mientras que un endógeno lo es con la noción de dependiente (Y).
- **Indicadores, que se representan por un cuadrado.** Dentro de esta categoría, se diferencian los indicadores formativos y los reflectivos:
 - **Indicador formativo:** el constructo es expresado como una función de las variables, que causa o precede el constructo. Se trata de variables observadas que son asumidas, que causan una variable latente. Cada indicador representa una dimensión de la variable latente. Estas medidas no necesitan estar correlacionadas, y los indicadores de la variable latente son competitivos entre sí, por lo que representan manifestaciones de la variable latente.
 - **Indicador reflectivo:** las variables observadas son expresadas en función del constructo, las variables reflejan o son manifestaciones del constructo. Esto significa que la variable latente precede a los indicadores en sentido causal, de forma que las medidas de un constructo deberían estar correlacionadas y alcanzar un alto valor del alfa de Cronbach o el índice de fiabilidad compuesta, puesto que presentarían una elevada covarianza al estar altamente correlacionadas.
- **Relaciones asimétricas:** se trata de relaciones en una sola dirección entre variables, de naturaleza causal o predictiva, que se representan por medio de una flecha en una sola dirección y que mide la predicción de la varianza de esa variable. Por lo tanto, el esquema de flechas recoge las relaciones internas entre un constructo (modelo interno) y las relaciones externas entre cada variable latente y sus indicadores (modelo externo).
- **Bloque:** es el conjunto de flechas entre un constructo y sus indicadores. Los bloques se pueden diferenciar entre aquellos dirigidos interna y externamente:
 - **Bloque dirigido internamente:** representa a indicadores formativos (las flechas se dirigen desde los indicadores al constructo).
 - **Bloque dirigido externamente:** representa a indicadores reflectivos (las flechas se dirigen desde el constructo a los indicadores).

Figura 4. Nomograma de dos constructos


La interpretación del modelo PLS se basa en dos etapas. La primera consiste en la valoración de la viabilidad y fiabilidad del modelo de medida, tratando de analizar si el planteamiento teórico se encuentra establecido correctamente a través de las variables observadas, realizando una doble aproximación: validez respecto a los atributos, esto es, si se mide realmente lo que se desea, y fiabilidad, es decir, si se realiza esta medición de forma estable y consistente. La segunda etapa consiste en la valoración del modelo estructural, donde se evalúa el peso y la magnitud de las relaciones entre las variables.



ANEXO II

Escala de resultados

Resultados

- PD5: Esta experiencia internacional me permitirá promocionar en mi carrera profesional.
- IO1: Desarrollo una importante red de contactos profesionales.
- IO2: Creo que esta etapa internacional es una experiencia profesional valiosa.
- IO3: Estoy aprovechando la oportunidad para adquirir nuevos conocimientos y capacidades.
- IO4: Desarrollo nuevas habilidades profesionales.
- IO5: Soy capaz de apreciar distintas formas de hacer negocios en culturas diferentes.
- IO6: Desde mi punto de vista, desarrollo capacidades profesionales que no están disponibles en el país en el que resido.
- GO3: Sería capaz de transferir estos conocimientos y capacidades a una organización.
-

Acto de graduación de la UDIMA y el CEF.- y reconocimiento a los opositores

Madrid

De nuevo en persona, y en un escenario a la altura del esfuerzo realizado por los estudiantes y profesores en los últimos 2 años académicos, marcados por la pandemia, el grupo edu-



Comitiva de los doctores universitarios

cativo CEF.- UDIMA celebró el solemne acto de graduación de sus alumnos de grados y másteres, así como el acto de reconocimiento a los opositores. El clásico *Gaudeamus igitur* sonaba en esta ocasión en el estadio Wanda Metropolitano de Madrid para reconocer a los egresados, posgraduados y opositores de los cursos 2019-2020 y 2020-2021.

La mesa presidencial del grupo educativo la formaron la presidenta de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), Arancha de las Heras; el presidente del Centro de

Estudios Financieros (CEF.-), Arturo de las Heras; el director general de Universidades de la Comunidad de Madrid y padrino de la promoción, Ricardo Díaz; el director general del CEF.-, Emilio Rivas, y la rectora de la UDIMA, Concha Burgos, quien dirigió el evento, con Luis Miguel Belda, director de Comunicación de la entidad académica, como maestro de ceremonias.

La rectora Concha Burgos inició la jornada apelando a la «satisfacción de haber contribuido a ampliar



Mesa presidencial del acto de graduación



Los alumnos ocuparon las gradas del estadio Wanda Metropolitano

«Pese a las dificultades habéis demostrado resiliencia, que os ayudará frente a las próximas adversidades en vuestra carrera profesional», concedía la rectora. También recordó «con cariño» a los estudiantes de las islas Canarias, en especial a los de La Palma, a quienes mandó un mensaje de ánimo ante «los difíciles momentos que están atravesando».



Concha Burgos, rectora de la UDIMA

Ser felices trabajando



Ricardo Díaz, director general de Universidades de la Comunidad de Madrid

La lección magistral corrió a cargo del profesor de la UDIMA hasta el pasado mes de junio Ricardo Díaz, ahora director general de Universidades de la Comunidad de Madrid. El hasta entonces también decano del Colegio de Químicos de Madrid puso en valor el sacrificio de los estudiantes. Un paso doblemente difícil para muchos, que han tenido que compaginar los estudios con trabajos, familiares o hijos a su cargo. Y añadió: «El mérito y el estudio son el verdadero asensor social».

El profesor se mostró agradecido con el grupo educativo CEF.- UDIMA por haberle permitido formar parte del servicio de educación superior privada que ofrece; ámbito «muy incomprendido y con multitud de trabas», reflexionó. Por lo demás, el doctor Díaz centró sus palabras en mandar un mensaje de guía a los alumnos. Subrayó la importancia de la formación «constante» en los tiempos que corren y destacó por encima de todo poder disfrutar de lo que se hace.

«Nunca será satisfactorio si no os apasiona», dijo, al tiempo que animaba a los futuros profesionales a apasionarse «con las personas a las que vais a dar servicio». Y puso el mejor ejemplo posible: «Pensad en los profesores. ¿Creéis que son los mejores por su dominio de la materia? ¿Por crear afición en su manera de explicar? No. Os han dejado huella porque son felices en su trabajo; porque, además de saber mucho y explicar bien, se preocupan por sus alumnos». «Para ser un gran profesional es fundamental ser felices en el trabajo, dándonos a los demás», sentenció.

Sacrificio «quijotesco»

Juan José Díaz Portales, del Grado en Periodismo, fue el encargado de hablar en representación de los recién egresados de grado de la UDIMA. Natural de Castilla-La Mancha, el alumno comparó el tiempo de vendimia en su tierra con la recogida del fruto también cosechado a nivel académico. «Supimos regar esa planta», que creció con el «necesario abono con el que la enriquecieron nuestros profesores».

Además del sacrificio social y hasta paternal que muchos tuvieron que ejercer a lo largo de este periodo, el periodista agradeció a la UDIMA cumplir su sueño tras más de 30 años trabajando en medios de comunicación, y quiso reconocer el esfuerzo también de las familias y amigos. «Espero que el resultado de la quijotesca aventura de conocimiento iniciada hace unos años siga para construir una sociedad y un mundo mejores». «Gracias, UDIMA, por estar cerca de nosotros en la distancia», abundó.



Juan José Díaz Portales, titulado en Periodismo, en representación de los egresados



Fernando Vicedo Durá, Máster en Dirección Económico-Financiera, en representación de los titulados de máster

Por su parte, Fernando Vicedo Durá, Máster en Dirección Económico-Financiera, recogió el testigo en representación de los alumnos de máster de CEF.- UDIMA. En su discurso

resaltó el papel del alumno en la sociedad, pues, como bien dijo, «será el profesional de mañana». En su opinión, superar cierto nivel formativo no implica ser más efectivo o eficaz, pero sí garantiza el «compromiso por el esfuerzo y la capacidad de sacrificio, resiliencia y dedicación» en el día a día.

En este sentido, criticó la posibilidad de que se eliminen los exámenes de recuperación de septiembre en la enseñanza obligatoria. «¿De verdad es lo que queremos para nuestros alumnos del futuro?». Vicedo Durá ensalzó además la capacidad

de adaptación del ser humano ante el coronavirus, así como el papel del personal sanitario. Y agradeció a la UDIMA haberle permitido terminar sus estudios en este singular periodo «con los mínimos cambios posibles». UDIMA «ya era el *primus inter pares*», apuntó.

Conocimiento y amigos

«Partido a partido lo habéis conseguido», resumió Arancha de las Heras. La presidenta de la UDIMA valoró la mochila, «llena de conocimiento, práctica y buenos amigos», que se llevan los estudiantes. «Hoy sería el día de la despedida, pero ese no es nuestro estilo, preferimos el hasta luego, hasta pronto. Esperaremos atentos a vuestros logros profesionales, y vuestras necesidades formativas y de vuestras empresas», abundó.



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

Los nuevos funcionarios públicos que se prepararon en los últimos 2 años en el CEF.-, la práctica totalidad de ellos de modo telepresencial como consecuencia de la pandemia del coronavirus, también fueron objeto de un merecido homenaje y reconocimiento en el marco del acto de graduación.

En presencia del fundador del grupo educativo, Roque de las Heras, quien en 1977 abrió las puertas por primera vez del CEF.-, con apenas un puñado de profesores, el acto de reconocimiento a los opositores se convirtió en un recuerdo a los casi 30.000 funcionarios que en este tiempo se prepararon en las instalaciones del CEF.-.

Una preparación para opositar, tradicionalmente presencial, en la que se produce una estrecha vinculación entre preparador y aspirante, que en los 2 últimos años se vio alterada por la pandemia del coronavirus, y muy particularmente durante los meses de confinamiento.

Eso llevó al CEF.- a replantear en apenas unos días el modelo de preparación de oposiciones que tornó en telepresencial, una fórmula que destacó por su éxito y aceptación entre los estudiantes el presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, durante su intervención.

Ilustrando el poder de cambio que ha tenido la pandemia en la educación, Arturo de las Heras afirmó que «hoy tenemos más estudiantes en telepresencia que en los centros de Madrid, Barcelona y Valencia. Una modalidad de futuro gracias al



Daniel Alcalde del Río, inspector de Hacienda, portavoz de los nuevos funcionarios



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

esfuerzo de los técnicos y profesores. Gracias por adaptaros a esta nueva forma de trabajo», remachó.

En este sentido también valoró el papel de la editorial para hacer llegar el material, y el papel de los informáticos, «creando más de 90 aulas virtuales en poco tiempo» para afrontar las clases durante la crisis sanitaria. Igualmente, abrió las puertas a los exalumnos para seguir vinculados al grupo educativo CEF.- UDIMA con la bolsa de trabajo y la asociación Alumni+. Y añadió: «Hay que seguir estudiando. Estaremos siempre con los brazos abiertos para ayudaros y apoyaros en vuestra carrera profesional».

Previamente, habló en representación de los nuevos funcionarios públicos Daniel Alcalde del Río, inspector de Hacienda, quien aprovechó su intervención para celebrar haber cruzado la puerta del CEF.- sin saber el giro de 180 grados que daba a su vida. «Recordad la cara de vuestros familiares al recogeros del primer ejercicio, o la que pusieron cuando vieron que vuestro nombre figuraba entre los aprobados en el último ejercicio», apuntó.

En su alocución también agradeció al CEF.- el haber podido seguir preparándose *online* cuando fue necesario, y no se olvidó de aquellos que siguen en el intento, así como de los profesores y familiares. Y por supuesto del trabajo «ante mil papeles» en el viaje «casi espiritual» de la oposición. Y que comparó con



El violinista Pablo Navarro

«un saco de garbanzos: cada hora extra es un garbanzo; hoy nuestro saco está lleno, pero no nos olvidemos de cada garbanzo echado por nuestras familias y amigos cada día», finalizó el opositor del CEF.-.



El cómico Carlos Latre

Tras el reconocimiento oficial a los estudiantes, el acto de celebración prosiguió con la desternillante intervención del cómico, imitador y *showman* Carlos Latre, y la sesión musical del violinista Pablo Navarro, acompañado de DJ y piano, para cerrar la mañana.

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación CEF.- UDIMA)

Barcelona

Podría decir que, como cada año, ha tenido lugar en Barcelona la celebración de la ceremonia de graduación y clausura del año académico 2020-2021, así como el reconocimiento a opositores del grupo educativo CEF.- UDIMA.

Podría decirlo, pero faltaría a la verdad, no por el acto en sí ni por el objeto del mismo, sino porque no ha sido ni mucho menos como cada año.

Este año, a diferencia del anterior, sí que hemos podido volver a encontrarnos. Con mascarillas, bañados en gel hidroalcohólico, con la distancia de seguridad y con lo que hiciera falta, pero hemos podido volver a oír el bello sonido de los aplausos del auditorio, dando respuesta a la labor de un alumnado que ha sabido sobreponerse y superar un año tan complicado e incierto como el que hemos vivido. Es por eso, por esta vuelta a la «normalidad», que se hacía especial esta celebración.

Dirigidos por el mejor de los maestros de ceremonias, Enrique Cañizares, puntualmente a las 19:30 dio comienzo el acto en honor a nuestros alumnos. El maestro Enrique nos guardaba una grata sorpresa para amenizar el acto. No era fácil la elección, pues debía

Panorámica del auditorio AXA



Dúo de guitarras

estar a la altura de tan especial celebración. La elección estaba cargada de simbología, puesto que consistía en un dúo de guitarras, instrumento para el cual, de la misma forma que para la formación, se precisa de grandes dosis de disciplina, precisión y perseverancia. Magistralmente interpretadas, se tocaron piezas de Manuel de Falla, Paco de Lucía, Rodrigo o Albéniz, algunas de ellas arropadas por la majestuosa voz de la *mezzosoprano* Mariana Carrilho, quien hizo las delicias de un auditorio AXA que supo responder a la calidad de sus actuaciones.

La primera intervención fue a cargo de Enrique Cañizares (director del campus del CEF.- en Barcelona), quien elegantemente quiso utilizarla para felicitar a tres de los colectivos presentes.



Enrique Cañizares, actual director del campus del CEF.- Barcelona

En primer lugar, al claustro, a través del cual se transmite el conocimiento y se añade valor a los alumnos; en segundo lugar, al personal de gestión y administración, por su actitud de servicio y por ese «extra» que dan para que todo funcione como debe ser; y cómo no, a los alumnos, verdaderos protagonistas del acto, que, además del esfuerzo, trabajo y perseverancia que, se presuponen, han tenido que aportar una lucha adicional este año contra el virus.

Las palabras de nuestro anfitrión dieron paso a la segunda intervención, en este caso al padrino de la promoción, Valentín Pich. Un padrino muy especial para una promoción muy especial, que basó su discurso en una charla sobre «Sí, hay problemas, pero también grandes oportunidades».

El señor Pich consiguió motivar a todos los presentes con sus palabras, especialmente cuando nos hizo viajar por el tiempo trasladándonos a otros momentos de crisis en que habíamos sido capaces de levantarnos y construir. La receta mágica: trabajo y humildad. Receta, por otro lado, que no iba a servirnos solo para superar los malos momentos, sino también para garantizar la máxima longevidad y alegría, ya que, en sus propias palabras, «la gente que trabaja y que tiene ganas de trabajar es más feliz y además vive más años».



Valentín Pich, padrino de la promoción

Pilar Gámez tomaba el relevo de Enrique Cañizares, y en su calidad de jefa de estudios dedicó unas palabras de agradecimiento y felicitación para seguidamente pasar a presentar a cada uno de los ponentes.



Carlos Calderón intervino en nombre del profesorado

El primero de ellos fue Carlos Calderón que, de forma decidida y motivadora, quiso reconocer el esfuerzo y el trabajo de los alumnos, tanto de máster como opositores, pero no quiso dejar pasar la oportunidad para reivindicar el papel de los profesores: «hemos dado todo lo que tenemos».

De profesor pasamos a alumno. Víctor Redondo, con la responsabilidad de hablar en nombre de todos sus compañeros

de máster, quiso señalar algo muy importante: «Si hemos superado este año, debemos tener la confianza de que seremos capaces de superar todo lo que se nos ponga por delante».

En nombre de los opositores, le tocó el turno a Carlos Cubillas, quien dedicó unas palabras de profundo agradecimiento al CEF.-, en primer lugar, porque se había sentido muy acogido desde el principio, y en segundo lugar, más allá de acompañarle en el éxito que supone superar una oposición, la experiencia le había ayudado a crecer como persona.

La última de las intervenciones corrió a cargo de nuestro presidente, Arturo de las Heras, quien dirigió su discurso a felicitar a profesores, personal de administración y gestión, y, por supuesto, a los alumnos por el éxito conseguido,



Carlos Cubillas representó a los opositores

destacando que esto no era ni mucho menos el final, sino el principio, animando a todos los presentes a seguir conectados con el CEF.- a través de los servicios que este brinda como Alumni+ CEF.- UDIMA (antiguos alumnos) y, cómo no, la bolsa de trabajo. El CEF.-, sin duda alguna, está pensado para dar cobertura en todas las necesidades formativas en todas las etapas de la vida profesional de nuestros alumnos. También animó a la difusión a través de las redes sociales.

Por último, no quiero acabar sin hacer alusión al momento más entrañable y mágico de la velada.



Victor Redondo, representante de los alumnos de máster

En su despedida, Arturo de las Heras aprovechó también para agradecer a Enrique Cañizares todos los años de plena dedicación incansable que había ofrecido, hasta convertirse no ya en un colaborador de confianza, sino en un verdadero amigo. El señor Cañizares quiso responder a estas palabras de una forma entrañable, y fruto del inmenso cariño que me consta personalmente que profesa a nuestro presidente de honor, Roque de las Heras, quiso recordar al auditorio



Mesa presidencial del acto de graduación formada por Enrique Cañizares, Arturo de las Heras, Valentín Pich, Carlos Calderón y Pilar Gámez



La mezzosoprano Mariana Carrilho

que todo lo acontecido seguro que no habría sido posible si 44 años atrás Roque de las Heras no hubiera decidido dedicarse a dar clases a los alumnos que querían prepararse para las oposiciones, y que, por tanto, la mayor parte de su vida profesional se la debía a él.

Para finalizar, guiados por la voz maravillosa de Mariana Carrilho, cantamos a coro el *Gaudeamus igitur*, que proclamaba la solemnidad del evento y nos recordaba como despedida que un nuevo curso está a punto de comenzar, con la responsabilidad de acoger nuevos alumnos que depositarán su confianza en nosotros para proyectar sus carreras profesionales.

Javier García Ortells

(Director del CEF.- Barcelona)

Valencia

El pasado 5 de octubre tuvo lugar en Valencia el acto de graduación y de reconocimiento a opositores de los cursos 2019-2020 y 2020-2021 de la UDIMA y del CEF.-.



Panorámica del salón de actos



José Pedro Valero, director del CEF.- Valencia

Se celebró en el hotel balneario Las Arenas y se rindió homenaje a:

- Alumnos que han cursado sus estudios de máster en la sede de Valencia.
- Alumnos de grado y máster de la UDIMA que eligieron el centro de Valencia para asistir a su graduación.
- Alumnos opositores que han aprobado su oposición y que se encuentran en Valencia en representación de todos sus compañeros que están realizando el curso de formación o en sus destinos asignados.



Sandra Deltell Díaz, socia responsable de PWC en la Comunidad Valenciana, madrina de la promoción

esfuerzo y dedicación que supone la preparación de una oposición, así como de la gran recompensa que significa el obtener la plaza buscada;



Antonio J. Legorburu Martín, opositor a la Seguridad Social

El acto estuvo dirigido por Elena Albarrán García, jefa de estudios del CEF.- Valencia, y como ponentes de este acto, presidido por Arturo de las Heras García, presidente del grupo educativo CEF.- UDIMA, intervinieron:

José Pedro Valero Tolosa, director del CEF.- en Valencia, quien dedicó unas palabras de bienvenida a los alumnos, profesores y familiares;

Raquel Porcar Clemente, jefa de estudios de Oposiciones en Valencia, que habló del esfuerzo y dedicación que supone la preparación de una oposición, así como de la gran recompensa que significa el obtener la plaza buscada;

Sandra Deltell Díaz, socia responsable de PWC en la Comunidad Valenciana, que como madrina de la promoción mencionó la importancia de la formación continua como factor de la promoción profesional;

Alejandra Eugenia López Catalá, alumna del Máster en Tributación y Asesoría Fiscal, que habló en nombre de todos los alumnos egresados sobre la importancia de la formación y sobre su experiencia en el CEF.-;

Antonio José Legorburu Martín, alumno opositor a Gestión de la Administración de la Seguridad Social, que nos comentó cómo había sido su etapa de opositor en el CEF.- y la enorme satisfacción que produce aprobar una oposición;



Alejandra E. López Catalá, alumna del Máster en Tributación y Asesoría Fiscal



Javier Bas Soria representó a los profesores

Javier Bas Soria, profesor de esta casa, que habló en nombre del resto del profesorado del CEF.-, y al mismo tiempo se da la circunstancia de ser padre de una alumna ingresada en el Ministerio de Hacienda.

Y, por último, para cerrar este acto, dedicó unas palabras a todos los presentes Arturo de las Heras García, quien rindió homenaje por su esfuerzo y dedicación a todos los alumnos que habían superado el curso y a los opositores que habían obtenido una plaza, comentando los resultados del grupo educativo CEF.- UDIMA.

A lo largo del acto se realizaron varias intervenciones musicales por el grupo Arias Opera di Roma, finalizando con el tradicional y emotivo *Gaudeamus igitur*.

Concluido el acto, disfrutamos de un vino de honor. Los alumnos aprovecharon el momento para charlar distendidamente con sus compañeros, familiares y profesores.

Un año más hemos despedido a una promoción de excelentes estudiantes que estamos seguros de que conseguirán un gran éxito profesional, al igual que tantos otros tras su paso por el CEF.-, y muchos de ellos ahora pasarán a formar parte de la Alumni+ CEF.- UDIMA, donde podrán seguir cultivando su amistad y colaborando en su desarrollo profesional.



Grupo Arias Opera di Roma

José Pedro Valero Tolosa
(Director del CEF.- Valencia)

El CEF.- celebra la XXXI edición del Premio Estudios Financieros en el Ateneo de Madrid

Un año más, el Centro de Estudios Financieros (CEF.-) ha celebrado el solemne acto de reconocimiento a los ganadores del Premio Estudios Financieros. En su XXXI edición, la ceremonia híbrida (presencial y por *streaming*) en el Ateneo de Madrid ha hecho entrega de los galardones a los 37 trabajos seleccionados del total de 157 presentados este año. La mayoría de los autores ganadores (29) están vinculados a la universidad. Del resto, 6 son profesionales en la empresa privada y 2 funcionarios de la Administración pública.

Encabezaron la mesa presidencial del acto los presidentes del grupo educativo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras y Arturo de las Heras. A su lado estuvieron, por un lado, el padrino de esta edición de los premios, el director de la Fundación para el Conocimiento Madrid+D, Federico Morán; y por otro, Santiago Durán, en calidad de representante de los jurados. Igualmente, el acto contó con la presencia del presidente de honor del grupo educativo, Roque de las Heras, fundador de los premios en 1990.



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA



Todos los premiados recibieron la felicitación de la mesa presidencial

Como recordaba Arancha de las Heras, los premios retomaron entonces el objetivo que ha buscado siempre la escuela de negocios y, posteriormente, también la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA): «Tener buenos materiales para nuestros alumnos». Las revistas de la Editorial Centro de Estudios Financieros inicialmente sirvieron a este propósito. Pero pronto necesitaron de más profesionales para lograr esta meta.

Así, terminaron implicando a profesionales tanto del ámbito académico como empresarial y de la Administración, para acabar estableciendo uno de los premios «más prestigiosos» en la investigación en ciencias sociales. Con ellos, ante todo, se busca «no quedarnos en el plano teórico, sino que los trabajos puedan llevarse al mundo profesional», recalca.

Universidad «mixta e internacional»

El padrino de esta XXXI edición del certamen, Federico Morán, dedicó su discurso al futuro de la universidad. Según expuso, la educación superior afronta el reto de la ingente demanda que dificulta una atención de calidad. Las «fórmulas mixtas van a dominar buena parte de la oferta» para poder atender a los «nuevos perfiles formativos». Perfiles que responden a las necesidades de la sociedad y que, en muchos casos, apuntan a competencias que «aún no existen».



Federico Morán, padrino de esta edición del Premio

Esta situación requiere, como ha defendido, de una labor investigadora notable, además de por ser algo «inherente» a la universidad. Otras de las labores de mayor calado serían la formación en emprendimiento o la transferencia de conocimiento desde la empresa a la sociedad. Espacio, este último, en el que España tiene «todavía mucho por recorrer»; si bien a nivel investigador nuestro país es uno de los 10 más importantes del mundo, matizó.

En definitiva, la universidad tendrá que abrirse a nuevos esquemas formativos, donde la oficialidad de un título no sea el elemento más reseñable. Por el contrario, habrá que desarrollar nuevas certificaciones que requieren las nuevas tecnologías «y que no todas las universidades tienen». Por ello, el aspecto de internacionalidad es otro de los más importantes en la universidad del futuro, pues «hará más enriquecedora» la propia investigación, ha destacado Morán.

Mejorar la regulación en ciencias sociales

Por su parte, el representante de los jurados, Santiago Durán, ha valorado los premios por su capacidad para «reconocer y estimular» la labor investigadora. Además, ha querido subrayar especialmente la aplicación práctica en las ciencias sociales de los trabajos presentados, independientemente de ser o no ganadores.



Santiago Durán, representante de los jurados del Premio

Se trata de un rasgo «de inestimable valor para quienes nos dedicamos profesionalmente a ellas». Y ha añadido: «Es importante que os sintáis satisfechos por mejorar el marco regulatorio de las ciencias sociales»; un marco que «mejoran» solo por presentarse, pues identifican mejoras y cambios que el sistema necesita.

El presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, ha cerrado la jornada compartiendo el sentimiento de «alegría» al convertir los seudónimos de los autores en nombres conocidos del grupo educativo. Así ha sido en el caso de la profesora de la UDIMA Concha Burgos, quien ha obtenido el primer premio en la modalidad de Contabilidad junto con el también profesor Javier Romano, por su trabajo «La contabilidad del beneficio residual». «Os recomiendo que os sigáis presentando, pues el prestigio final [de los premios] es gracias a vuestro esfuerzo», dijo Arturo de las Heras.

Presentó el solemne acto el director de Comunicación, Luis Miguel Belda.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-



Foto de familia de la XXXI edición del Premio Estudios Financieros

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación CEF.- UDIMA)

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 (12 números en 11 volúmenes –los números de agosto y septiembre se editan en un mismo volumen–) 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 revistacef@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 subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúa la sección de «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 citas.

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.



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.250

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 75.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Bolsa de Trabajo y Emprendedores



Desde nuestros orígenes, hemos tenido como lema **“formación para el empleo”**, y por ello consideramos este servicio como un pilar fundamental para nuestras acciones formativas, pues todas van dirigidas a buscar empleo a nuestros alumnos, a mejorar el que ya poseen o a conseguir su consolidación.

Anualmente, se gestionan más de 4.500 ofertas de empleo de distintos perfiles: directivos, técnicos, júnior, becarios, etc. También te ayudamos a hacer tu currículum más atractivo, a preparar tu entrevista o a emprender tu propio proyecto. Es un servicio gratuito tanto para los estudiantes como para las empresas.

Son muchas las ventajas de la Bolsa de Trabajo de las que nuestros alumnos se benefician, entre ellas:



+4.500 convenios con empresas



Jornadas y eventos para mejorar la empleabilidad



Orientaciones laborales individuales



Simulaciones de dinámicas de grupo y entrevistas personales

Algunas de las empresas con las que colaboramos:

