

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 471 | Noviembre-Diciembre 2022

ISSN: 2792-8314

Salud de las trabajadoras: ¿nuevos «derechos sexuados» desde la menstruación a la menopausia?

Cristóbal Molina Navarrete

Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo

Magdalena Nogueira Guastavino

La sucesión de empresa tras la última reforma concursal

Emilio Palomo Balda

La sostenibilidad en el sector del transporte: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras

Pilar Conde Colmenero

El convenio colectivo en el trabajo externalizado

Margarita Miñarro Yanini

Derecho a la prueba tecnológica eficaz vs. derecho a la protección de datos. A propósito de la STC 119/2022

José María Moreno Pérez

Descubre nuestras novedades editoriales del área de laboral

Lecciones de Seguridad Social



*José María Orellana
García*

978-84-454-4437-5

2022 (8.^a ed.)

744 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), prestando especial atención al estudio de cada una de las prestaciones que integran su acción protectora.

Movilidad, extranjería y nacionalidad



Luis Vidal Martín Sanz

978-84-454-4441-2

2022 (7.^a ed.)

608 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

978-84-454-4384-2

2022 (2.^a ed.)

136 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. 471 | Noviembre-Diciembre 2022

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Laura Calafá. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ana María Calles Doñate. Profesora titular de Selección y Evaluación de Personal. Universidad Complutense de Madrid (España)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

Ignacio Carvajal Gómez-Cano. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Gerente de Landwell PWC Tax&Legal (Madrid, España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Charo García González. Directora de Recursos Humanos del Grupo Balesol (Madrid, España)

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

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)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

María José López Álvarez. Profesora propia ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

María Luisa Molero Maraño. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Álvaro Rodríguez de la Calle. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Director del Área Laboral de KPMG España (Madrid, España)

Juan Sánchez Rodríguez. Vicepresidente de Recursos Humanos de DHL Supply Chain Iberia (Madrid, España)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

Jesús Torres Mateos. Presidente de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos y Chief HR Officer at Food Delivery Brands (Telepizza) (Madrid, España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Evaluación externa

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

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 (2022) (6 números) 115 € en papel y digital / 70 € en digital

Solicitud de números sueltos (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: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



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.

© 2022 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).

© Centro de Estudios Financieros (07-11-2022)

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Sumario

Editorial

- Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexuados» desde la menstruación a la menopausia? 5-16
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo 17-53
Metaverse and law applicable to the employment contract

Premio Estudios Financieros 2022

Magdalena Nogueira Guastavino

- Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención 55-90
Job retention clauses and the effects in case of contravention

Accésit del Premio Estudios Financieros 2022

Carlos González González

- La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales) 91-130
Company succession after the latest insolvency reform (competence aspects)

Emilio Palomo Balda

- Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen) 131-159

Necessary and urgent reinforcement of sustainability in the road freight transport sector: improvement of working conditions and social protection of workers (particular reference to the journeys of those who drive)

Pilar Conde Colmenero

Diálogos con la jurisprudencia

- El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre 161-169

The collective agreement in outsourced work: the Supreme Court applies the new article 42.6 of the Workers' Statute. Commentary on Supreme Court Ruling 815/2022, October 6

Margarita Miñarro Yanini

Derecho fundamental empresarial a la prueba tecnológica eficaz versus derecho a la protección de datos de la persona trabajadora. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre 170-179

The fundamental business right to effective technological testing versus the right to data protection of the worker. Regarding Constitutional Court Ruling 119/2022, September 29

José María Moreno Pérez

Negociación colectiva y previsión social complementaria: ¿cerco a los viejos «premios de jubilación», oportunidad para los «planes de pensiones de empleo»? Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2022, de 5 de julio 180-191

Collective bargaining and supplementary social security: close to the old "retirement awards", opportunity for "occupational pension schemes"? At the occasion of the Supreme Court Ruling 603/2022, July 5

Cristóbal Molina Navarrete

Recursos humanos

Influencia de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo en la relación laboral: un análisis empírico 193-231

Effect of poverty in cities and organizational size on the employment relationship: an empirical analysis

Premio Estudios Financieros 2022

Vicente Roca Puig

Nota de redacción 233

Acto de entrega de los premios CEF.- 2022 235-238

Normas de publicación 239-240

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 *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* mantiene un firme compromiso con el lenguaje inclusivo de género como vía para avanzar, siempre respetando la corrección y economía del lenguaje, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En coherencia, recomienda a las autoras y autores su utilización, reflejándose así en las normas de publicación. En consecuencia, el nivel de su utilización es una responsabilidad exclusivamente suya, en el ejercicio de su libertad científica.

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>.

Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexuados» desde la menstruación a la menopausia?

Cristóbal Molina Navarrete

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*
cmlina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá, por sí solo, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. [...] El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad [normativa].

L. Ferrajoli (*Derecho y garantías. La ley del más débil*)

1. El denominado «climaterio», ese periodo que comprende la etapa posterior a la vida fértil de la mujer (tras el fin de la menstruación), tiende a alejar la menopausia cada vez más del final de la vida de las mujeres. La mujer suele encontrarse ahora con ella en un momento de plena actividad profesional, además de personal. Conforme a los estudios de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en apenas 3 décadas, habrá más de 1.000 millones de mujeres con 50 o más años (el triple que en 1990), por lo que un creciente número de mujeres tiene una larga vida profesional por delante, pudiéndose ver afectada, en un porcentaje no irrelevante de trabajadoras, su calidad de vida, pero también su carrera profesional, por trastornos y enfermedades asociados con este estado natural a partir de un determinado momento de su vida. Sin embargo, hasta ahora, esta situación se ha mantenido altamente invisibilizada, por la estigmatización en torno a buena parte de las cuestiones de la salud reproductiva y sexual de las mujeres.

El pasado 18 de octubre, Día Internacional de la Menopausia, cuyo lema fue «cognición y estado de ánimo» (resalta el síndrome de la niebla mental –grupo de síntomas que incluyen dificultad para recordar, para concentrarse,

¿Es la menopausia
un problema laboral?

para cambiar de actividad, etc.–), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprovechó la efeméride para lanzar, con la seriedad debida, un nuevo debate. En un pódcast sobre el futuro del trabajo (episodio 13) se pregunta: [¿Es la menopausia un problema laboral?](#)

Llega este debate para nuestro país en un momento en el que otro aspecto de la salud reproductiva de las mujeres tradicionalmente invisible y estigmatizante, la menstruación, adquirirá carta de naturaleza jurídico-social diferenciada, a partir de la conversión en ley del [Proyecto de Ley orgánica de salud sexual y reproductiva \(e interrupción voluntaria del embarazo\)](#).

Al respecto, además de crear un nuevo permiso desde la semana 39 de gestación (a sumar al de maternidad), mejorando –algo rácanamente, como veremos– la «salud gestacional», se eleva la salud menstrual a la condición de estándar de salud femenina (y social). Para ello se reconoce y garantiza una protección pretendidamente de favor (desde el primer día, sin límite de tiempo y de mayor cuantía –aunque, como veremos, el proyecto legislativo no contenga esta previsión, sí cacareada a bombo y platillo en prensa–) de las bajas laborales a causa de la menstruación, como «nuevo derecho sexuado de salud reproductiva».

No es el único derecho de este tipo. A él se suman otros de asistencia social, como sería la gratuidad de los productos de higiene menstrual para las mujeres con menos recursos, a fin de prevenir la denominada «pobreza menstrual» que no es sino una consecuencia más, al igual que la pobreza energética, dicho sea de paso, del genuino problema, esto es, la pobreza, en general y la femenina en particular. En realidad, esta es la que debería ser eliminada con la garantía de un empleo decentemente retribuido para todas las personas activas (salarios suficientes) o, en caso de desempleo, con una prestación adecuada (la mejora en la nueva Ley de presupuestos generales del Estado para 2023 –LPGE/2023– se queda corta), incluso, si se está en la etapa posterior a la vida activa, una pensión de jubilación por derecho propio suficiente y sin brechas de género. Por supuesto, el análisis descarta las exageraciones de *marketing* gubernamental (por cierto, agitado mediáticamente en relación con la revalorización de las pensiones –por ejemplo, confirmación por el Proyecto de LPGE/2023 del incremento de las pensiones en un 8,5 % promedio de la inflación– y el ingreso mínimo vital –recientemente reactivado, pese a sus limitados efectos al llegar en 2 años en torno a solo un 60 % de las personas beneficiarias previstas para el primer año, en virtud del [RD 789/2022, de 27 de septiembre](#)–) ínsitas en el fácil (falseado) eslogan ministerial de «se acabó ir a trabajar con dolor».

A su través se vende un reconocimiento pionero de la menstruación dolorosa o incapacitante como causa de incapacidad temporal (IT). Es sabido que esto ya existe desde antaño, reconociéndose al

Se eleva la salud menstrual a la condición de estándar de salud femenina (y social)

Se vende un reconocimiento pionero de la menstruación dolorosa o incapacitante como causa de incapacidad temporal. Es sabido que esto ya existe

año miles de estas situaciones. El problema es –aquí reside su interés– que adolece de una protección jurídico-económica indiferenciada y, en consecuencia, su tratamiento se difumina en un régimen común, que infravalora la diferencia sexual femenina, en su dimensión biológica (diferente estatuto biológico reproductivo de la mujer a diferencia del propio del varón) y sociocultural (estereotipos de género). Aunque por caminos confusos, a nuestro juicio, ahora sí, se pretende dar mayor visibilidad a esta condición natural de las mujeres social y laboralmente estigmatizada, dejando que [«la regla deje de ser un tabú» y normalizando la salud menstrual.](#)

2. No es el único marco normativo en el que la salud sexual de las mujeres es clave de bóveda. Este sería el caso, de un lado, de la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, por lo tanto, aquí conexas la protección con la debida a otro derecho fundamental (recuérdese que la protección de la salud en todos los entornos laborales es ahora un derecho fundamental universal, según la [Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, en su versión enmendada en 2022](#)). Así se derivaría de la obligación de establecer y garantizar un sistema de protección efectiva de la igualdad de resultado, así como de la prohibición de discriminación, en relación no solo con la enfermedad, o la discapacidad (para la saga de sentencias constitucionales sobre discriminación por discapacidad en pensiones de incapacidad permanente, *vid.* [Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2022, de 26 de septiembre](#)), sino también con la «condición de salud [...] y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos [...]».

De otro lado, ahora en relación tanto con la no discriminación como con la libertad sexual, sería el caso de la [Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre](#). El [artículo 10](#), en relación con el [artículo 48](#) –reformado por aquella– de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, exige proteger a las mujeres (principales víctimas, pero no exclusivas –a diferencia de la violencia de género–) del riesgo de violencias sexuales. Asimismo, el [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#) (planes de igualdad), cuyo [anexo](#), punto 4, prevé un enfoque de salud laboral de género al diagnosticar el impacto en términos de igualdad del conjunto de condiciones de trabajo. Finalmente, incluso lo hallamos tanto en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia ([art. 4.4](#)), con carácter general y para las víctimas de violencia de género en particular, como en la nueva [disposición adicional decimoctava de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, introducida por el [Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre](#) (mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas al servicio del hogar). En última instancia, estas leyes anticipan la aplicación del [Convenio 190 de la OIT](#), pendiente de incorporación a nuestro derecho una vez se ratificó, y que plantea una protección del bienestar integral de las mujeres, más allá y más acá de la protección del riesgo de violencia y el acoso por razón de género.

3. Pero el citado [Proyecto de Ley orgánica de salud sexual y reproductiva](#) abre –aunque de un modo técnicamente impreciso, incluso contraproducente, como le ha observado el Consejo Económico y Social en su [Dictamen 9/2022, de 29 de junio](#)– nuevas dimensiones en el debate, y en las políticas del derecho consiguientes, sobre el trinomio «salud reproductiva-salud sexual-trabajo de cuidar» de las mujeres, fuera, desde luego, pero también dentro de los entornos o ambientes de trabajo. Precisamente, cuando se hace una radiografía completa en clave de sesgos de género de la Seguridad Social, junto a la brecha en pensiones, aparece su sobrerrepresentación en la rama de IT. O lo que es lo mismo, en la rama de protección económica frente a la pérdida de salud, siendo aún más prevalente su presencia en las bajas por IT común, en detrimento de la profesional.

Pero el Proyecto de Ley orgánica de salud sexual y reproductiva abre nuevas dimensiones en las políticas del derecho sobre el trinomio «salud reproductiva-salud sexual-trabajo de cuidar» de las mujeres dentro de los entornos de trabajo

Aunque no podemos detenernos ahora en esta cuestión, no podemos dejar aquí de mencionar, dado que su día mundial fue uno después del de la menopausia, el 19 de octubre, datos tan inquietantes como los del cáncer de mama (el más frecuente en mujeres). Su pronóstico de supervivencia en edad laboral resulta muy favorable (86 % de las mujeres que lo padecen), sin embargo, apenas algo más de la mitad [retornarían al trabajo de forma efectiva](#). En otros términos, casi 1 de cada 2 mujeres en edad de trabajar abandonará el mercado de trabajo, desistiendo una vez finaliza la IT (que suelen agotar), incluso el desempleo (contributivo y asistencial), por falta de rendimiento como querría, siendo víctimas, en ocasiones no infrecuentes, de un despido en relación con la pérdida de capacidades (falta de rendimiento, ineptitud sobrevenida).

Cierto, respecto de esta última observación, conviene reconocerlo, la derogación del despido objetivo por absentismo, primero, y la posibilidad de una recalificación de tales despidos como nulos en aplicación de la referida [Ley 15/2022](#), puede constituir una significativa mejora, al estar en juego derechos fundamentales que se vinculan a la protección de la condición de salud (no solo de la enfermedad). Exigencia esta de vincular la nulidad casi en exclusiva a la violación de un derecho fundamental que, de forma discutible, el Tribunal Supremo (TS) acaba de reafirmar, [negando que haya «prohibición de despedir» en las dispuestas de escudo sociolaboral frente a la COVID-19](#) (y entendemos que también frente a la crisis energética, la crisis de Ucrania, etc.), dicho sea de paso. Sin embargo, sí concurre ya esta vinculación a un derecho fundamental distinto a la discriminación por razón de la discapacidad, e incluso de la enfermedad, cuando se relaciona con la sola condición de salud ex [artículo 2 de la Ley 15/2022](#). De ahí la mejora de protección también para los eventuales despidos relacionados con síndromes nuevos vinculados a la pandemia, como la [COVID-19 persistente](#), por lo que deben criticarse aquellas decisiones judiciales que permanecen ajenas a este cambio, como la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia \(STSJ\) de Aragón 109/2022, de 14](#)

de febrero, que niega la nulidad de un despido de un trabajador con COVID-19 persistente, al no considerarla equiparable a una discapacidad. Aunque en este caso se trataba de un trabajador (gerente de una cadena de supermercados), el blindaje debe reforzarse cuando se trata de una trabajadora, por la dimensión de sexo que presenta: 7 de cada 10 víctimas de *long COVID-19* son mujeres y de edad mediana (discriminación múltiple).

Precisamente, un [estudio publicado en Nature](#) probaría que las mujeres sufrían con más frecuencia la COVID-19 persistente entre los 50 y 60 años por razón hormonal, es decir, por las reacciones de sus hormonas sexuales, involucrándose, junto a los genes, en esta diferencia inmunológica. Pero, como se deriva del [artículo 2 de la Ley 15/2022](#), no se debe confundir la condición de salud en general, y femenina en particular, con la ausencia de enfermedad, sino que se dirige, mucho más ampliamente, a la protección integral del «estado de bienestar» y la «calidad de vida», dentro y fuera del trabajo.

Pues bien, desde esta perspectiva más integral de salud (que empieza a emerger también en la negociación colectiva), están suficientemente verificadas científicamente, aunque se ignoren socialmente y se infravaloren en el plano legislativo, situaciones vinculadas a la función reproductiva que, sin ocasionar patologías propiamente, causan situaciones de malestar a las mujeres, durante todo su ciclo de vida, también cuando pierden su «condición reproductivamente fértil». En este escenario mutado, la sociedad civil organizada, con el apoyo de crecientes evidencias científicas, viene exigiendo un estatuto de derechos (sexuados) de protección integral y eficaz de la salud reproductiva y sexual (bienestar integral) en clave de equidad de género (perspectiva de género que es invocada por la jurisprudencia para evitar la discriminación económica –últimamente Sentencia del TS [STS] 795/2022, de 4 de octubre¹– y que el art. 1 [Convenio 190 OIT](#) también considera violencia de género), instando políticas legislativas a tal fin. En tal clave, promueven que se integren en ese estatuto, entre otros, los siguientes derechos-garantía de protección integral de la salud reproductivo-sexual de las mujeres:

La sociedad civil organizada, con el apoyo de crecientes evidencias científicas, viene exigiendo un estatuto de derechos (sexuados) de protección integral y eficaz de la salud reproductiva y sexual (bienestar integral) en clave de equidad de género

- un permiso prenatal, retribuido y universal, para la protección de la última etapa del embarazo y del parto, mínimo desde la semana 36 de gestación (como en Dinamarca), si bien en algún caso era desde la 34 (como en Alemania) hasta el momento del parto. Se plantea como una alternativa sea a las bajas médicas por

¹ Resuelve, en demanda sobre materia de conflicto colectivo, declarar la nulidad de la práctica empresarial de aminorar los conceptos salariales denominados «asistencia» y «puntualidad» con causa en el ejercicio de reducción de jornada por guarda legal ([art. 37.6 Estatuto de los Trabajadores](#)).

IT sea a los duros requisitos para la suspensión temporal de contrato por riesgo para el embarazo;

- un permiso puerperal, para la recuperación del parto, protección del posparto y el derecho de las madres a la instauración de la lactancia materna (8 semanas, como en Alemania, aunque aspiran a 14 semanas, como en Dinamarca). Este permiso sería previo al actual por nacimiento y cuidado de la persona descendiente, permitiría «que la madre inicie el permiso por nacimiento una vez esté mínimamente recuperada del embarazo y del parto»;
- un permiso por duelo perinatal por pérdida gestacional (muerte uterina) precoz (dentro del segundo semestre de embarazo; suele ocurrir cuando el feto alcanza 22 semanas), a fin de facilitar la recuperación del fuerte efecto emocional (psicofísico) en las mujeres por la frustración abrupta de la expectativa de maternidad (también en padres, «el otro progenitor», aunque esa pérdida presente diferencias emocionales por sexo y género);
- un permiso específico para las menstruaciones dolorosas o incapacitantes, que no tengan la complejidad, el estigma y la desprotección económica de la cobertura actual por IT común; y
- un tratamiento específico para la menopausia en el trabajo, considerado un «**elefante en la habitación**», ante la evidencia de efectos nocivos más relevantes que el tradicional sofoco o insomnio (por ejemplo, cardiovasculares).

4. De todos ellos, el referido **Proyecto de Ley orgánica de salud reproductiva** ha recogido expresamente solo tres, conformados, algo contradictoriamente (oxímoron), como «situaciones especiales de IT por contingencia común». A tal fin reforma la **Ley general de la Seguridad Social** (LGSS), a través de su disposición final décima². A saber (art. 169.1 a) LGSS):

De todos ellos, el referido Proyecto de Ley orgánica de salud reproductiva ha recogido expresamente solo tres, conformados, contradictoriamente, como «situaciones especiales de IT por contingencia común»

- «menstruaciones incapacitantes secundarias»;
- «interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo»;
- la situación de «gestación de la mujer trabajadora a partir de la trigésima novena semana».

² Las disposiciones finales séptima a novena modifican la legislación relativa a los regímenes especiales de la Seguridad Social funcionariales (civiles y militares).

No aporta más la ley para tipificar las contingencias causantes de tales situaciones de IT, lo que no deja de crear perplejidades y problemas aplicativos, ya desde el inicio de su configuración. Valoradas como «especiales» por su dimensión sexuada (atribuidas solo a las mujeres en relación con la mejora de su salud reproductiva y sexual, antes incluso del momento gestante biológico), sorprendentemente, se llevan al régimen de IT común, obligando a introducir particularidades para mostrar una mínima coherencia (normativa y de expectativas sociales creadas) con la calificación jurídica de «situación especial». Aunque no podemos entrar aquí en detalles, sí nos parece oportuno realizar algunas consideraciones, breves, por si tuviesen a bien tenerlas en cuenta en el trámite parlamentario, a fin de mejorar la eficacia y coherencia de la nueva regulación.

Por lo que hace a la figura estrella, también la más polémica, no solo en el plano jurídico, también en el económico-empresarial y en el sociocultural, el reconocimiento explícito o específico de las menstruaciones incapacitantes como causa de IT, cuando ya están reconocidas como tal actualmente, destaca la adjectivación de «secundaria». ¿Qué ocurriría si la incapacitación proviene de una dismenorrea primaria, dado que, según ciertos especialistas, el grado de limitación causado por la intensidad del dolor no depende de si es primaria o secundaria? ¿Se trataría conforme al régimen común de la IT o cabría entender que lo importante es el efecto –incapacitación– y el origen sexuado –dolor de regla–, no la patología concreta a la que se asocia? Parece claro que la finalidad de garantía efectiva debe primar sobre elementos restrictivos de la formalización legal.

¿Qué ocurriría si la incapacitación proviene de una dismenorrea primaria? La finalidad de garantía efectiva debe primar sobre elementos restrictivos de la formalización

Más restrictiva se muestra la segunda situación especial de garantía sexuada: el permiso por situaciones de (1) interrupción del embarazo (voluntaria o no –aborto espontáneo o natural–), siempre que (2) requiera asistencia pública sanitaria, en tanto dure, y (3) cause impedimento para el trabajo. En este caso, la protección se vincula ya a una fase de la función reproductiva en la que hay gestación, pero se ha frustrado, cualquiera que sea la causa, el aborto decidido o un aborto natural, la nueva vida que se gestaba. Tampoco aquí habría novedad alguna en la configuración de la causa respecto de la situación actual, al ponerse el acento en el impedimento para el trabajo por una causa derivada de asistencia sanitaria, por tanto, previsión común e indiferenciada.

El problema viene si se quiere utilizar esta vía para dar cobertura al «permiso perinatal» (**duelo perinatal**) que prometió, mediáticamente, la ministra de Igualdad sí tendría encaje en la reforma. El texto legal proyectado, sin embargo, de momento, se presenta mucho más difuso. Si la interrupción se produce antes del parto, la inclusión no parece tener dificultades excesivas, pero si la muerte se produce en el momento del parto o en días inmediatamente posteriores, que suele también incluirse, médicamente, en el concepto de dolor perinatal, sí quedaría fuera o extramuros de esta situación especial, lo que tiene un

efecto excluyente objetivo. Debe recordarse que la OMS asume el periodo perinatal desde las 22 semanas de gestación (154 días) hasta una semana de vida independiente. Además, y en línea con las otras dos situaciones, es evidente que queda fuera el padre, el «otro progenitor» (exclusión subjetiva). En suma, una vez más, la clave se situaría en el efecto incapacitante para el trabajo (requiere un sufrimiento de cierta entidad) más que en la protección del bienestar psicosocial.

El problema viene si se quiere utilizar esta vía para dar cobertura al «permiso perinatal»

Finalmente, por lo que respecta al permiso prenatal, la insuficiencia es evidente. Si la pretensión de la reforma es prevenir que determinadas mujeres deban acudir a la posibilidad legal de anticipar 4 semanas el disfrute de la baja maternal (por nacimiento y cuidado hoy), se queda corta, porque la gestación «normal» sería de 40 semanas, con lo que se anticipa apenas 1 o 2 semanas. Aquí ha pesado más el enfoque economicista, pues, conforme a los datos estadísticos, se estima que el 80 % de partos de 2020 tuvieron lugar entre las semanas 37-42, solo el 5 % fueron entre la semana 32-36, según el Instituto Nacional de Estadística. Por tanto, la reforma legal proyectada ha asumido una regla transaccional, ponderando mejora de las garantías, realismo estadístico (realidad promedio) y equilibrio financiero (según la Memoria económica costará unos 57 millones de €). Parece haber optado por algo intermedio: entre la previsión más garantista con-

forme a la realidad promedio (37 semanas) y la que sería inútil o ineficaz por completo para el fin (42 semanas), establece una referencia numérica situada más o menos en la mitad –virtud aristotélica–: 39 semanas.

Por lo que respecta al permiso prenatal, la insuficiencia es evidente

Por supuesto, también aquí se excluye para el «otro progenitor». Precisamente, la [STS 602/2022, de 5 de julio](#), con voto particular en contra, denegó al padre el permiso de «nacimiento», que sí reconoció a la madre, en un caso de alumbramiento sin vida a las 39 semanas, basándose en la diversidad de fines de una y otra prestación (para recuperación de la salud y trabajo de cuidar en el caso de la madre; solo para el trabajo corresponsable de cuidar en el del padre). Las diversas instancias judiciales –piadosas y sensibles– reconocen el «doloroso trance» del nacimiento sin vida para ambos, pero solo la salud biopsicosocial de la madre merecería protección, sin perjuicio de decisiones legales futuras de equiparación. Para el voto particular, en cambio, se habría incurrido en una discriminación por razón de sexo en contra del varón, privándolo del derecho a la conciliación. A su juicio –bien fundado–, que la hija haya nacido fallecida no impide que concurren análogas circunstancias en la segunda fase del permiso, por lo que, al menos, se debió reconocer una parte de aquel. En suma, la jurisprudencia mayoritaria reverdece el fuerte carácter sexuado originario de este derecho, progresivamente difuminado por el derecho legal, a fin de favorecer la corresponsabilidad.

5. Que las tres situaciones especiales se configuren como IT común de inicio no quiere decir que ameriten el mismo tratamiento, diferenciándose los presupuestos de acceso (por ejemplo, periodo de cotización) y la cuantía económica (relación de protección). Así, en lo que concierne a la cotización previa, se exige para las «menstruaciones incapacitantes» y para las «bajas por aborto», rebajándose solo respecto de las «bajas prenatales» (que se equiparan a estos efectos al subsidio por nacimiento), conforme prevé la reforma en el artículo 172 a) de la LGSS. En consecuencia, las dos primeras situaciones reciben el tratamiento que la ley reserva a las contingencias por accidente, sea o no laboral, y por enfermedad profesional (art. 172 b) LGSS). En cambio, para el permiso prenatal (a partir de la 39.ª semana), se remite a los periodos de cotización previa mínimos exigidos para el subsidio de nacimiento y cuidado ([art. 178.1 LGSS](#)) que, como se sabe, dependen de la edad. Hay que advertir que las tres situaciones especiales generan la obligación de cotizar (reforma proyectada del art. 144.4 en relación con el art. 166 LGSS).

Que las tres situaciones especiales se configuren como IT común de inicio no quiere decir que ameriten el mismo tratamiento, diferenciándose los presupuestos de acceso (por ejemplo, periodo de cotización) y la cuantía económica (relación de protección)

También el momento del nacimiento del derecho al subsidio en estas situaciones especiales vinculadas a la mejora de los derechos reproductivos (y sexuales) de la mujer difiere. Por lo que hace al nacimiento y duración del derecho al subsidio, según el artículo 173.1 de la LGSS, en atención al nuevo texto propuesto por la reforma proyectada, las bajas por menstruación incapacitante nacerán el mismo día en que se produzcan. Por lo tanto, en este caso, la equiparación a la contingencia profesional aparece matizada (el subsidio por contingencia profesional se abona al día siguiente de la baja laboral, pero sabido es que se tiene derecho a cobrar el salario íntegro del día de baja), buscando compatibilizar la protección máxima de esta situación con la prevención del estigma que podría derivar de la crítica empresarial si tuviese que pagar el salario del día de baja. En las situaciones tanto de aborto como de permiso prenatal, se abonará por la entidad gestora desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo de la empresa el salario íntegro del día de la baja, con lo que aquí sí se equipararía el tratamiento a las contingencias profesionales. Como puede verse, la regulación no es coherente con el encuadramiento de la IT común, sino que se va siguiendo una «técnica de espiguo», combinando reglas procedentes de las diferentes modalidades (común y profesional, incluso, *sui generis* o *ad hoc*).

En lo que concierne a la duración de los subsidios especiales de IT sí convergen los tres casos en una misma regla: la cobertura se extiende durante todo el tiempo en que permanezca el hecho causante (reforma proyectada del art. 173.2 LGSS). En su Memoria económica, el Gobierno utilizó un [estudio de la revista *BMJ Journals*](#), en virtud del cual se indicaba que, de media, las mujeres encuestadas cogieron 1 día de baja al año por motivos menstruales. El estudio científico reseñado resalta que ir a trabajar con dolores importantes hizo decaer la productividad de estas mujeres en una media de 9 días al año. Por lo tanto, el hecho de

que ahora se socialice por completo ese coste (cobertura a cargo del sistema de Seguridad Social) tendría un efecto positivo en la productividad empresarial. En los primeros borradores del anteproyecto se contemplaba una duración máxima de 3 días, ampliables a 5, pero finalmente se ha decidido no vincularla a término alguno.

6. ¿Y cuál será la prestación económica en tales situaciones? Aunque sorprenda, más si se atiende a la difusión mediática alentada gubernamentalmente que ha creado la convicción social (derecho-expectativa) de que se percibirá el 100 % de la base reguladora desde el día 1, al menos en el caso de las reglas incapacitantes, lo cierto es que la norma proyectada no contiene previsión específica alguna al respecto. La razón es que no se ha modificado ni el [artículo 171 de la LGSS](#) (derecho a un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en la ley y normas de desarrollo) ni las normas reglamentarias ([art. 2 Decreto 3158/1966](#) y su [orden de desarrollo, art. único RD 53/1980](#), [art. 13 Decreto 1646/1972](#)). Una vez más, la imprevisión legislativa proyectada crea pasmos, porque es incomprensible que una cuestión tan determinante quede *in albis*, cuando las prestaciones con las que cabe relacionarse, como hemos visto, las de nacimiento, tienen su previsión legislativa expresa, o las vinculadas a cuestiones de salud (subsidio típico de riesgo biológico durante el embarazo, lactancia natural) y cuando, para más inri, sí se contemplan modificaciones reglamentarias en la norma proyectada (reglamentos del mutualismo). En consecuencia, será necesaria una enmienda a tal fin en la tramitación parlamentaria o, menos recomendablemente, un desarrollo reglamentario posterior al mismo fin, lo que generaría dilación e incertidumbres añadidas.

¿Y cuál será la prestación económica en tales situaciones? Aunque sorprenda, la norma proyectada no contiene previsión específica alguna al respecto

En consecuencia, será necesaria una enmienda o, menos recomendablemente, un desarrollo reglamentario

¿Y qué cuantía deberían tener este tipo de subsidios especiales? Ni el 60 % de la base reguladora (BR) (IT común) ni el 75 %, si se considerara profesional, parecen los adecuados en estas situaciones especiales, apostándose más bien por el 100 % de la BR, aunque en este caso se abriría la duda de si la BR es común (subsidios por nacimiento) o profesional (por ejemplo, riesgo biológico). En este sentido, a nuestro entender, la prestación tendría que ser equivalente al 100 % de la BR por contingencia profesional y fijarse de manera expresa en la LGSS. Pero, así planteado, ¿qué sentido tiene que se reconduzca a la IT común este tipo de situaciones que urgen una protección específica y diferenciada de la salud de las mujeres, si los aspectos más relevantes de la cobertura no responden a la IT común, ni siquiera a la IT profesional? ¿No debería extraerse del ámbito de la IT y darse una regulación específica y diferenciada, que valore desde la norma adecuadamente las diferencias de sexo y género *de facto* en relación con la salud reproductiva?

Compartimos la crítica del Consejo Económico y Social de España que:

[...] entiende necesario evitar que la configuración de la mejora de la protección de las gestantes comporte restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada [...], existiendo otras prestaciones del sistema que quizá podrían albergar mejor la protección de la salud y el bienestar de la gestante en esta fase.

La [STS 580/2020, de 2 de julio](#), advirtió de lo inadecuado que era reconducir las cuestiones ligadas a la salud reproductiva a la enfermedad. Una diferencia entre estado de salud y enfermedad ahora reforzada en el [artículo 2 de la Ley 15/2022](#) y que tiene otras consecuencias, como, por ejemplo, la necesidad de dar cobertura expresa al duelo perinatal. Una situación descubierta a causa del criterio temporal abstracto del [artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), y que la reforma proyectada debería corregir, también desde el plano subjetivo, reconociendo, aunque sea de forma diferenciada, el «dolor del padre».

La STS 580/2020, de 2 de julio, advirtió de lo inadecuado que era reconducir las cuestiones ligadas a la salud reproductiva a la enfermedad

7. Pero no es la única situación asociada al bienestar psicosocial de la mujer y a su condición de salud reproductiva y sexual que está pendiente de tratamiento jurídico adecuado, en lo social y en lo laboral. Si ya comienzan a explicitarse las protecciones para situaciones previas a la gestación (por cierto, que la gestación por sustitución tiene ya, desde la [LO 10/2022](#), la consideración de violencia sexual contra las mujeres, lo que contrastará de forma muy abierta con la protección social que le brinda la doctrina jurisprudencial social desde un enfoque de infancia), parece el tiempo también de atender a las situaciones posteriores a la cualidad biológica-función social de gestación de la mujer. Conforme a un [estudio](#) utilizado por la OIT, solo en el Reino Unido, [900.000 mujeres abandonaron su trabajo debido a los síntomas de la menopausia](#), condición tradicionalmente usada como chanza, broma o prejuicio social. En consecuencia, durante el climaterio (periodo durante el cual se producen cambios de las hormonas reproductivas de las mujeres, que inicia antes de la menopausia –última menstruación de la mujer en su vida– y se prolonga después, a veces toda la vida, pudiendo afectar significativamente a sus relaciones, no solo personales, también en el trabajo), tanto sus derechos de seguridad económico-laboral como la productividad se ven, o pueden verse, perjudicados (factor de riesgo) o, [de tratarse de una forma adecuada, mejorados](#) (factor de protección).

Durante el climaterio, tanto sus derechos de seguridad económico-laboral como la productividad se ven, o pueden verse, perjudicados (factor de riesgo) o, de tratarse de una forma adecuada, mejorados (factor de protección)

Por cierto, que, en este marco de atención renovada a la salud reproductiva y al bienestar psicofísico, también la andropausia (que no es la menopausia masculina, aunque se parezcan) merecería atención, pese a que no sea aquí la cuestión analizada. Y ello porque es respecto de la menstruación donde, hasta el momento, comienzan a acumularse evidencias sobre su impacto negativo en las brechas de género laborales y de pensiones. Por supuesto, nuevas demandas de protección de la salud reproductiva y sexual de las mujeres (bienestar), más acá y más allá de la función gestacional, no significa considerar superadas «viejas» necesidades.

Sería el caso, por ejemplo, de la reducción efectiva de las persistentes brechas de género asociadas a la maternidad, evitando, eso sí, incurrir en dislates, como los simples «premios de natalidad» para corregirlas, como supuso el precedente [artículo 60 de la LGSS](#) –fuente continua de conflictos judiciales, a menudo no bien resueltos³-. Y ello en todos los ámbitos, también en el del deporte, uno de los sectores donde tanto el ciclo menstrual como, sobre todo, [la maternidad](#) más incidencia obstaculizadora tienen. Aunque, como la [Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2022](#) ha reafirmado –condena a la Asociación de Futbolistas «Españoles» a indemnizar al sindicato mayoritario de fútbol profesional femenino, FUTPRO, con 60.000 € por vulnerar los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo de las afiliadas a FUTPRO por exigirles la afiliación a aquella para acceder al «Fondo Fin de Carrera» de futbolistas–, el mundo del deporte profesional sigue siendo una fuente constante de discriminaciones por razón de sexo. O, cómo no, también queda pendiente una prohibición efectiva de despedir realmente disuasoria del riesgo de despido de las mujeres embarazadas o en periodos de lactancia ex artículo 10 de la [Directiva 92/85/CEE del Consejo](#) –Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: [asunto Porras Guisado](#)⁴–.

Sin embargo, queda igualmente claro que es el momento de atender al bienestar psicosocial de las mujeres en general, y de las trabajadoras en el mercado particularmente, allí donde las fracturas entre la normatividad (lo que un sinfín creciente de normas quieren que deba ser) y la efectividad (la inobservancia en la práctica normalizada del día a día) son mayores: a la hora de satisfacer los «derechos-expectativas» ([Ferrajoli](#)) que eviten la diferencia que (más) duele, también en el trabajo. Esa que tiene que ver con la seguridad y salud, sin duda, una de las razones que inciden en la pérdida de participación de las mujeres en el trabajo, como acaba de constatar el [índice europeo de igualdad de género](#).

³ Últimamente la [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), con –mejor fundado, a mi juicio– voto particular, que niega el complemento ex [artículo 60 de la LGSS](#) (contribución demográfica) a una mujer con 3 hijos, solo porque la incapacidad permanente absoluta reconocida después de aprobarse el complemento deriva de la agravación de la incapacidad permanente total previa al hecho causante del mismo (2016). O la [STS 697/2022, de 26 de julio](#), con –mejor fundado– voto particular, que niega legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir demandando un criterio unificado que impida el dislate de reconocer el complemento de contribución demográfica a ambos progenitores.

⁴ [STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2018 \(rec. 3002/2015\)](#).

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexuados» desde la menstruación a la menopausia? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 5-16. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7251>

Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Madrid (España)

magdalena.nogueira@uam.es | <https://orcid.org/0000-0002-3195-9332>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Molero Marañón, don Ignacio Carvajal Gómez-Cano, don Eduardo López Ahumada, doña María José López Álvarez y don Álvaro Rodríguez de la Calle.

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

Extracto

El metaverso está de moda. Aunque todavía es una realidad muy incipiente, existen diversos metaversos ya en funcionamiento. Los problemas e interrogantes que plantean estos espacios virtuales para el derecho del trabajo son numerosos. Pero, de entre ellos, existen algunos transversales de vital importancia como el de la gobernanza, la identidad digital o la legislación



Cómo citar: Nogueira Guastavino, M. (2022). Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 17-53. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3337>



aplicable al contrato de trabajo. El presente estudio, además de plantear dudas, busca indagar sobre algunos de los problemas futuros más relevantes y trata de ofrecer algunas soluciones jurídicas. En particular se apuntan algunos de los problemas que el metaverso plantea desde un punto de vista laboral y se estudian los derivados de su ausencia de barreras territoriales a la hora de determinar las leyes y foros aplicables, para poner de manifiesto algunas de sus incoherencias y la necesidad de una regulación supranacional en colaboración fluida con los ordenamientos nacionales.

Palabras clave: metaverso; contrato de trabajo; ley aplicable; foro competente; identidad digital; empleo; inteligencia artificial.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Revisado: 04-10-2022

Metaverse and law applicable to the employment contract

Magdalena Nogueira Guastavino

Abstract

The metaverse is all the rage. Although it is still in its infancy, there are several metaverses already in operation. The problems and questions raised by these virtual spaces for labour law are numerous. But, among them, there are some cross-cutting ones of vital importance, such as governance and applicable law. This study, in addition to raising doubts, seeks to investigate some of the most relevant future problems and tries to offer some legal solutions. In particular, it points out some of the problems that the metaverse poses from a labour point of view and studies those derived from its lack of territorial barriers when determining the applicable laws and forums, in order to highlight some of its inconsistencies and the need for supranational regulation in fluid collaboration with national legal systems.

Keywords: metaverse; employment contract; applicable law; competent forum; digital identity; employment; artificial intelligence.

Citation: Nogueira Guastavino, M. (2022). Metaverse and law applicable to the employment contract. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 17-53. <https://doi.org/10.51302/rss.2022.3337>



Sumario

1. Metaverso: más allá del universo
 2. Metaverso presente y multiverso futuro
 3. El impacto del metaverso en el derecho del trabajo: una visión general
 - 3.1. El empleo en el metaverso: oportunidades y riesgos
 - 3.2. Condiciones de trabajo y poder de dirección
 - 3.3. Derecho colectivo y Seguridad Social
 4. Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo
 - 4.1. Trabajo para desarrollar «dentro» y «para» el metaverso
 - 4.2. Trabajo contratado «en» y «para» el metaverso
 5. ¿Es necesario un metaderecho (*metaw*)?
- Referencias bibliográficas

1. Metaverso: más allá del universo

Una de las palabras de moda es la del «metaverso». Especialmente popular en el marco de las plataformas de juegos (*eSports*), su conocimiento generalizado es consecuencia del impacto mediático del anuncio oficial hecho en noviembre de 2021 por parte del fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, de que los metaversos pasaban a ser una parte fundamental de su compañía. En concreto, informaba de que su objetivo inmediato era crear un metaverso abierto e interoperable con otras plataformas ya existentes, y que por ello procedía a cambiar el nombre de la empresa, que a partir de ahora sería el de Meta Platforms como matriz de Facebook, Instagram y WhatsApp, entre otras.

Podía pensarse que el término «metaverso» significa «más allá (meta, del griego *μετό*) del verso», es decir, de la palabra. Pero en realidad supone un acrónimo de meta (más allá) y universo. Se trata de un concepto que por vez primera utiliza Neal Stephenson, un escritor alejado de la idea de Facebook y radicalmente en contra de las grandes corporaciones, en su novela titulada *Snow Crash*, publicada en 1992, para hacer referencia a un mundo virtual ficticio, porque consideraba que aludir a «realidad virtual» no expresaba en toda su globalidad un mundo paralelo en el que las personas interactúan mediante avatares. En esta novela incorpora igualmente la palabra «avatar», que proviene del (sánscrito) hindú y significa «encarnación o descenso de un dios», para referirse a una imagen de identidad de la persona usuaria en internet.

Más allá del nombre y de la novela, lo que se predica con el advenimiento del metaverso (o, *rectius*, multiverso, como luego se dirá) es la creación de un «nuevo mundo dentro del mundo» (Nisa Ávila, 2021) o, más bien, de «diferentes mundos interconectados con cierto nivel de inmersión que ofrecen nuevas formas de interacción entre personas, compañías e inteligencias artificiales» y que reducen la distancia entre lo físico y lo virtual, en algunos casos, integrándolos (Altea, 2021). En un futuro no muy lejano, las personas tendremos una realidad física y una vida en el metaverso donde no solo nos comunicaremos, sino que «estarás allí, interactuarás con otras personas y vivirás una experiencia distinta en un mundo digital» (Meneses, 2021). El metaverso será un mundo tridimensional generado por ordenador, un «mundo gemelo digital» de la realidad, en el que se podrán reproducir todas las dinámicas sociales de la vida real. De este modo, se podrá estudiar, trabajar, tener ocio, realizar deportes, comprar todo tipo de bienes, incluidos inmuebles, viajar, acceder a la cultura, etc.; pero también se podrán cometer infracciones y delitos, ya que se reproducirá la vida real. Pero, además, la realidad física y la realidad virtual estarán interconectadas. Se podrá ir con una amiga a la tienda de Zara ubicada en el mundo virtual y comprar una

camiseta para que se la ponga el avatar, pero, además, te llegará una física a casa si así lo deseas (Meneses, 2021). McDonald's ya se ha planteado abrir franquicias virtuales en el metaverso y servir simultáneamente a domicilio (Maldonado, 2022), y la banca JP Morgan ha abierto una sucursal virtual en el centro comercial *Metajuku*, uno de los barrios más lujosos del metaverso de *Decentraland*.

Como en el mundo real, el metaverso se revela como un gran mercado de infinitas posibilidades, teniendo en cuenta que se trata de espacios sometidos a una economía propia, con moneda propia que se cambiará por dinero de curso legal. Su objetivo inmediato será el de canalizar las motivaciones principales por las que las personas consumidoras querrían actuar en el metaverso que, según un estudio reciente, parece que pueden concentrarse en tres bloques: la interacción social, el entretenimiento y la práctica de deporte (Newzoo, 2021).

Por el momento el metaverso de Zuckerberg, denominado *Horizon*, se dirige claramente a estos objetivos. Una vez puestas las gafas *Oculus*, propiedad también de la compañía, el metaverso comenzará en la casa virtual de cada persona usuaria (*Horizon Home*) y, desde este punto de partida, podrá interactuar con sus contactos, por ejemplo, en el sofá de ese hogar virtual, con los avatares de sus amigos y amigas a través de la conversación de un grupo de WhatsApp. Un segundo nivel será el *Horizon Worlds*, que constará de espacios adicionales desarrollados por las empresas que quieran embarcarse en el proyecto (salas de conciertos, museos, tiendas, ONG, etc.), como sitio de reunión social por excelencia, así como con la creación de un lugar donde comprar todo tipo de accesorios, bienes y servicios, para ese mundo virtual (*Horizon Marketplace*), y una plataforma para poner en práctica el trabajo híbrido (*Horizon Workrooms*), entre otras posibilidades, según el creador de Facebook (Pascual, 2021).

2. Metaverso presente y multiverso futuro

El metaverso es «la evolución natural de internet». Mientras que cuando juegas a un videojuego o ves una película, tienes empatía por el personaje, te puedes asustar o llorar por un final dramático o feliz, pero nunca sientes que estás dentro en completa inmersión, esta sensación sí acaece con el uso de la realidad virtual, de modo que la persona responde física y mentalmente de modo similar a como lo hace en el mundo real (Meneses, 2021). Y el metaverso sería, más allá de la realidad virtual, una sensación de completa inmersión sensorial.

«El metaverso» similar a internet, como un único espacio común global, pero además inmersivo, ciertamente, no existe. Pero no se trata ni de un concepto novedoso, ni de una realidad desconocida, pues lo que no puede negarse en ningún caso es que lo que ya existe son los «metaversos», en plural, y que el futuro del metaverso tiende a la convivencia de un conjunto de metaversos dentro de un único y global «multiverso», entendido como unión de todos ellos.

Es en el ámbito de los videojuegos y de internet donde comienzan a identificarse «metaversos», en el sentido de espacios que intentan replicar un mundo propio. El videojuego *Los Sims* (creado en su versión inicial en el año 2000) (Wikipedia, s. f.) buscaba la simulación social y la proyección de criterios de estrategia, debiendo quienes juegan buscar trabajo de entre los que ofrece el juego para ganar *simoleones* (moneda ficticia) y tratar de ascender en su trabajo en función de sus habilidades y el número de amistades. Pero, sin duda, el metaverso más conocido es el lanzado en junio de 2003 por Linden Lab, denominado *Second Life*, donde las personas usuarias («residentes») pueden acceder e interactuar con otras personas residentes en un mundo virtual mediante un avatar que pueden adaptar en su apariencia y al que pueden comprar innumerables accesorios en dólares que tienen su valor equivalente en la moneda virtual (linden) y que, a su vez, son convertibles en dinero real (1 dólar equivale a 300 lindes), ya que todo en este mundo puede ser personalizado por un precio: ropa nueva, bebidas, coches, propiedades inmuebles como una mansión de lujo, etc., y todo se compra con los dólares de Linden. Configurado como un mundo virtual para establecer relaciones sociales, tuvo unos años de apogeo y se encuentra en progresivo declive, aunque sigue abierto, y en su seno no solo están universidades prestigiosas dando enseñanza como las de Harvard y Oxford, sino que se pudo acudir a un concierto de U2 o a un mitin de Gaspar Llamazares cuando era candidato a la presidencia por el partido de Izquierda Unida. A diferencia de lo que se pretende como nuevo metaverso inmersivo, *Second Life* constituye solo un metaverso tridimensional y carente de cualquier grado de inmersión en sentido estricto. Pero ya adelanta la idea de la creación de un importante mercado interno, que permite a la plataforma ganar dinero por la venta de parcelas cuando se adquiere la cuenta *premium* (por unos 99 dólares al año) y por los impuestos que quienes ostentan propiedades deben pagar mensualmente por tenerlas (Guevara Mendoza, 2010), pero en la que también las personas que juegan se pueden enriquecer mediante el comercio entre ellas respecto de las cosas y bienes que inventan, copian, hacen, sirven o venden.

Por otro lado, las plataformas de metaversos específicos de juegos (*eSports*), o espacios virtuales *online* de masas en los que se juega y compite con asistentes virtuales a los eventos, habían evolucionado logrando que quienes juegan, además de jugar y ver jugar a *the best gamers*, disfrutaran de experiencias múltiples permitiéndoles realizar actividades como asistir a conciertos o comprar productos de *merchandising*. En 2012 se lanzaba *The Sandbox* cuya versión 3D se estabiliza en 2018, con más de 1 millón de personas usuarias por mes; o el metaverso centralizado desarrollado por Epic Games en 2017 *Fortnite* como mundo virtual de experiencias múltiples que a mediados de 2021 contaba con más de 350 millones de clientes en el mundo. Aunque existen muchos más, especialmente relevante es hoy *Decentraland*, metaverso iniciado en 2015 parecido a *Second Life*, pero en el que se incorporan nuevas tecnologías como una plataforma de realidad virtual, regido por la criptomoneda MANA que sirve para comprar parcelas virtuales (*land* como NFT –en inglés, *non fungible token*–). Su especial valor es el de constituir el primer sistema de realidad virtual «descentralizado» y el de permitir que se pueda hacer lo que ya se podía hacer antes, pero con la tecnología *blockchain*, lo que significa que la gobernanza del sistema está también descentralizada pudiendo el código ser verificado y auditado por cualquier persona (Mejía Llano, 2021).

En todas estas plataformas, «espacios» o «mundos», existe una idea común, la de que las personas usuarias interactúan entre ellas en un espacio tridimensional mediante unos avatares. La diferencia con el futuro metaverso es que el prometido será algo más que un juego y buscará algo más que socializar, será un espacio global donde se reproduzca «el mundo real» (gemelo digital) y lo amplíe en sus posibilidades, como trabajar y tener posibilidades económicas, creativas y culturales sin barreras y, todo ello, no como un espacio en el que juegas, sino en el que estás, esto es, con «completa inmersión sensorial». No estarás fuera de internet, sino «dentro» de internet.

La evolución de internet a los metaversos o gemelos digitales comienza su incipiente explosión como consecuencia de la existencia de una serie de nuevas tecnologías que lo revolucionan. El progreso imparable de la economía de las plataformas, del *big data*, de la realidad virtual, la computación gráfica avanzada, el internet de las cosas (IoT), o la imparable tecnología de *blockchain* que permite alojar miles de datos en una base distribuida de forma encriptada, inalterable y anónima, los *tokens* no fungibles (NFT), es decir, activos criptográficos fungibles únicos e irrepetibles, así como la generalización de los *smart contracts* (Ercilla García, 2020), que evitan personas intermediarias y aseguran de modo fehaciente su contenido y trazabilidad, así como el incesante desarrollo de un sinnúmero de técnicas instrumentales en el marco de las telecomunicaciones (que abrirán la computación cuántica y el 5G), ofrecen un nuevo escenario tecnológico sobre el que asentar el metaverso o, con mayor propiedad, el «multiverso» (Garon, 2022), pues el futuro no será solo el metaverso de Zuckerberg, sino la interacción de un conjunto de plurales metaversos total o parcialmente interconectados.

Un desarrollo imparable. Pero que todavía no se vislumbra como inmediato. Entre otras razones porque las experiencias inmersivas a fecha de hoy requieren aún un equipo poco accesible, física y económicamente hablando. Necesitas unas gafas especiales que rondan los 400 euros si no se quieren cables, así como unos mandos articulados, además de un potente ordenador para cargar gráficos pesados y una buena conexión a internet. Requisitos que no todo el mundo tiene, ni en muchas ocasiones podría jamás tener. El metaverso será de verdad un mundo más allá del universo cuando su acceso sea fácil y económicamente accesible. Para alcanzar el futuro proclamado hará falta un desarrollo total de los instrumentos hápticos (que permiten generar sensaciones de tacto, temperatura o posicionamiento del cuerpo) como un vestido o segunda piel y que se sustituyan las gafas actuales por antifaces, lentillas o gafas de sol multifunción de fácil uso –recientemente se ha conocido que Meta se ha asociado con Ray-Ban para hacer unas «gafas aparentemente normales pero que reproducen audio, gestionan llamadas y hacen fotos o graban sin que el de al lado apenas lo note aumentado los peligros inherentes al metaverso en relación con el derecho a la protección de datos» (García, 2022)– o, como profetiza Bill Gates, se logre la inmersión con un microchip subcutáneo o, incluso, usando las ondas de la propia mente (Limón, 2022). El IoT permitirá incrementar la inmersión física/virtual y se perfeccionará aislando los sentidos lo suficiente como para que la persona se sienta transportada a otro lugar. Y la realidad virtual, que ya proporciona experiencias casi reales, será disruptiva superando las barreras

que se puedan tener en el mundo real. Por otro lado, será necesario garantizar la interactividad en un doble sentido, como habilidad computacional que permita cambiar de escena en la realidad virtual a la misma velocidad que se cambia de posición, pero también lograr la portabilidad y posibilidad de transportarse entre los distintos metaversos existentes, ya que solo de esta manera será global. Además, uno de los mayores inconvenientes actuales es lo escasamente «sostenible» que es el sistema *blockchain* desde un punto de vista ecológico (De Loose, 2020; Lamothe Fernández y Lamothe López, 2020). Por lo que el uso de la tecnología DLT (*blockchain*) dentro de las plataformas también tendrá que evolucionar para lograr un multiverso global, igualitario y sostenible.

3. El impacto del metaverso en el derecho del trabajo: una visión general

El metaverso es una revolución social, industrial y tecnológica que representa un enorme reto legal que puede hacer tambalear el Estado de derecho actual, atrincherado en sus herramientas nacionales protectoras (Nisa Ávila, 2021). Las enormes cuestiones jurídicas que presenta esta realidad se proyectan en el ámbito de las relaciones laborales, existiendo muchas parcelas del ordenamiento jurídico laboral en las que impacta de modo directo. En muy resumida síntesis, se pueden enumerar algunas de ellas.

3.1. El empleo en el metaverso: oportunidades y riesgos

Todos los metaversos y plataformas actualmente existentes ya sean de juegos, de socialización o centrados en las criptomonedas necesitan una enorme cantidad de personas que presten sus servicios no solo para diseñarlas, sino para mantener las páginas o plataformas actualizadas y para que funcionen correctamente las distintas funcionalidades, tecnologías y actividades desarrolladas dentro de ellas. Aunque puede tratarse de trabajo autónomo, lo cierto es que las grandes plataformas cuentan con miles de trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena cuya prestación permite desarrollar el producto final. La nueva matriz de Facebook, Meta, ya ha anunciado la contratación en los próximos 5 años de más de 10.000 personas en la Unión Europea (UE) dedicadas al desarrollo de su metaverso que hoy se encuentra en sus etapas iniciales; en concreto, gente que sepa programar realidades extendidas, personas que moldean entornos virtuales, ingenieros e ingenieras de *software* y de computación gráfica y animadores (mujeres y hombres), entre otros muchos, que poco a poco construirán este nuevo mundo para lograr que sea una parte cotidiana de nuestras vidas (Meneses, 2021).

Pero también genera un empleo indirecto como será el requerido de personas profesionales dedicadas a la formación y a los cursos de reciclaje de quienes ya trabajan. En este sentido, no resulta baladí la noticia de que la consultora mundial sobre servicios de tecnologías

de la información, que cotiza en la bolsa de Nueva York, DXC Technology (fusión de CSC y HP), ha comenzado a probar en España un proyecto piloto de metaverso –para el entorno laboral integrado en su solución *UPtime*– que espera abarcar a sus 7.000 trabajadores/as en el país a lo largo del mes de septiembre. Lo que se espera además extender progresivamente de modo que las más de 115.000 personas empleadas con que cuenta a nivel global puedan utilizar esta tecnología inmersiva en su día a día a fin de mejorar la experiencia de usuario, la productividad y lograr la reducción de costes (Diario Abierto, 2022). O el incremento de personal de profesiones reales no vinculadas con la tecnología, pero cuyas tareas se vean incrementadas por el éxito de la empresa en sede virtual. Si una nueva empresa se crea en el metaverso, se pone de moda con sus *influencers* y con una publicidad acertada y global, lo predecible es que se necesiten más personas trabajadoras, vendedoras, diseñadoras, contables, gestoras, transportistas, etc., cuando, además del mundo virtual, sus servicios se hagan efectivos también en el mundo real.

Dentro ya del metaverso, la cuestión es si puede crear empleo, qué empleo y cómo funciona. Y es en este punto donde, frente a las oportunidades internas que ofrece, se detectan unos mayores riesgos de precariedad y *dumping* social. De un lado, el metaverso funciona con avatares. En principio, detrás de cada avatar hay una persona y, si se trata de un mundo gemelo digital, además de gente curiosa o «clientes exclusivamente consumidores», harán falta trabajadores prestando sus servicios, aunque sea a través de un avatar (*¿metaworkers?*). Se necesitarán personas reales y en vivo para cubrir esas posibilidades infinitas de monetización que ofrece el nuevo mundo virtual como personal de bienvenida, personal de *marketing*, proveedores, personas encargadas de reponer productos, como nuevos NTF (en inglés, New Technology File System), gente dedicada a la venta, etc., de tratarse de tiendas y comercios. Pero también personas con carreras de arquitectura, abogacía, psicología, medicina, personal de enfermería, hombres y mujeres payaso, artistas de todo tipo, representantes de comercio, paisajistas, expertos/as en decoración, clérigos de las distintas religiones y otras nuevas virtuales, y así hasta el infinito y más allá. Sus avatares prestarán sus servicios dentro del mundo virtual (cobrando por ello como en el mundo real) de modo exclusivo, de forma mixta o solo como inicial mecanismo de contacto profesional para desarrollar la actividad de que se trate ya en el mundo real. En el metaverso de *Second Life* ya hay estudios que ponen de manifiesto la importancia de estos nuevos mercados virtuales como mecanismo para la captación de clientela en el mundo real, por ejemplo, con despachos dedicados a la abogacía (Biurrún Abad, 2021); o para atender servicios de telemedicina –servicios que se han incrementado en España en el año 2020 más de un 100 %, lo que ha impulsado a la empresa DriCloud, pionera en nuestro país en *software* médico en la nube, a trabajar en el desarrollo de un metaverso en el que profesionales sanitarios y pacientes se citarán para dar y recibir asistencia médica cuando no se requiera presencialidad, lo que permitirá agilizar y aliviar listas de espera, y hacer las consultas más sencillas para el profesional y el paciente–.

Pero la creación de empleo dentro del metaverso también conecta con la espinosa cuestión del trabajo «para» plataformas, por lo que, como luego se dirá, supone determinar

una serie de variables para calificar la naturaleza exacta del trabajo prestado y su normativa regulatoria. O con la cuestión del trabajo de menores que, en tanto no exista certeza en la identidad digital, plantea problemas adicionales. O con la cuestión de la selección del personal, en tanto el trabajo asalariado es *intuitu personae* con carácter general y ya en el mundo real en la época de pandemia y teletrabajo se han detectado fraudes en la contratación por parte de empresas y personas trabajadoras que suplantan su personalidad. Posibilidad que se multiplica en un mundo de avatares imaginarios: ¿a quién estoy contratando en el metaverso?, ¿con quién estoy contratando en el metaverso?, ¿cómo saber si puedo recibir ayudas por la contratación?, ¿puede una persona cambiar de avatar para evitar ser despedida?, ¿puedo dejar a mi vecino o vecina usar mi avatar para trabajar el día que tengo que hacer gestiones?

El problema de la identidad digital se revela transversal y neurálgico para cualquier regulación jurídica del metaverso. Pero presenta especiales connotaciones laborales, en tanto la relación laboral constituye una prestación *intuitu personae* en la que las titulaciones, competencias y aptitudes personales y profesionales de la persona determinan su encuadramiento profesional y su consiguiente retribución.

La potencialidad del metaverso consiste, entre otras cosas, en la posibilidad infinita de ser quien y como quieras ser (animal, cosa, sexo, orientación, etc.). Ello, en principio, puede eliminar muchos de los problemas derivados de las discriminaciones en todos los ámbitos y resultar más igualatorio que el mundo real donde, al menos en las redes sociales, solo los cuerpos jóvenes y perfectos permiten el éxito profesional y personal. Al mismo tiempo, esa ductilidad de manifestación en el metaverso plantea numerosos interrogantes, no solo relativos a la brecha social (habida cuenta de que los accesorios comprados determinan claramente la sofisticación del avatar y su estrato social) sino, sobre todo, en cuanto a imputación de responsabilidad por los actos realizados en el metaverso, teniendo en cuenta que, de momento, basta con una cuenta de correo electrónico para ratificar la existencia de una persona usuaria. Las preguntas relativas a la suplantación de identidad o el derecho a la propia imagen son múltiples: ¿pueden existir siete Donald Trump en el mismo metaverso, además del verdadero?, ¿hay que registrar un dominio?, ¿qué ocurre si un avatar comete un delito, incumple o acosa a un avatar ajeno? Los problemas se amplifican si se tiene en cuenta que, además, se puede tener más de un avatar, uno para el trabajo y otro para actividades lúdicas y clubs nocturnos (Wood y Solomon, 2011).

La posibilidad de que la participación se desarrolle en el mundo *online* de forma anónima con una clave desvinculada de una identidad legal y la ausencia de una regulación sobre la identidad digital ha llevado a la construcción del concepto de «identidad digital persistente» para poder certificar un avatar que posee activos únicos y personalizados (vehículos, coches, casas, vestidos, arte) y que permita que pueda operar en cualquier plataforma (*self sovereign identity* –SSI–), con independencia del uso de múltiples avatares. En el ámbito europeo existen ya propuestas regulatorias para el establecimiento de un marco para la identidad digital europea que permita la identidad de las partes y que la vinculación

con ellas de atributos específicos a través de credenciales sea verificable cuando se trate de metaversos¹.

De este modo, «nuestro avatar en el metaverso podría identificarse a través de un *wallet* de identidad y permitir a su contraparte comprobar, por ejemplo, que es mayor de edad o que dispone de permiso de conducir», permitiendo, a la vez, al individuo un «mejor control de sus datos personales y el uso de los mismos (incluso de forma anónima)», facilitando el desarrollo de la economía del dato, pero permitiendo, al mismo tiempo, la libertad individual y, sobre todo, habilitando la posibilidad de vincular nuestra actividad en el metaverso con las estructuras tradicionales de administración de justicia en caso de conflicto (Mata Muñoz, 2022). Pero, incluso, con todas las seguridades, como lo son las del mundo real (DNI, por ejemplo), tampoco el *blockchain* impedirá las consecuencias jurídicas entre partes por actos derivados de la suplantación de personalidad dentro del metaverso si alguien distinto al titular logra usar su cuenta y sus credenciales. Así, una persona trabajadora podría dejar su avatar a otra persona para que realizara las funciones encargadas (a modo de subcontratación, o por vínculos de amistad, haciéndole un favor a quien sea titular del avatar, por ejemplo). Ello mismo ocurriría en la vida real cuando el trabajo se hace por remoto, salvo que estuviera controlado por un dato biométrico no reproducible o, al menos, de menor posibilidad fungible. Así, si un día no puedes realizar el trabajo y este no resulta especialmente complejo, podría completarlo otra persona sin conocimiento por parte de la empresa. En ambos casos, mundo real y mundo virtual, la cuestión residirá en demostrar la suplantación a fin de determinar eventuales responsabilidades respecto de la persona trabajadora y deberían poder activarse mecanismos parecidos a los del mundo real (denuncia, anulación, renovación).

3.2. Condiciones de trabajo y poder de dirección

Múltiples son las consecuencias que el metaverso puede tener en el desarrollo de la relación laboral. Además de la propia posibilidad de aplicar *smart contracts* para prestaciones exclusivas en estos espacios, o la contraprestación por los servicios realizada a través de *blockchain* y criptoactivos con la duda de si se trata de salario en especie sometido a máximos legales de porcentaje (López Cumbre, 2022) o si, por el contrario, constituye parte del salario en metálico² o, incluso, en un futuro próximo³, salario base cuando constituya

¹ En concreto, el 3 de junio de 2021 se hizo pública la Propuesta de modificación del Reglamento (UE) 910/2014 para establecer un marco para la identidad digital europea (COM(2021) 281 final), que viene, finalmente, a impulsar y dotar de validez jurídica plena a la identidad digital autosoberana (SSI) y a los libros mayores electrónicos, incluyendo aquellos basados en *blockchain* (eIDAS29).

² Como ocurre con las *stock options* u opciones sobre acciones, cuya naturaleza de complemento salarial en metálico parece asumir la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de octubre de 2001 (rec. 4851/2000).

³ Esta posibilidad de que las criptomonedas devengan «estables mundialmente» (*tokens* referenciados a activos: *stablecoins*) se concreta en el reglamento europeo de los mercados criptográficos –Propuesta

la retribución fijada por unidad de tiempo u obra y las criptomonedas tengan un valor real monetario (como ocurre), aunque de momento no sea «moneda de curso legal» como exige el artículo 29.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Pero junto con el elemento bilateral por excelencia que constituye la causa del contrato de trabajo, el metaverso presenta una enorme potencialidad en relación con la formación y la prevención de riesgos laborales. En materia de formación se ha aludido a la «magia de los gemelos digitales» que permite a través de entrenamiento en el metaverso recrear situaciones reales 100 % seguras y ausentes de los riesgos inherentes al mundo real. Con el metaverso se ofrece formación en todo tipo de materias y, en materia de riesgos laborales, se permite un entrenamiento preventivo y progresivo con una evaluación y control de las personas trabajadoras por parte de sus supervisores con ahorro de costes y, sobre todo, de riesgos de daños para el trabajador o la trabajadora, con la consiguiente reducción de accidentes y de costes de desplazamientos y de organización de agendas para los cursos formativos, pues se puede diseñar un único curso válido para el conjunto de personas trabajadoras sometidas al entorno de que se trate. La supervisión en tiempo real y la posibilidad de obtener informes objetivos de la evolución de los trabajadores y trabajadoras constituyen otros datos a tener en cuenta. No obstante, pese a la ingente cantidad de ventajas de la formación en metaversos, no se puede tampoco obviar el reverso que este tipo de formación lleva consigo. En concreto, en su estadio actual, la formación «en» el metaverso exige la previa formación «para» el metaverso y la evaluación de riesgos que tal formación lleva consigo. El uso de las gafas y el *hardware* y *software* necesario hoy en día para manejarse en el metaverso no es sencillo ni se encuentra ausente de riesgos laborales, especialmente cuando se trata de trabajadores que realizan microtarefas en el metaverso (*metaclick workers*) en los que los riesgos psicosociales son variados, empezando por el estrés que supone la incertidumbre en cuanto a la propia naturaleza de su relación jurídica (De las Heras García y Lanzadera Arencibia, 2019). Tanto los nuevos riesgos psicosociales que pueden sufrir las personas trabajadoras que deban utilizar estos equipos para poder desarrollar su prestación laboral (por trabajar básicamente dentro del nuevo espacio virtual), como los propios riesgos físicos derivados de la posibilidad de accidentes de trabajo derivados de caídas por no disponer de los espacios adecuados para manejarse con libertad en el metaverso (cabe recordar que no todos los equipos son inalámbricos) constituyen cuestiones sobre las que recae el deber de prevención laboral.

No conviene detenerse en demasía sobre cuestiones más obvias para las que el metaverso tendrá un impacto directo en las relaciones laborales, como la posibilización de reuniones virtuales (ya están activos *Microsoft Mesh* y *Horizon Workrooms*) más cercanas y eficaces empresarialmente (en el metaverso si el usuario o usuaria no está en el ordenador, el avatar

MiCa: markets in crypto-assets. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM(2020) 593 final, 2020/0265(COD)– y ello podría ser salario base siempre que se configure como un *token* que no sea de utilidad y siempre, al menos en nuestra legislación nacional, que se respeten en su cuantía los salarios mínimos legales o convencionales aplicables.

lo delata al quedarse dormido, frente a la actual posibilidad de Teams, Zoom, etc., que permiten apagar la cámara y el micrófono sin delatar la ausencia de presencia efectiva); o los enormes problemas que presenta un incisivo poder de vigilancia y control empresarial dentro de un mundo absolutamente «transparente» y «trazable» en el que el criterio de la proporcionalidad que preside la remisión del artículo 20 bis del ET a los artículos 87, 89 y 90 de la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD) no parece cumplirse y debiera por ello modularse introduciendo técnicas de control aleatorias. O las cuestiones relativas a los límites del tiempo de trabajo en tanto el metaverso, como global y mundial, no responde a husos horarios y es proclive a la vulneración del derecho a la desconexión digital contemplado en el artículo 88 de la LOPDGDD.

Plantear si cabe la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor (expediente de regulación temporal de empleo –ERTE– por ciberataque al *land* empresarial situado en el metaverso o sufrido por el avatar profesional) o si es posible la extinción del contrato por estos mismos motivos (eliminación del propio metaverso) constituyen cuestiones que habría también que abordar, al haberse ya dado en el mundo gemelo real⁴. O, por ejemplo, si es posible sancionar y despedir a un avatar, al existir también proyecciones reales de despidos por incumplimiento de órdenes empresariales del uso de la realidad virtual⁵.

3.3. Derecho colectivo y Seguridad Social

Pero también en el marco del derecho colectivo existen proyecciones del metaverso. La instauración de los sindicatos dentro del metaverso para cumplir con sus fines de defensa de los derechos de las personas trabajadoras, asesorando a los avatares que los necesiten (Sagardoy de Simón, 2022), la utilización de las herramientas de *blockchain* para realizar elecciones sindicales, percibir la cuota sindical, o utilizar el metaverso como mecanismo de comunicación y reunión. Problemas como la representación (interna/externa del metaverso) de los *metaworkers* y la generación de una nueva conciencia de clase; la garantía de los derechos colectivos de las personas *metaworkers* que teletrabajan⁶; la posibilidad de huelgas y conflictos virtuales, como la llevada a cabo en 2007 por los trabajadores de IBM en el seno de dicha empresa virtual ubicada en el metaverso de *Second Life* (y que en España podría constituir una huelga abusiva por no suponer, por esencia, una cesación del trabajo); o la posibilidad de realizar acuerdos marco globales con derechos para los metatrabajadores o, en el marco nacional, la posibilidad de negociar un convenio colectivo específico para este tipo de trabajadores y trabajadoras y valorar si su especificidad permite

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 37/2022, de 14 de marzo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de junio de 2021 (rec. 1249/2021), confirmando la del Juzgado de lo Social número 4 de Gijón, dictada en fecha 8 de febrero de 2021.

⁶ Artículo 16 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) (BOE de 10 de julio).

validar, o no, un convenio franja de este tipo constituyen algunas de esas numerosas cuestiones futuras a dilucidar.

En fin, cuestiones de derecho de la seguridad social como si se pueden cobrar prestaciones en este espacio y cómo se debe cotizar, o de carácter procesal como la jurisdicción competente, la prueba de documentos electrónicos, la posibilidad de medios alternativos de solución de conflictos en el entorno digital o el establecimiento de los que podríamos llamar «tribunales metavérsicos» (sometimiento que pudiera resultar obligatorio con carácter previo en caso de que así constara en el contrato privado de la plataforma) también son hipótesis por construir en su formulación y resolución jurídica.

4. Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo

De entre las numerosas cuestiones que suscita el metaverso desde la perspectiva del derecho del trabajo, la más relevante es la posibilidad de realizar el trabajo sin fronteras nacionales, de ahí que la mayor incertidumbre sea la relativa a la jurisdicción y la legislación aplicable. A tal efecto debe diferenciarse entre varios supuestos.

4.1. Trabajo para desarrollar «dentro» y «para» el metaverso

No existe cuestión controvertida alguna cuando el trabajo en el metaverso se desarrolla como una proyección clara del mundo real. Existe una empresa y un centro de trabajo al que está vinculada la persona trabajadora, quien, presencialmente y cumpliendo las órdenes de la empresa o el propio objeto de su contrato de trabajo, realiza su prestación de servicios dentro del metaverso o multiverso. En tal caso, de no existir elementos de extranjería, las normas aplicables serán las generales de cada país. Sin que el hecho de utilizar una plataforma sea suficiente para considerar que converge un elemento de extranjería, como no lo es usar las aplicaciones de Microsoft Word para trabajar; ni suponga incorporar al contrato de trabajo las condiciones particulares que haya podido asumir contractualmente la empresa por la plataforma. Todo ello sin perjuicio de que se informe a la persona trabajadora de las reglas generales de uso del programa o plataforma de modo que su eventual incumplimiento pudiera, en su caso, llevar aparejada la adopción de medidas disciplinarias.

Ausencia de especiales problemas plantea también el supuesto en el que la contratación de trabajos por cuenta ajena tiene como objeto el desarrollo de trabajos «para» el metaverso, esto es, cuando la contratación busca el desarrollo, mantenimiento, distribución, etc., del metaverso en cuestión. De nuevo, en ausencia de elementos de extranjería, se aplica la ley del país en el que contrata y desarrolla la actividad laboral. Así, si una empresa española desarrolla un metaverso, las personas que contrate en España y cuya actividad se realice en España estarán sometidas a la legislación española en su globalidad.

Semejante situación se produce también cuando una empresa real en España contrata a una persona para realizar el trabajo por cuenta ajena a distancia dentro del territorio nacional español y el objeto del contrato es la prestación de trabajo «en» el metaverso (el propio de la empresa o el ajeno cuando se trate de una plataforma de una tercera parte), pero para desempeñar la prestación fuera del centro de trabajo mediante teletrabajo. La contratación a distancia se regirá por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), siempre que la prestación laboral se desarrolle «en el domicilio de la persona trabajadora» o «en lugar elegido por esta» «con carácter regular» (art. 2), esto es, al menos un mínimo del 30 % de la jornada en un periodo de 3 meses (o periodo proporcional según la duración del contrato) (art. 1).

Finalmente, si la empresa española contrata a la persona trabajadora para desarrollar su trabajo en España (presencial o mediante teletrabajo en territorio español), pero la desplaza temporalmente (físicamente) a otro país de la UE para seguir desarrollando su trabajo en el metaverso⁷, entrará en juego la regulación de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores⁸, siendo de aplicación la normativa de trasposición del país en que se desarrolle temporalmente la prestación laboral⁹. De este modo, si una empresa establecida en la UE (por ejemplo, en Polonia) desplaza a una persona teletrabajadora a España para seguir prestando sus servicios en el metaverso, pero ahora presencialmente o teletrabajando en una sucursal en España o para un cliente ubicado en España de su empresa, será de aplicación la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de trasposición de la Directiva de 2018. En cualquier caso, ninguna de las normas recién referidas es de aplicación si a la persona trabajadora contratada para prestar servicios en el metaverso en una *land* o determinada isla empresarial (NTF) se la desplaza temporalmente dentro del metaverso, por ejemplo, para prestar servicios en otro lugar metavérsico, en un *land* distinto; la cuestión en tal caso podrá ser la de la existencia o no de cesión de trabajadores, pero no debiera representar problemas en cuanto a ley aplicable.

Los problemas se presentan cuando concurre un elemento de extranjería en la contratación laboral realizada por la empresa en el mundo real para que la persona trabajadora preste sus servicios en el metaverso. Ello acaece tanto cuando las partes deciden que la

⁷ En el caso del teletrabajo, el trabajador tendrá que estar conforme y modificarse el acuerdo de trabajo a distancia por mutuo acuerdo comunicándolo a la representación legal de los trabajadores: artículos 5 y 8 de la LTD.

⁸ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, con la importante modificación que en su texto supuso la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio de 2018, presidida por el principio de igual salario por el mismo trabajo en el mismo lugar.

⁹ Siempre que establezca las condiciones laborales aplicables de acuerdo con las fuentes establecidas en las directivas mencionadas, como dejó claro la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, *Laval un Partneri Ltd.*

prestación laboral en el metaverso se realizará presencialmente en otro país, en una sucursal allí ubicada, o mediante un acuerdo de teletrabajo internacional, de modo permanente, o temporal como personal expatriado, o cuando directamente la empresa contrata a una persona en otro país para que desempeñe allí su actividad laboral en el metaverso.

En tales casos, lo primero que se tendrá que determinar es cuál es el foro competente para resolver cualquier cuestión litigiosa. Cuestión procesal que se revela de importancia por la tendencia de los órganos judiciales a considerar aplicable la normativa de dicho foro cuando no está clara la norma de conflicto aplicable desde el plano sustantivo o material (Fotinoupolou Basurko, 2014, p. 104; Gómez Abelleira, 2019, p. 1.324). Para ello, habrá de estarse al Reglamento (UE) 1215/2012 sobre jurisdicción competente (conocido como Reglamento Bruselas I bis – RBI bis–)¹⁰. Un reglamento de alcance general obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros cuyas reglas prevalecen sobre el derecho interno español desplazando a la LOPJ, que solo se podrá aplicar por los órganos judiciales nacionales cuando el reglamento no sea aplicable (Garcimartín Alférez, 2021).

Por su parte, para la determinación de la ley aplicable, una vez determinado el foro competente, habrá de estarse a las normas de conflicto laboral reguladas en el reglamento conocido como Roma I, para las obligaciones contractuales (Reglamento 593/2008 –para la ley aplicable

¹⁰ Básicamente el RBI bis parte como regla general de considerar que el foro competente es el del domicilio del demandado ubicado en un Estado miembro de la UE, remitiendo a las legislaciones nacionales cuando se encuentra en un tercer país (de modo que en España se aplicaría el art. 25 Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–). Es irrelevante en general el domicilio o la nacionalidad del demandante y lo importante es la posición procesal de la parte. Pero tanto en el reglamento (como en el Convenio de Lugano) como en la LOPJ se contienen reglas especiales para el contrato de trabajo estableciendo foros de protección en beneficio de la persona trabajadora. De este modo, la sección 5.^a del RBI bis prevé que si el demandante es el trabajador se le deja elegir entre demandar ante los órganos judiciales del Estado miembro donde el empresario tiene su domicilio (art. 21.1 a) RBI bis) o una sucursal, agencia o establecimiento (art. 20.2), pero también puede demandar ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro: aquel en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, o del último lugar en que lo haya desempeñado si ya se extinguió (art. 21.1 b) i) RBI bis) o, en caso de trabajos plurilocalizados, en los que no se ha desempeñado habitualmente el trabajo en un único Estado, el trabajador podrá demandar ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que lo haya empleado (art. 21.1 b) ii) RBI bis). A través de esta regla relativa al lugar de prestación del trabajo (habitual, último, plurilocalizado), el trabajador también puede atraer a la parte domiciliada en un tercer Estado la competencia de un juez de un Estado miembro (art. 21.2 remitiendo al 21.1 b) RBI bis). Por el contrario, esta doble posibilidad no existe si quien demanda es el empresario al trabajador, en cuyo caso la regla es la general: la del domicilio del demandado, es decir, deberá demandar ante los tribunales en los que el trabajador tiene su domicilio (art. 22). Y, además, cuando el empresario domiciliado en España interponga demandas frente a trabajadores no domiciliados en la UE, será necesario acudir al artículo 25 de la LOPJ. Finalmente, el reglamento consiente las cláusulas de sumisión de foro, pero de modo restringido, ya que tan solo se permiten si son posteriores al nacimiento del conflicto o cuando permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos a los expuestos (art. 23).

al contrato individual de trabajo, ya que la Seguridad Social, el arbitraje o los conflictos colectivos quedan excluidos–), o al Reglamento Roma II (Reglamento 863/2007), para las obligaciones extracontractuales (relevante en materia de conflictos colectivos o huelgas que ocasionen daños). En materia de Seguridad Social se acudiría al Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social y a los convenios bilaterales o multilaterales en la materia que, como regla general, atienden al principio de territorialidad (extensamente, Carrascosa Bermejo, 2022).

Limitándonos a la ley aplicable al contrato individual de trabajo, cuando una empresa en el mundo real necesita a una persona trabajadora para que realice tareas en el metaverso a través de un avatar puede, o bien contratar directamente a alguien domiciliado en un país distinto (de la UE o extracomunitario) para que desarrolle allí (presencialmente o no) su trabajo, o contratar a alguien en España para que desarrolle en otro país su trabajo o lo realice a distancia y que el acuerdo prevea un país distinto (teletrabajo internacional). Las reglas que determinarán la legislación aplicable son las mismas. Y ello porque en materia de teletrabajo internacional o transnacional no existen normas especiales a pesar de que pudieran resultar necesarias¹¹.

Centrándonos en la regulación española sobre el teletrabajo, se define este como el que se desarrolla en el «domicilio» de la persona trabajadora o en «el lugar elegido por esta» (art. 2 LTD). La persona trabajadora puede, así pues, decidir dónde quiere desarrollar su trabajo. Si se la ha contratado para desarrollarlo dentro del metaverso no cabe duda de que el teletrabajo constituye una realidad más que factible que no tiene por qué desempeñarse en territorio nacional. Obviamente, no es que quien trabaja por cuenta ajena «imponga» un lugar de prestación a la empresa, en tanto nuestra regulación es terminante en relación con el carácter voluntario de este tipo de trabajo para ambas partes (salvo supuestos de conciliación: art. 34.8 ET) y con la exigencia de un acuerdo expreso y por escrito en el que necesariamente se deben contener una serie de especificaciones del trabajo a distancia que permiten garantizar con claridad y transparencia el contenido de sus elementos esenciales (arts. 6 y 7 LTD). En el caso de que el trabajador o trabajadora quisiera desarrollar su trabajo en otro lugar más allá de nuestras fronteras (ya sea en un momento posterior a la contratación, en cuyo caso necesitaría de la aquiescencia de la empresa empleadora a modo de novación contractual; o desde el inicio de la relación como condición para aceptar la contratación), la realidad es que la empresa española se encontraría con la cuestión de cuál es la legislación aplicable, en tanto lo preceptuado en el artículo 1.4 del ET solo juega en defecto de una norma distinta de la que resultaría de aplicar la normativa comunitaria prevista en el artículo 8 del Reglamento Roma I, como norma exclusiva y excluyente

¹¹ Tan solo la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, prevé que debe informarse a la persona trabajadora de los lugares diferentes en que puede estar empleada o que puede determinar el lugar libremente (art. 4.2 b). Pero sin que ello repercuta en el cambio de normas de competencia.

con preferencia aplicativa¹². Indefinición trasladable a los supuestos en que es la persona trabajadora la que plantea la modalidad de trabajo a distancia como derecho, ya unilateral, para hacer frente a situaciones de conciliación familiar ex artículo 34.8 del ET (por ejemplo, porque su familia esté en otro país).

Pues bien, el primer criterio de conexión para determinar la ley aplicable según el artículo 8 del Reglamento Roma I es el de las cláusulas de sumisión contempladas por las partes, de modo que en el acuerdo de trabajo a distancia podría incluirse una cláusula precisando que las partes se someten a la ley española con independencia del lugar en que se ejecute la prestación en el metaverso. No obstante, dicho reglamento impone límites a la posible sumisión. De un lado, los generales derivados de las «leyes de policía» del foro (art. 9), entendidas como normas excepcionales que preservan intereses públicos esenciales de un ordenamiento o consideradas como orden público (Esteban de la Rosa y Molina Navarrete, 2002; Menéndez Sebastián, 2006), como lo sería la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. Pero también, y sobre todo, los derivados de la aplicación de las normas internas imperativas aplicables en defecto de pacto (art. 8.1), de modo que se aplicaría la normativa del país al que se hubieran sometido las partes, salvo que con tal pacto se estuvieran excluyendo las normas imperativas aplicables por los criterios objetivos en el reglamento que, por su propio carácter, no pueden excluirse por acuerdo (Gómez Abelleira, 2019, p. 1.329). Es decir, si la empresa española celebra un contrato en España y la persona trabajadora desarrolla su trabajo habitual en el metaverso en Francia, un pacto de sometimiento al ordenamiento jurídico laboral español podría en alguna condición de trabajo vulnerar las normas imperativas aplicables, que serían las francesas, pues la ley aplicable con carácter general en defecto de pacto, como es sabido, viene determinada por el lugar de prestación habitual del trabajo (art. 8.2 Reglamento Roma I). En materia de salario mínimo interprofesional, Francia contempla unos 1.645 euros mensuales brutos (Eurofound, 2022) frente a los 1.000 euros brutos al mes previstos en España¹³, por lo que se vulnerarían las normas imperativas, salvo que el convenio colectivo aplicable en España superara dicha cuantía, en cuyo caso el pacto no iría en detrimento del ordenamiento imperativo. Por el contrario, si el lugar en que se fuera a desarrollar la prestación laboral fuera Bulgaria¹⁴, la sumisión a la legislación española sería perfectamente factible, al menos, con respecto a esta condición¹⁵.

¹² STS de 20 de julio de 2007 (rec. 76/2006).

¹³ Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.

¹⁴ Cuyo salario mínimo mensual es para 2022 de 332,3 euros al mes.

¹⁵ De interés son las consideraciones contenidas en la STJUE de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20, DG y EH contra SC Gruber Logistics. Según el tribunal:

[...] la correcta aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I requiere en consecuencia, en un primer momento, que el órgano jurisdiccional nacional identifique la ley que habría sido aplicable en ausencia de elección y determine, según esa ley, las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo y, en un segundo momento, que ese órgano jurisdiccional compare el nivel de protección que deparan al trabajador estas normas con el que ofrece la ley elegida por las partes. Si el nivel previsto por dichas normas garantiza una mejor protección, estas deben aplicarse.

En la medida en que el derecho individual del trabajo se rige en su mayor parte por normas imperativas, el criterio usual en los contratos individuales de trabajo es el establecido en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I, es decir, el de la *lex loci laboris* o ley del país donde se presta habitualmente el trabajo. Se trata de uno de los criterios más adecuados en los esquemas clásicos de relación laboral en tanto aboca a la identidad entre ley aplicable al contrato y la ley laboral que, por esencia, constituye una ley territorial (Gómez Abelleira, 2019, p. 1.331). De este modo, al contrato internacional de teletrabajo se le aplicarán las leyes del país del domicilio de la persona trabajadora o del lugar elegido por esta para desarrollar su trabajo inmersivo en el metaverso fuera de las fronteras nacionales.

El tercer criterio, subsidiario del anterior, consiste en la aplicación de la ley del país donde esté situado el establecimiento empresarial a través del cual haya sido contratada la persona trabajadora (*lex loci contractus*). Finalmente, se prevé un cuarto criterio (art. 8.4 Reglamento Roma I) que aplica la ley del país con el que la situación muestre los «vínculos más estrechos». Cláusula de escape configurada para que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de determinar la ley aplicable en un caso concreto (criticando la realidad: Fotinopoulou Basurko, 2014, p. 104; Gómez Abelleira, 2019, p. 1.334) y que opera aun cuando fuera posible identificar el lugar habitual de servicios o el lugar de contratación, siempre que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato está mejor conectado con el ordenamiento de otro Estado; en cuyo caso, se aplicará dicho ordenamiento.

La regla general será, así pues, la de la aplicación de la legislación del país donde se desempeña habitualmente el trabajo. El tribunal español (en caso de ser demandado el empresario en España) aplicará la ley del lugar donde quien teletrabaja realiza la actividad de inmersión en el metaverso que constituye el objeto de su contrato. Si una empresa hindú contrata con una persona que ejecuta su trabajo en el metaverso desde España, en caso de que esta demande en España (posibilidad permitida por el art. 21.2 RBI bis), los órganos judiciales españoles aplicarían la legislación española (lugar habitual de trabajo) de no existir cláusula válida de sumisión a otra legislación. En tal caso, al empresario extranjero se le obligaría a respetar las normas imperativas españolas (prevención de riesgos laborales, capacidad para trabajar, derechos, registro retributivo, jornadas máximas con registros horarios, retribuciones mínimas, permisos, etc.), a adscribir al trabajador o trabajadora a un centro de trabajo para el ejercicio de sus derechos colectivos, o de formación, aunque no tenga un centro operativo en España y aunque los tiempos para desarrollar el trabajo necesariamente varíen por el desfase horario y por el no solapamiento de periodos

Asimismo, señala que cuando de un ordenamiento nacional se desprende que normas contenidas en convenios que no necesariamente pertenecen al ámbito de la ley tienen carácter imperativo, tal opción debe ser respetada por el órgano judicial, aun cuando difiera de la realizada en su ordenamiento nacional. Finalmente, considera que las normas de salario mínimo se encuentran entre las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo».

de vacaciones ni de festivos entre ordenamientos diversos. ¿Cómo viabilizar estas exigencias legales si no se tienen centros operativos en España? Ello genera distorsiones claras (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 106-107; Martínez Torregrosa y Ramo Herrando, 2021, p. 947). Disfunciones que igualmente se generan a la inversa, cuando la empresa tiene sede en España y alcanza un acuerdo de teletrabajo con una persona trabajadora que desea irse a trabajar fuera del territorio nacional, porque los costes de conocer la legislación del país donde la persona trabajadora se ha establecido y la complejidad del ordenamiento internacional privado pueden desincentivar a la empleadora a la celebración de este tipo de acuerdos. Desincentivo que se incrementaría en los supuestos de conciliación familiar donde el trabajo a distancia se configura como una obligación empresarial. Se alega que este tipo de costes los asumiría la parte empresarial si la extraterritorialidad le reportara beneficios dentro de su estrategia empresarial y hubiera sido decidido como parte de ella, pero no cuando son simple consecuencia de acceder a la petición de una persona trabajadora motivada por sus exclusivos intereses personales (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 105). De otro lado, se considera que el criterio del lugar habitual de trabajo provoca supuestos de *dumping* social y que debiera abogarse porque todas las personas trabajadoras de la misma empresa estuvieran en posición de igualdad con independencia del país en el que teletrabajen (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 105-106; Martínez Torregrosa y Ramo Herrando, 2021, p. 948).

Por ello con carácter general se propone por quienes han estudiado la materia que el criterio general sea el del lugar del establecimiento empresarial que se beneficia de los frutos laborales, interpretando que, en realidad, si es una empresa española la que contrata, el foro judicial siempre sería el del centro de adscripción donde quien trabaja por cuenta ajena mantiene los derechos colectivos, electivos y de formación (Cordero Márquez, 2021, pp. 234-235) y que también sería el lugar adecuado de conexión para determinar la ley aplicable (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 106; Martínez Torregrosa y Ramo Herrando, 2021, p. 948) al ser en este país donde se obtienen los frutos del trabajo y donde se encuentra el centro de trabajo al que la persona trabajadora necesariamente debe estar adscrita y con el que se encuentra conectada.

Desde la normativa española sobre el trabajo a distancia, verdaderamente, se producen disfunciones claras. Pero las propuestas reinterpretativas parecen chocar con las normas de conexión actuales de derecho internacional tal y como vienen siendo interpretadas por el TJUE.

Al margen de que podría argumentarse que la diferencia entre personas trabajadoras de una misma empresa puede no vulnerar el principio de igualdad, al concurrir circunstancias esencialmente diversas que provocan la inadecuación de los términos de comparación¹⁶,

¹⁶ El distinto nivel salarial se corresponde normalmente con las distintas condiciones de vida en los países con menores costes laborales, lo que podría sustentar la conformidad legal, pues la persona trabajadora quedará retribuida de modo adecuado a los imperativos establecidos por la legislación territorial aplicable.

en el momento actual, las reglas del Reglamento Roma I lo que buscan es garantizar «una protección adecuada al trabajador», pero no la aplicación de la norma más favorable al trabajador o trabajadora, como refleja su interpretación judicial.

En efecto. En primer lugar, se parte de que, en el contrato celebrado con entidad española en España para su ejecución extraterritorial, la empresa no querría someterse a la legislación española, ya que eludir este «pacto de sumisión» le permitiría aplicar la normativa menos favorable del país de destino para abaratar costes. Por ejemplo, cuando la empresa española contrata laboralmente de modo directo en el extranjero o cuando realiza un contrato a distancia y el teletrabajador/a decide desempeñar el trabajo desde Hungría o India¹⁷. La aplicación de las normas laborales de estos países sería la que determinaría la prestación en el metaverso de esa persona trabajadora, rebajando condiciones de trabajo. Pero tal planteamiento parte de que es aplicable la normativa española. Y lo primero que habría que cuestionar es si es aplicable la propia normativa española sobre trabajo a distancia en el caso concreto, lo que no siempre será así, pudiendo las partes, además, llegar a un acuerdo favorable a ambas en el que no se generen excesivos costes de gestión para la empresa, pero tampoco mermas laborales a la persona trabajadora, estableciendo una sumisión solo «parcial» (Carrascosa González, 2000, p. 17), esto es, eligiendo solo la ley aplicable de un determinado país para una parte del contrato, pero no para otras, siempre y cuando las elegidas no tengan por efecto privar a la persona trabajadora de la protección que le ofrece la ley que sería aplicable al contrato en defecto de elección y que, como decimos, es la del país del lugar de trabajo. Por otro lado, es cierto que, en los casos de conciliación laboral, el trabajo a distancia en el ordenamiento español constituye un derecho de la persona trabajadora. Pero la norma prevé que la empresa puede alegar razones organizativas o productivas justificadas¹⁸ y, en caso de discrepancia, siempre podrá acudir al nuevo procedimiento contemplado en el artículo 138 bis de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (añadido por la LTD).

Ello sin perjuicio de que la legislación internacional decidiera igualarlos para evitar distorsiones cuando se produzcan al modo de lo que ha ocurrido con la reforma de 2018 de la Directiva de desplazamiento temporal de trabajadores. Y sin perder de vista que esta reforma de práctica equiparación se produce cuando el desplazamiento se produce desde Estados con menores condiciones laborales hacia otros con mayores y no a la inversa.

¹⁷ El Reglamento Roma I tiene carácter universal, esto es, actúa siempre que lo tenga que aplicar una autoridad (en sentido amplio, incluidos los órganos judiciales) de un Estado miembro de la UE (salvo las de Dinamarca), aunque la *lex contractus* que apliquen sea la de un tercer Estado. Si la empresa que celebra el contrato tiene domicilio en España, según el Reglamento 1215/2012 (RBI bis), la persona trabajadora puede demandar en España o bien en el lugar de trabajo habitual. Si lo hace en España, entonces el Reglamento Roma I sería aplicable para determinar la norma aplicable al conflicto de leyes. Pero no así en otro caso.

¹⁸ El artículo 34.8 del ET indica que «dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa».

En segundo término, se alega para sostener el cambio de punto de conexión que el TJUE ha realizado una amplia interpretación sobre el concepto de lugar habitual de trabajo, sobre todo en relación con la determinación del foro competente, incluyendo el país «a partir o desde el cual» la persona trabajadora presta sus servicios y tomando en consideración entonces el Estado desde el que recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza el trabajo, o el lugar donde se encuentran las herramientas de trabajo.

Una interpretación flexible permitiría determinar que el lugar de referencia en los casos de teletrabajo debiera ser el lugar del centro de trabajo para el que se prestan servicios laborales. En la actualidad el criterio del lugar «a partir o desde el cual» desempeña la persona trabajadora habitualmente su trabajo se reconoce expresamente en las normas de competencia para determinar la ley aplicable en el artículo 21 del Reglamento Roma I. Pero cuando el TJUE alude a esta ampliación lo hace en supuestos acaecidos en el ámbito del sector del transporte y se refiere a casos en los que la persona trabajadora tiene un centro de actividad principal desde el que se desplaza a otros lugares, o el lugar en el cual o a partir del cual cumple de hecho lo esencial de sus obligaciones respecto de su empresa¹⁹.

De otro lado, la aplicación de la legislación del país en el que se encuentra el establecimiento empresarial de celebración del trabajo, considerado como el más apropiado para el teletrabajo internacional, supondría considerar prevalente a una norma de conexión subsidiaria respecto al del lugar de prestación habitual. La aplicación del artículo 8.3 del Reglamento Roma I se condiciona a que no pueda determinarse el país en el que la persona que teletrabaja realiza su trabajo de modo «habitual», esto es, en contratos de trabajo plurilocalizados en los que el trabajo se realiza en varios Estados sin que en ninguno de ellos se localice una actividad principal, porque las actividades por cuenta ajena muestran un peso equivalente en todos ellos²⁰ (nómadas digitales que hayan pactado dicha posibilidad, por ejemplo), pero no así en otro caso, porque, como ha clarificado el TJUE, el lugar de trabajo habitual constituye un criterio de aplicación prioritario y excluyente respecto del tercer criterio, claramente subsidiario respecto de aquel²¹.

Finalmente, por lo restrictivo del tercer criterio, se ha abogado por aplicar la cláusula de escape para entender que el ordenamiento con el que la situación presenta los «vínculos más estrechos» debe ser el del establecimiento empresarial que recibe los frutos y del que emanan las órdenes empresariales. Sobre dicha base se ha mantenido que en el teletrabajo internacional habría que tener en cuenta dónde se publica la oferta de empleo, se lleva el proceso de selección, se desarrolla la relación laboral, la posición de la persona trabajadora en el

¹⁹ SSTJUE de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, Weber, y de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, Nogueira y otros.

²⁰ STJUE de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, Weber.

²¹ STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto C-64/12, Schlecker (apdo. 25).

organigrama, el origen de las percepciones económicas, la moneda con la que se paga, la proyección geográfica de los frutos del trabajo, u otros, que permitieran establecer la existencia de una relación más estrecha con el país del establecimiento (*lex loci celebrationis*) del que depende funcionalmente la persona que teletrabaja, porque es donde se espera el resultado productivo (García González, 2020; Moreno Márquez, 2005). El TJUE solo ha hecho mención expresa a algunos «elementos significativos de vinculación»:

[...] el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la Seguridad Social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez [...] [si bien admite igualmente que] el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo (apdo. 41 STJUE de 12 de septiembre de 2012, asunto C-64/12, Schlecker).

Aunque no en relación con el teletrabajo, pero claramente extrapolable, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto que los indicios ofrecidos por el TJUE para determinar la «vinculación sustantiva» con el ordenamiento jurídico derivado de la aplicación de la *lex loci laboris* (art. 8.2 Reglamento Roma I) podrían resultar «coincidentes» con los que expresamente utiliza la STJUE Schlecker para concretar la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos (art. 8.4 Reglamento Roma I), poniendo de manifiesto la dificultad de determinar cuándo se aplican uno u otros y el hecho de que, con ellos, más bien lo que se ratificaría es el carácter prioritario de la *lex loci laboris* (Fotinoupolou Basurko, 2014), lo que, en el caso del teletrabajo, sería, de nuevo, donde la persona trabajadora físicamente teclea o procede a la inmersión en el metaverso y realiza la actividad sustantiva, aunque lo sea a través de una plataforma de la empresa o de una tercera parte.

En este sentido, conviene recordar, como ha señalado la doctrina iusprivatista, que el artículo 8.4 del Reglamento Roma I no pretende encontrar la norma más favorable a la persona trabajadora, sino la norma que se encuentra más próxima a las circunstancias de ejecución del contrato de trabajo, de modo que quien desarrolla el trabajo por cuenta ajena tiene derecho a gozar de la protección dispensada por el ordenamiento aplicable por el hecho de ser el de los vínculos más estrechos, ni más ni menos (Carrillo Pozo, 2011), es decir, en la cláusula de escape no late tanto el castigo a quienes no alcancen éxito en la negociación de un *pactum de lege utenda*, cuanto la plasmación de ese deseo de buscar el centro de gravedad de la relación (Carrillo Pozo, 2013). Y, de momento, la «ejecución» de la prestación o lugar donde se presta el trabajo habitualmente, si solo es uno, pero con un elemento de extranjería, no diferencia el trabajo por cuenta ajena en función de las herramientas utilizadas (teletrabajo) o la actividad realizada.

Por ejemplo, cuando la empresa española contrata laboralmente de modo directo en el extranjero para hacer de comercial o cuando realiza un contrato a distancia en España

y el teletrabajador/a decide desempeñar el trabajo desde Hungría o India²². Las normas de solución de los conflictos de leyes persiguen procurar certeza a los agentes jurídicos y, cuando se trata del contratante débil, se persigue salvaguardar su posición, no favorecerla ni interpretarla en función de que el lugar de celebración del contrato con una empresa esté en un país con mejores condiciones que aquel en que se presta el servicio por cuenta ajena, pero no cuando estas son peores.

Examinar la norma de derecho internacional privado exclusivamente desde la perspectiva de la norma española de teletrabajo genera distorsiones, aunque en la práctica, no obstante, lo más normal será que el contrato celebrado en España con entidad española desarrollado en otro país se someta por las partes a la legislación española total o parcialmente, tanto cuando la iniciativa del teletrabajo es el resultado de una voluntad bilateral de las partes como cuando es consecuencia del derecho a la conciliación laboral y familiar de la persona trabajadora. En todo caso, si dicha sumisión le supusiera a la parte empleadora una desorganización grave y un excesivo coste, no cabe olvidar que la norma también prevé que la empresa podría alegar razones organizativas o productivas justificadas²³ y que, en caso de discrepancia, siempre podrá acudir al nuevo procedimiento contemplado en el nuevo artículo 138 bis de la LRJS (añadido por la LTD).

Fuera del estrecho ámbito proporcionado por una regla excesivamente reglamentista, local y analógica como es la Ley española de trabajo a distancia, deben aplicarse con rigor las normas de conflicto internacionalmente establecidas. En la práctica, la norma española terminará aplicándose, usando los indicios ofrecidos por la doctrina como demostración de los vínculos más estrechos con nuestro ordenamiento, cuando se demande en España a la empresa cuyo centro de trabajo se ubica en España (posibilidad permitida en el art. 21 RBI bis), en virtud del «efecto arrastre» que la *lex fori* provoca en la norma sustantiva, ya comentado y criticado. Y ello probablemente acaecerá solo cuando la norma española sea mejor para la persona trabajadora. De este modo se terminará por reinterpretar el lugar del trabajo en el metaverso coherente con estos nuevos postulados vinculándolo más al lugar del establecimiento empresarial que al del desempeño efectivo del trabajo (donde se realiza *de facto* la experiencia inmersiva seguramente alegando que la cuenta es empresarial) cuando la normativa del país en que se encuentra el centro empresarial que se apropia de los frutos del trabajo sea más favorable para la persona trabajadora que la del país en que el trabajo se desempeña físicamente. Solución, sin embargo, que devendrá unidireccional,

²² Como se ha mencionado en la nota 18, el Reglamento Roma I tiene carácter universal, esto es, actúa siempre que lo tenga que aplicar una autoridad (en sentido amplio, incluidos los órganos judiciales) de un Estado miembro de la UE (salvo las de Dinamarca), aunque la *lex contractus* que apliquen sea la de un tercer Estado.

²³ El artículo 34.8 del ET indica que «dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa».

en tanto se aplicará el lugar habitual del trabajo efectivo cuando, por el contrario, este ofrezca un nivel superior de protección laboral. Si no, al tiempo.

En definitiva, en esta vía de arrastre existiría un único lugar de prestación habitual de trabajo que fija tanto la ley aplicable como los tribunales que podrían ser competentes y que determina el sistema de Seguridad Social aplicable. Lo que en la actualidad supone el cumplimiento de la LTD para las personas trabajadoras contratadas por una empresa extranjera para desarrollar su prestación en el metaverso desde España. Pero que difícilmente puede aplicarse a las personas trabajadoras que lo ejecutan en un tercer país para un empleador con establecimiento en España, salvo que se demandara en España y pudiera alegarse que la LTD contiene normas de policía del foro (Selma Penalva, 2020), o se forzaran de modo excesivamente creativo las reglas objetivas contenidas en el Reglamento Roma I.

Los criterios de mayor favorabilidad propugnados, de momento, no parece que encajen con facilidad en el actual marco normativo en el que el silencio de la LTD parece decantarse por los criterios generales del derecho internacional privado. Reinterpretar el concepto de lugar de trabajo habitual en el teletrabajo internacional a la luz de la normativa española no parece que, de momento, pueda forzar a modificar los foros judiciales competentes o las leyes aplicables en tanto normas prevalentes. Ello sentado, debiera repensarse el teletrabajo desde una perspectiva internacional y, probablemente, optarse directamente por contemplar una norma residual de conflicto que estableciera la «norma más favorable» para la persona trabajadora en el tradicional sentido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos para resolver conflictos entre normas internas e internacionales.

4.2. Trabajo contratado «en» y «para» el metaverso

Junto a la contratación de personas para desempeñar su trabajo por cuenta ajena en el metaverso, puede ocurrir que el contrato de trabajo se celebre «dentro» del propio metaverso para realizar tareas en él o, incluso, fuera del mismo. El primer caso sería, por ejemplo, una empresa virtual que contratara a un avatar para desarrollar la actividad empresarial en otro país «fuera» del metaverso (por ejemplo, impartición de cursos de formación, venta de los productos de la empresa, etc.). La oferta y demanda se habría encontrado en el metaverso, pero la actividad se llevaría a cabo fuera del mismo. A tal posibilidad se le puede añadir una híbrida. Contratación en el metaverso para desempeñar la actividad en el propio metaverso y, también, fuera del mismo. O solo para realizar tareas dentro del metaverso. A su vez, la parte empleadora que contrata, o el avatar persona trabajadora, pueden no ser una persona real, sino creada por inteligencia artificial por el metaverso, o por alguna de ambas partes contractuales. La pregunta entonces es si se modifican las conclusiones alcanzadas o no.

Valga comenzar señalando que todos los supuestos posibles topan con uno de los problemas transversales clave del metaverso cual es la identidad digital del avatar y la seguridad

de que el avatar contratado se encuentra físicamente desarrollando el trabajo en territorio nacional y no concurre elemento de extranjería alguno como para provocar el cambio de las reglas aplicables. En tanto no se logre la soberanía digital o un sistema que mediante inteligencia artificial permita, al menos, una verificación de los datos relativos a la persona necesarios para regular el contrato de trabajo (mediante un apto de la plataforma, por ejemplo, sin necesidad de comunicación de datos adicionales), una vía para que el empresario evite complicaciones es la de establecer cláusulas de sumisión expresa al derecho nacional. Aunque su virtualidad dependerá, como es sabido, de que no se vulneraran con ello normas imperativas derivadas del resto de criterios objetivos del Reglamento Roma I. En todo caso, las posibilidades que se exponen a continuación parten de que el metaverso permite conocer la identidad digital del avatar, que, aunque no revele sus datos completos, al menos pueda certificarse que hay una persona real detrás con la cualificación requerida (en el caso, sobre todo, de que hiciera falta desarrollar el trabajo fuera del metaverso donde se exigiera una determinada titulación habilitante, por ejemplo), o de que se haya advertido con claridad que la contraparte no es una persona real²⁴.

Los supuestos en que se contrata laboralmente dentro del metaverso y no concurre elemento de extranjería se regirán por las normas generales del país donde se domicilian y realizan sus actividades ambas partes. Si el trabajo solo se puede realizar mediante teletrabajo o puede realizarse de modo semipresencial (parte teletrabajando mediante inmersión en el metaverso y parte, por ejemplo, en centros físicos propios de la empresa o de terceros), en el caso español habrá de estarse a la regulación contenida en la LTD, debiendo, en tal caso, exigirse el acuerdo de trabajo a distancia de modo escrito y con la especificación de su contenido mínimo so pena de incurrir en infracción grave del artículo 7.1 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, así como el resto de requisitos de la LTD, entre ellos, la determinación del centro de trabajo al que queda adscrita la persona trabajadora para el ejercicio de sus derechos, o la dotación de bienes y medios para que pueda desarrollar la prestación a distancia, lo que podría suponer, en caso de que el metaverso incluyera una cuenta *premium* para poder realizar el trabajo comprometido, su compensación por parte empresarial, o el derecho a los gastos por el desarrollo de la tecnología inmersiva. Puede pensarse que, al haberse contratado «dentro» del metaverso, la persona trabajadora ya dispone de esa tecnología y podría resultar absurdo o un enriquecimiento injusto compensar algo que ya estaba destinado a tal finalidad. Sin embargo, partir de ese absurdo planteamiento sería tanto como decir que, si la persona trabajadora va a una entrevista de trabajo con su móvil y al final es contratada como comercial con necesaria comunicación constante con la empresa a través de móvil, el móvil personal entonces sustituiría el profesional. Baste con remitirnos aquí a la prohibición de la práctica del *bring your own device*,

²⁴ El Proyecto de Reglamento europeo sobre inteligencia artificial obliga a que, cuando se utilice un *chatbot* u otro mecanismo automatizado que interactúe con las personas usuarias, se les advierta de que no están hablando o mensajándose con una persona real, sino con una aplicación, salvo que esto sea obvio en vista de las circunstancias: Bruselas, 21 de abril de 2021, COM(2021) 206 final 2021/0106(COD).

al menos como regla general²⁵, y a la teoría general de la ajenidad en los instrumentos y herramientas de producción (Ojeda Avilés, 2007, p. 13). En definitiva, la empresa española que contrata en el metaverso de *Horizon* (cuyo servidor puede estar en Panamá y cuyo centro efectivo de operaciones puede estar en EE. UU.²⁶) a un avatar que se ha presentado en el centro de trabajo virtual (*land*) solicitando un puesto de bienvenida de clientes deberá aplicar las normas laborales españolas al contrato de trabajo²⁷ celebrado una vez verificada la ausencia de un elemento de extranjería en el trabajo desarrollado por la persona representada por el avatar. El hecho de que el contrato se viabilice dentro del metaverso no modifica la conclusión. La plataforma inmersiva tan solo ha facilitado la contratación. Pero no puede considerarse una agencia de empleo en tanto sus servicios no se dirigen a vincular ofertas y demandas de empleo, sino a ofrecer un espacio de encuentro con múltiples fines desvinculados del ámbito laboral. Sería tanto como calificar de agencia de empleo a la persona que regenta un bar por el hecho de que dos partes que allí se encontraran decidieran finalmente vincularse laboralmente.

Pero lo normal es que la contratación «dentro» del metaverso para desarrollar trabajos en este espacio virtual contenga algún elemento de extranjería. Y ello porque una de las características que definen el metaverso, y, sobre todo, un futuro multiverso, es la de su globalidad, universalidad y ausencia de fronteras y barreras nacionales frente al derecho del trabajo como sistema de protección eminentemente nacional. En este sentido, el metaverso sería un claro exponente de lo que se ha denominado el «forcejeo entre el Estado y el mercado» (Ojeda Avilés, 2013, p. 17). Existe pues una muy alta probabilidad de que el contrato de trabajo pueda considerarse «teletrabajo internacional», como separación entre el país desde el que se presta el servicio por la persona que teletrabaja y el país en que se ubican los locales de la empresa (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 102) o prestación de servicios desde un país extranjero a aquel donde se encuentre establecida la empresa que contrata a la persona trabajadora (FEEX, 2021) y donde se reciben los beneficios o frutos del servicio prestado.

La solución a los distintos supuestos cuando ambas partes del contrato de trabajo se correspondan con una persona real además de la virtual se concreta proyectando los criterios señalados en el epígrafe anterior. Básicamente, pacto de sumisión o criterios objetivos

²⁵ Vid. artículo 17 de la LTD y STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019) confirmando la SAN en el caso Tracker Telepizza.

²⁶ El lugar del servidor, del ordenador central o de la web de una empresa no es un centro efectivo de operaciones a efectos de determinar el domicilio de la empresa, sino la existencia de locales propios, dirección propia o dotación material independiente, salvo que exista un centro efectivo de operaciones que posea página web a través de la cual se celebre el contrato (STJUE de 22 de noviembre de 1978, asunto C-33/78, Somafer).

²⁷ Existe alguna decisión interesante de la Hacienda norteamericana (IRS) calificando el trabajo de bienvenida de avatares en *Second Life (greeters)* como trabajo por cuenta ajena, esto es, como la persona trabajadora de Electric Sheep Company (The Alphaville Herald, 2008).

de normas conflictuales contemplados en el artículo 8 del Reglamento Roma I. El hecho de que se contratara a través de una plataforma (metaverso), en principio, no supondría modificación reseñable en cuanto a la normativa laboral aplicable, ni los foros competentes para resolución de litigios. Se podría pensar en metatribunales sociales obligatorios dentro del metaverso (esto es, previstos en las condiciones de aceptación del metaverso) para la resolución de las disputas laborales. Pero en tales casos, incluso, el respeto a los mismos como obligación contractual no podría impedir el acceso judicial posterior so pena de vulnerar las obligaciones internacionales sobre el derecho al proceso y de la normativa imperativa que, en su caso, fuera aplicable. En un futuro, no obstante, sería imaginable la existencia de un *metalaborlaw* o derecho laboral del metaverso, con carácter universal o al menos como tratado internacional en el que se regularan las condiciones laborales mínimas aplicables a este tipo de contratos. Su contenido tendría que basarse en normas sociales tradicionales y, en especial, en las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como organismo tripartito más adecuado. Incluso, sería deseable que la resolución de las controversias en este espacio pudiese derivarse a un órgano tripartito como metatribunal social a modo de arbitraje revisable solo en casos limitados en los foros generales competentes, o que tan solo se considerara como un intento de mediación previo a la acción judicial siguiendo los foros judiciales generales para relaciones laborales con elemento de extranjería.

La clave de bóveda reside, no obstante, en elucidar qué ocurre cuando la contratación para realizar tareas laborales en este espacio se realiza en el metaverso, pero una de las partes contratantes no se corresponde con un «gemelo» o persona en el mundo real. Se contrata con un supuesto trabajador o empresa que es un bot o avatar, creado con inteligencia artificial. A este respecto, lo primero que habría que preguntarse es si el bot-avatar puede considerarse «persona» física o jurídica y si goza de capacidad de obrar. Para el derecho, no solo los seres humanos son personas, al permitirse la persona jurídica. Si se vincula la persona con la dignidad humana, entonces parece claro que los avatares no gemelares no lo son. Pero si de lo que se trata es de tomar en cuenta a las personas como sujetos titulares de relaciones jurídicas, entonces, también con un efecto pragmático (como el de la persona jurídica) podríamos decir que el avatar así creado podría considerarse sujeto de derechos y obligaciones; esto es, centro de imputación normativa al que exigir obligaciones y otorgar derechos.

Ocurre, sin embargo, que al igual que sucede en otros ámbitos como el de propiedad intelectual (Sanjuán Rodríguez, 2019), cuando se trata de contratos de trabajo por cuenta ajena, se parte de la idea de la existencia de una persona física. Así lo ratifica el origen del derecho del trabajo como respuesta de consideraciones humanitarias a las duras condiciones de la clase trabajadora en la Revolución Industrial o la idea fundacional de la OIT relativa a que el trabajo no es una mercancía y que las personas no pueden ser tratadas como un factor de producción, sino que deben ser tratadas con dignidad y respeto. En nuestro ordenamiento laboral se alude expresamente en la actualidad a la «persona trabajadora» en el sentido de persona física que «voluntariamente» tiene que prestar dichos servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización de otra persona (art. 1.1 ET). Y ello

en contraposición a la figura empresarial que, como centro de imputación de responsabilidades laborales por recibir y dirigir el trabajo por cuenta ajena, no necesariamente tiene que ser una persona física, pudiendo ser una jurídica o una comunidad de bienes (art. 1.2 ET).

Sobre dichas bases. ¿Es persona una parte del contrato por el hecho de ser creación de una inteligencia artificial? No. En el estado jurídico actual, lo cierto es que los resultados de la inteligencia artificial no son sujetos de derecho laboral en sentido estricto según los textos de los tratados internacionales ni de las constituciones nacionales. Al menos eso puede afirmarse cuando aludimos a la persona trabajadora como sujeto del contrato de trabajo.

Pero desde la parte empresarial, la cuestión no es tan clara. Si un avatar es reflejo de una persona en el mundo real que presta su trabajo por cuenta ajena en el metaverso para una empresa «exclusivamente virtual», la relación laboral puede existir y tener consecuencias jurídicas. A mi juicio, la situación sería asimilable a la del trabajo en «plataformas» no colaborativas, ni meramente intermediarias, sino *crowdwork* o de trabajo a demanda en las que «el empleador es un algoritmo» (Mercader Uguina, 2019). Esto es, en las que existe una empresa que presta servicios fijando las condiciones esenciales de prestación del servicio, que es la titular de los activos esenciales para la realización de la actividad, organiza el trabajo de quienes prestan sus servicios a través de ella, con ajenidad en el mercado, y ostenta el poder de dirección y disciplina, aunque sea indirecta mediante sistemas de *rating* o evaluación por la clientela que pueden llevar al despido²⁸. En tales casos, existirá relación laboral y habrá que averiguar a quién pertenece la plataforma, es decir, superar el algoritmo para identificar a la persona empleadora. Determinada esta, y mientras no existan normas más precisas, parece que serán de aplicación, de nuevo, los criterios generales de derecho internacional privado para el contrato de trabajo. Si la parte empleadora (plataforma) ha sido creada por una empresa real o, incluso, por el propio metaverso, la imputación de responsabilidades laborales se hará a quien ostente la propiedad, persona física o jurídica que esté detrás del algoritmo o persona física o jurídica que ha elaborado la plataforma. Cuando exista un elemento de extranjería, de nuevo, se aplicarán los criterios generales.

Más compleja es la situación en la que un o una avatar que desarrolla trabajo por cuenta ajena es una creación de la inteligencia artificial. En este caso, el avatar no es persona física (no tiene gemelo real), ni siquiera es persona, al menos biológica²⁹. Pero hay una empresa

²⁸ Se ha constatado en Amazon que hasta 300 empleados de Baltimore fueron despedidos entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 por «falta de productividad» sin que detrás de dicha decisión hubiera inteligencia humana, sino artificial, en tanto el algoritmo mide individual y automáticamente la productividad de cada trabajador con base en el número de paquetes que confeccionan cada hora y, en caso de detectar empleados de baja productividad, el programa «genera automáticamente advertencias e incluso procesa automáticamente despidos, sin la intervención de los supervisores» (Sandri, 2019).

²⁹ Alguna autora pone de manifiesto este problema en relación con el avatar en general (Sierra Benítez, 2022). Pero creo que solo en estos casos de bots o avatares empleados creados por inteligencia artificial es cuando puede plantearse este problema, ya que en el resto no puede perderse de vista que existirá una persona real detrás del avatar.

(real o virtual) que da órdenes a la persona cibertrabajadora y le organiza su trabajo, ofreciéndole su centro de trabajo virtual (*land*) y medios patrimoniales (ajenidad en los medios) para lograr, junto a las prestaciones de otros *metaworkers* con gemelo real (ajenidad en los frutos), un producto final que la empresa pone directamente en el mercado (ajenidad en el mercado) asumiendo la responsabilidad y los riesgos del éxito o fracaso del producto final (ajenidad en los riesgos). ¿Puede la empresa despedir al bot o avatar exclusivamente virtual si incumple? A mi juicio, es dudoso que de momento puedan aplicarse las reglas laborales y sus respectivas normas de competencia internacional, porque en tal caso, al existir una creación de un *software* que actúa de acuerdo con parámetros marcados por la inteligencia artificial (esto es, por quienes lo hayan creado o diseñado), lo que existiría sería más bien una contrata de servicios con una persona jurídica o física empresarial. La aplicación entonces sería de las normas sobre servicios digitales (futura norma europea: Ley de servicios digitales, que abarca a las plataformas *online*), o la directiva relativa a la responsabilidad por productos defectuosos –creación de robots y máquinas–³⁰ o las normas específicas aplicables al contrato cuya naturaleza jurídica se haya verdaderamente celebrado. Y, en un futuro, cuando la inteligencia artificial autocreadora (*machine learning*) cree productos propios que escapen del ámbito de una persona humana o jurídica (grupo de personas humanas), habrá de estarse a las reglas que al respecto se den en nuestro marco regional europeo y que se debaten en la actualidad³¹ entre la idea de dotar de personalidad jurídica a los robots con

³⁰ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210, de 7 de agosto de 1985, p. 29). Según un informe de la Comisión Europea [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica (COM/2020/64 final)], la normativa de la Unión en materia de seguridad de los productos tiene en cuenta la complejidad de las cadenas de valor e impone obligaciones a una serie de agentes económicos en consonancia con el principio de «responsabilidad compartida». Pero es necesario:

[...] contar con disposiciones explícitas que pidan específicamente la cooperación entre los agentes económicos de la cadena de suministro y los usuarios [lo que] puede aportar seguridad jurídica quizás hasta en cadenas de valor más complejas. En particular, cada agente de la cadena de valor que influya en la seguridad del producto (por ejemplo, los productores de programas informáticos) y los usuarios (al modificar el producto) asumirían su responsabilidad y proporcionarían al siguiente agente de la cadena la información y las medidas necesarias. [Asimismo, considera que debiera reformarse la definición de producto de esta directiva pues, aunque es amplia,] podría precisarse su ámbito de aplicación para reflejar mejor la complejidad de las tecnologías emergentes y garantizar que haya una indemnización por los daños causados por productos defectuosos debido a sus programas informáticos u otras características digitales. Con ello se mejoraría la capacidad de los agentes económicos, como los desarrolladores de programas informáticos, de valorar si pueden considerarse productores en virtud de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

³¹ El interesante debate comenzaba en 2017 con la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica 2015/2103(INL). En la actualidad resultan de interés el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo,

capacidades autónomas y de autoaprendizaje para configurarlos como centro de imputación de responsabilidades³² o, por el contrario, la de dotarlos de algo distinto, como una *e-identity* (personalidad electrónica) (López Baroni, 2021; Santos González, 2017).

Por si estos problemas fueran pocos, en todos los supuestos en que hay un elemento de extranjería (dentro y fuera del metaverso) y la ley aplicable la determina el Reglamento Roma I, habría que dilucidar un problema previo trascendental: el de la propia naturaleza del trabajo prestado, es decir, si puede calificarse o no como laboral. Cuestión crucial, porque solo en tal caso se aplicaría el artículo 8 del Reglamento Roma I. A tal efecto, deberá partirse del concepto de «trabajador» elaborado por el TJUE al tratarse de un concepto comunitario, independiente y autónomo respecto del que puedan mantener los ordenamientos nacionales (en extenso sobre el concepto: Martínez Moreno, 2019; Rojo Torrecilla, 2017; Sánchez-Urán Azaña, 2020). En la práctica, por la variedad de conceptos nacionales y sus interpretaciones judiciales, los tribunales terminan por usar la ley aplicable a la calificación contractual conforme a la *lex fori* respetando dicho concepto comunitario (Gómez Abelleira, 2019, p. 1.324).

5. ¿Es necesario un metaderecho (*metalaw*)?

Por los problemas que presenta la gobernanza y la normativa aplicable se alude a la necesidad del establecimiento de un *metalaw* o metaderecho específico que rija estos nuevos espacios de desarrollo personal. En puridad, el término *metalaw* inicialmente aludía al establecimiento de una ley para el «espacio», como principios y reglas básicas que debiéramos compartir con entes extraterrestres, en caso de existir, a fin de mantener una convivencia pacífica. Como señalaba Ernst Fasan (1970) (Sterns y Tennen, 2016), el problema de las relaciones con inteligencias extraterrestres es también una cuestión jurídica, ya que el derecho es una ciencia de soluciones y estas, para que tengan eficacia plena, deben anticiparse a los hechos, tal y como se hizo con el Tratado internacional sobre el espacio ultraterrestre³³,

al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica (COM/2020/64 final) y la propuesta de reglamento sobre los productos de la robótica [Bruselas, 21 de abril de 2021, COM(2021) 202 final 2021/0105 (COD), Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on machinery products] que considera como de riesgo alto los sistemas de inteligencia artificial dedicados al empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo (por ejemplo, *software* para la clasificación de los currículos en los procesos de selección de personal).

³² Porque hay personas expertas que afirman que en los procesos de autocreación llevados a cabo por la inteligencia artificial la responsabilidad por daños sería difícil de probar. Aunque también existen otras voces que contradicen tajantemente dicha afirmación.

³³ Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

de 27 de enero de 1967, ratificado por más de 110 Estados. Este autor, basándose en los escritos de Haley³⁴, define el *metalaw* como la suma de todas las normas legales que regulan las relaciones de las razas diferentes de nuestro universo y parte en su construcción del imperativo categórico de Kant, que dice: «obra de manera que la máxima de tu voluntad pueda siempre y en cada momento servir también como principio de una ley universal».

No cabe duda de la necesidad y de la importancia de una cierta regulación de estos espacios. Tan cierto es que, de hecho, ya existen reglas aplicables a los metaversos, por lo que no se encuentran huérfanos de intervención jurídica, pública o privada. El mundo electrónico, de internet, no es un mundo aislado y autárquico jurídicamente, sino que presenta un marco general regulatorio, aunque el coercitivo sea sobre todo de nivel estatal o, a lo sumo, regional. La cuestión reside en si en un futuro próximo se debiera intervenir con carácter específico y crear una ley universal específica, no ya solo para cada metaverso, sino también para el futuro único multiverso resultante. Y, en tal caso, quién ostentaría legitimación para establecer dicha regulación.

A mi juicio, en el marco de un futurible difícil aún de imaginar y desde una perspectiva jurídica, que debiera contrastarse con una indisoluble perspectiva tecnológica, debe admitirse la necesidad de una regulación externa internacional o transnacional que establezca un marco normativo mínimo centrado, sobre todo, en el respeto de los derechos fundamentales. Con independencia de la existencia de normas regionales o estatales específicas que aborden alguno de los problemas que presentan de modo específico los metaversos, la elaboración de un tratado internacional desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sería altamente recomendable. Su contenido debiera partir de los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos de la ONU de 2011, inspirados en la idea de proteger, respetar y reparar. A las actuales obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales, estos principios añaden el compromiso de las empresas en esta materia, mejorando sus normas y prácticas para obtener resultados tangibles y contribuir con ello a una globalización socialmente sostenible. Dentro de ellos se incorporan los ya proclamados como mínimos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (incluido el compromiso de un entorno seguro y saludable, incorporados como Convenios fundamentales en la 110.^a Conferencia Internacional del Trabajo, en su sesión de 10 de junio de 2022). La traslación de estos instrumentos, así como algunas de las ideas de la original *metalaw* extraterrestre y celestial (como el imperativo categórico), puede ser útil como punto de partida, si bien evitando conceptos excesivamente subjetivos y procurando que, más allá de un compromiso meramente moral y reputacional, se dote al instrumento internacional de un sistema coercitivo efectivo que incentive la responsabilidad como una de las características elementales

³⁴ En 1956, Haley publicó un artículo titulado «Space law and metalaw-A synoptic view» en el que propuso por primera vez lo que él llamó la «regla de oro interestelar»: Haz a los demás lo que quieras que te hagan a ti o, como lo conocemos mejor, no hagas al prójimo lo que no quieres que te hagan a ti.

para que el sistema pueda definirse como «*metaw*» o derecho del metaverso. La coercibilidad podría centralizarse en un órgano específico especializado técnica y jurídicamente (en el ámbito laboral podría ser un órgano tripartito dentro del metaverso) que o bien pudiera resolver directamente o derivando a los órganos judiciales nacionales en función del foro competente siguiendo reglas generales de derecho internacional privado. Una cooperación entre regulación internacional y regulaciones regionales o nacionales más protectoras me parece imprescindible. Un referente sería el Reglamento de protección de datos europeo, con mayor protección para las personas usuarias que el norteamericano, y en el que la regla de la extraterritorialidad permite poner en el centro de su protección a la parte contratante débil frente a las grandes corporaciones.

Las reglas aplicables, además de todo el *soft law* que quisiera añadirse, debieran formar parte de las obligaciones contractuales a las que se somete el metaverso y de las que informa al cliente en el contrato inicial de adhesión a la plataforma, como método general de actuación de los metaversos privados centralizados. Pero también en los metaversos descentralizados en los que, por definición, existen múltiples nodos, cada uno de ellos gestionado por una persona usuaria diferente, y que, por ello, pueden dificultar la determinación del punto de conexión oportuno para la proyección de una ley nacional específica. Por ello debiera incorporarse el tratado internacional y los órganos de composición a los estatutos de las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO).

Por otro lado, como en puridad el multiverso, como un único espacio global compuesto de variados metaversos, todavía no existe y lo que hay son metaversos autónomos, sería altamente recomendable una política obligatoria de transparencia que muestre los principios básicos que sostienen cada uno de los metaversos existentes, a fin de que la cliente pueda optar por una plataforma u otra. Especificar si se acogen objetivos de desarrollo sostenible, cuáles y cómo, o si optan por seguir estándares de conducta internacionales o buenas prácticas permite al consumidor una selección acorde con sus valores prioritarios. El valor reputacional en este sentido podría atraer un número mayor de personas a un concreto metaverso, expulsando del mercado aquellas otras carentes de principios generales y faltas de respeto por los derechos fundamentales. Los metaversos centralizados podrían contemplar dicha posibilidad y reconocimiento del cumplimiento en sus condiciones generales de uso, y los descentralizados introduciendo dicha lógica en el algoritmo de los estatutos digitales de las DAO.

Debe admitirse, no obstante, que mucha gente lo que buscará es, precisamente, metaversos donde no jueguen estos principios ni legalidad alguna, es decir, un *DarkMeta*, por así decirlo, en paralelo a la conocida como *DarkNet* o el salvaje oeste sin *sheriff* regulador. Pero al igual que en la red oscura de internet, las leyes estatales e internacionales, junto con la cooperación internacional, permiten una cierta intervención punitiva que podría ser extrapolable a los oscuros metaversos. Para el mayoritario resto, como ocurre en el mundo real, el metaverso debiera estar regulado jurídicamente (internacional y nacionalmente) con una normativa (*hard* y *soft*) aplicable tanto a los metaversos privados centralizados, pero



también a los descentralizados, ya que, como ocurre con los algoritmos de las plataformas, tampoco los metaversos descentralizados aseguran el respeto de los derechos, pues *blockchain* «no tiene moral» y la pretendida fuerza neutral de las matemáticas que parece sustituir a las personas humanas en esta nueva tecnología tampoco es tal, habida cuenta de que el código utilizado es simplemente una herramienta humana usada para expresar los objetivos y creencias de quien la gestiona y «detrás de los números están humanos» (Preukschat, 2018).

Referencias bibliográficas

- Altea, C. (19 de octubre de 2021). *Lo nuevo: qué es el metaverso, por qué va a cambiar tu forma de trabajar, tus contactos y el mundo de los negocios*. iProUP. <https://www.iproup.com/innovacion/26213-metaverso-que-es-y-como-revolucionara-trabajo-y-negocios>
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (22 de marzo de 2022). ERTE por fuerza mayor derivado de un ciberataque mediante virus ransomware (SAN 14/3/22). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/03/22/erte-por-fuerza-mayor-derivado-de-un-ciberataque-mediante-virus-ransomware-san-14-3-22/>
- Biurrún Abad, F. (22 de diciembre de 2021). ¿Abrirías tu despacho en el metaverso? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 979.
- Carrascosa Bermejo, D. (2022). Teletrabajo internacional y legislación de social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2, 218-249.
- Carrascosa González, J. (2000). Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional. *Anales de Derecho*, 18, 7-40. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57561>
- Carrillo Pozo, L. F. (2011). La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 152, 1.023-1.068.
- Carrillo Pozo, L. F. (2013). La cláusula de escape en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 8, 309-333.
- Cordero Márquez, C. (2021). ¿Dónde se enjuicia el despido de un teletrabajador? *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 4, 233-236. <https://doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.12>
- De Loose, L. (2020). Quantifying the carbon footprint of the cryptocurrency mining industry. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.15821.36325>
- Diario Abierto. (15 de febrero de 2022). *La consultora DXC quiere que sus 7.000 empleados trabajen en el metaverso*. <https://www.diarioabierto.es/598577/la-consultora-dxc-quiere-que-sus-7-000-empleados-trabajen-en-el-metaverso>

- Ercilla García, J. (2020). Aproximación jurídica a las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs). *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 52.
- Esteban de la Rosa, G. y Molina Navarrete, C. (2002). *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*. Comares.
- Eurofound. (2022). *Minimum wages in 2022: Annual review*. Publications Office of the European Union. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2022/minimum-wages-in-2022-annual-review>
- Fasan, E. (1970). *Relations with alien intelligences: The scientific basis of metalaw*. Berlin Verlag.
- FEEX. (2021). *Libro Blanco sobre teletrabajo internacional*. Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional. <https://feex.org/wp-content/uploads/2022/06/Libro-blanco-sobre-Teletrabajo-Internacional.pdf>
- Fotiniopoulou Basurko, O. (2014). Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 123, 79-108.
- García, L. (17 de marzo de 2022). Internet integrada en los ojos: así son las «gafas» con las que Zuckerberg registra la mirada. *El País*. <https://smoda.elpais.com/moda/internet-integrada-en-los-ojos-asi-son-las-gafas-con-las-que-zuckerberg-registra-la-mirada>
- García González, G. (2020). La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 72.
- Garcimartín Alférez, F. (2021). *Derecho internacional privado*. Civitas-Thomson Reuters.
- Garicano Solé, A. y De Armiño Rodríguez, J. A. (2021). Retos legales del teletrabajo internacional. *Documentación Laboral*, 124, 99-120.
- Garon, J. (3 de enero de 2022). *Legal implications of a ubiquitous metaverse and a web3 future*. SSRN. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4002551>
- Gómez Abelleira, F. J. (2019). La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional. En M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Dirs.), *Derecho social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 1.315-1.340). Francis Lefebvre.
- Guevara Mendoza, M. (2010). De rl (real life) a sl (second life) los metaversos. *Temas Socio-Jurídicos* 28(58). <http://hdl.handle.net/20.500.12749/13371>
- Heras García, A. de las y Lanzadera Arencibia, E. (2019). El trabajo en plataformas digitales, puro... y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, número extraordinario 2019*, 55-83. <https://bit.ly/2Z0i3sC>
- Lamothe Fernández, P. y Lamothe López, P. (2020). La valoración de las criptomonedas. Especial referencia al caso del bitcoin. *Boletín de Estudios Económicos*, 75(230), 201-217.
- Limón, R. (19 de abril de 2022). Dos experimentos consiguen el control remoto de dispositivos con la mente y sin implantes. *El País*. <https://elpais.com/tecnologia/2022-04-19/dos-experimentos-consiguen-el-control-remoto-de-dispositivos-con-la-mente-y-sin-implantes.html>
- López Baroni, M. J. (2021). Los derechos fundamentales de las inteligencias artificiales frente a los seres humanos. En S. Marín-Conejo (Coord.), *El reto de los derechos humanos: cuestiones actuales controvertidas* (pp. 27-43). Dykinson.
- López Cumbre, L. (3 de marzo de 2022). Relaciones laborales «por», «para» y «en» el metaverso. *Diario La Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/03/21/relaciones-laborales-por-para-y-en-el-metaverso>

- Maldonado, J. (10 de febrero de 2022). *McDonald's planea abrir restaurantes en el metaverso con servicio a domicilio*. Observatorio Blockchain. <https://observatorioblockchain.com/metaverso/mcdonalds-planea-abrir-restaurantes-en-el-metaverso-con-servicio-a-domicilio/#.YgVZyp53q5l.linkedin>
- Martínez Moreno, C. (2019). El concepto de trabajador. En M. E. Casas Baamonde y R. Gil Albuquerque (Dirs.), *Derecho social de la UE: aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 187-205). Francis Lefebvre.
- Martínez Torregrosa, E. y Ramo Herrando, M. J. (2021). El trabajo a distancia transnacional. Problemas derivados. En I. Alzaga Ruiz, C. Sánchez Trigueros y F. J. Hierro Hierro (Coords.), *El trabajo a distancia* (pp. 939-967). Aranzadi Thomson Reuters.
- Mata Muñoz, A. de la. (8 de abril de 2022). Metaversos: blockchain y seguridad jurídica. *Diario La Ley*, 60. <https://diariolaley.laleynext.es/diil/2022/04/08/metaversos-blockchain-y-seguridad-juridica>
- Mejía Llano, J. C. (22 de noviembre de 2021). *Tipos y ejemplos de metaversos: centralizados y descentralizados*. <https://www.juanmejia.com/transformacion-digital/tipos-y-ejemplos-de-metaversos-centralizados-y-descentralizados/>
- Menéndez Sebastián, P. (2006). *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Lex Nova.
- Meneses, N. (25 de noviembre de 2021). El metaverso: nuevas oportunidades laborales y retos en el futuro de las redes sociales. *El País*. <https://elpais.com/economia/fomacion/2021-11-25/el-metaverso-nuevas-oportunidades-laborales-y-retos-en-el-futuro-de-las-redes-sociales.html>
- Mercader Uguina, J. (2019). Algoritmos y derecho del trabajo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52, 63-70.
- Moreno Márquez, A. (2005). Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones. *Revista de la Contratación Electrónica*, 58, 3-42.
- Newzoo. (29 de julio de 2021). *Newzoo: Introduction to the Metaverse Report*. <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-intro-to-the-metaverse-report-2021-free-version/>
- Nisa Ávila, J. A. (30 de noviembre de 2021). *El metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*. ElDerecho.com. <https://elderecho.com/el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas>
- Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia y control: la causa del contrato de trabajo. *Tribuna Social*, 195, 13-24.
- Ojeda Avilés, A. (2013). *Derecho transnacional del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Pascual, M. G. (3 de noviembre de 2021). «Metaverso»: el mundo virtual donde Zuckerberg quiere que compres, te diviertas y trabajes. *Mente Alternativa*. <https://www.mentealternativa.com/metaverso-el-mundo-virtual-donde-zuckerberg-quiere-que-compres-te-diviertas-y-trabajajes/>
- Preukschat, A. (1 de julio de 2018). Cinco mitos de *blockchain* que debes conocer para entender su presente. *El País*. https://elpais.com/retina/2018/06/27/innovacion/1530096818_489633.html
- Rojo Torrecilla, E. (2017). El concepto de trabajador, y de trabajador habitualmente empleado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio de algunos casos significativos. En I. Gutiérrez Velasco (Coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del derecho social* (pp. 39-69). Tirant lo Blanch.
- Sagardoy de Simón, I. (22 de febrero de 2022). El metaverso y los derechos laborales. *El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-02-22/elmetaverso-derechos-laborales_3375982/

- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2020). Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232, 35-82.
- Sandri, P. M. (5 de mayo de 2019). Cuando quien te despide es un algoritmo. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190505/461974990434/te-despide-algoritmo.html>
- Sanjuán Rodríguez, N. (2019). Inteligencia artificial y propiedad intelectual. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52, 82-94. <https://docplayer.es/175361574-Inteligencia-artificial-y-propiedad-intelectual.html>
- Santos González, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 25-50. <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i4.5285>
- Selma Penalva, A. (2020). *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Sierra Benítez, E. M. (2022). El avatar del trabajador como «identidad virtual» del contrato de trabajo. *Noticias CIELO*, 2. https://www.researchgate.net/publication/359195790_El_avatar_del_trabajador_como_identidad_virtual_del_contrato_de_trabajo
- Sterns, P. M. y Tennen, L. I. (2016). *Private law, public law, metalaw and public policy in space: A liber amicorum in honor of Ernst Fasan*. Springer.
- The Alphaville Herald. (12 de mayo de 2008). *IRS says virtual greeters are real employees*. <http://alphavilleherald.com/2008/05/irs-rules-in-wo.html>
- Wikipedia. (s. f.). https://es.wikipedia.org/wiki/Los_Sims
- Wood, N. T. y Solomon, M. R. (2011). Introduction: Virtual social identity. Welcome to the metaverse. En *Virtual social identity and consumer behavior* (pp. vii-xv). M. E. Sharpe.

Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención

Carlos González González

Magistrado del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona (España)
carlos.gonzalez.gonzalez@poderjudicial.es

Este trabajo ha obtenido el **accésit del Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Molero Marañón, don Ignacio Carvajal Gómez-Cano, don Eduardo López Ahumada, doña María José López Álvarez y don Álvaro Rodríguez de la Calle.

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

Extracto

Aunque forma parte de la libertad de empresa la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante, sin embargo, es posible establecer límites que excluyan, con carácter temporal, esa facultad de extinguir contratos de trabajo. Dichos límites pueden venir establecidos en las leyes o ser fruto de acuerdos obtenidos en la negociación de convenios colectivos o al negociar medidas de flexibilidad laboral. El presente artículo analiza las cláusulas de mantenimiento de empleo en nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo especialmente en la determinación de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar del desconocimiento del compromiso de empleo. Finaliza con el estudio de la prohibición de despedir que establece el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania.

Palabras clave: prohibiciones de despedir; mantenimiento de empleo; libertad de empresa.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022

Cómo citar: González González, C. (2022). Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 55-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3327>



Job retention clauses and the effects in case of contravention

Carlos González González

Abstract

Although it is part of the freedom of enterprise to dismiss when there is a legally valid reason for dismissal, it is nevertheless possible to establish limits that exclude, on a temporary basis, this power to terminate employment contracts. Such limits may be established by law or be the result of agreements reached in the negotiation of collective bargaining agreements or when negotiating labour flexibility measures. This article analyses the employment maintenance clauses in our legal system, with special emphasis on the determination of the legal consequences that may derive from the disregard of the employment commitment. It ends with a study of the prohibition of dismissal established by Royal Decree-Law 6/2022, of 29 March, adopting urgent measures within the framework of the National Response Plan to the economic and social consequences of the war in Ukraine.

Keywords: prohibition of dismissal; safeguarding of employment; freedom of enterprise.

Citation: González González, C. (2022). Job retention clauses and the effects in case of contravention. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 55-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3327>



Sumario

1. Introducción
 2. Los compromisos de empleo en la negociación colectiva y en los acuerdos de las medidas de flexibilidad laboral
 3. El mantenimiento de empleo en la legislación de fomento de la contratación indefinida y de activación del empleo
 4. La salvaguarda de empleo en la legislación excepcional de la COVID-19
 - 4.1. Normativa reguladora
 - 4.2. Efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo
 - 4.3. Los efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo en la doctrina judicial
 5. El compromiso de mantenimiento de empleo en la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre
 6. Prohibición de despedir en el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania
 - 6.1. Normativa reguladora
 - 6.2. Alcance de la limitación del despido por necesidades empresariales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Es consustancial a la relación laboral la tensión entre los derechos de las personas trabajadoras y las facultades que corresponden en la dirección y organización de la actividad empresarial. Tensión que adquiere su máxima expresión cuando la empresa decide extinguir el contrato de trabajo como facultad que forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 Constitución española –CE–)¹.

La libertad de empresa, en su dimensión subjetiva, implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 83/1984, de 24 de junio). Existe una garantía del inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad». Conlleva el reconocimiento de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Ha de ser entendida como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (STC 96/2013, de 23 de abril²).

En este contexto, forma parte del contenido de la libertad de empresa la facultad empresarial de adoptar medidas de gestión de recursos humanos para desarrollar la actividad empresarial. Incluye la facultad de adoptar medidas de flexibilidad de salida. Destaca en este sentido la STC 192/2003 que, como poder empresarial, la facultad de despido se enmarca en los poderes que el ordenamiento concede a la persona empleadora para la

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de octubre de 2018 (rec. 2715/2016). Reconoce que la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa.

² Con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio, y 96/2002, de 25 de abril.

gestión de su empresa y que, por ello, la regulación del despido debe tener en cuenta las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad.

El propio derecho al trabajo que consagra el artículo 35 de la CE encuentra uno de sus límites, cabalmente, en la libertad de empresa, como el TC nos recuerda. No es un derecho absoluto ni incondicional, pudiendo quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. Entre otros, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el artículo 38 de la CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, las exigencias derivadas de la libertad de empresa pueden legitimar el reconocimiento legal de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en los poderes de gestión de la empresa (STC 192/2003, de 27 de octubre, STC 119/2014, de 16 de julio, con doctrina que reitera la STC 118/2019, de 16 de octubre).

También se reconoce a nivel internacional el derecho a despedir en el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Admite que se ponga término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta de la persona trabajadora o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. La propia libertad de empresa se consagra como derecho fundamental en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Con base en dicho precepto en relación con la Directiva sobre derechos de información en los despidos colectivos (Directiva 1998/59), la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de fecha 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) llega a declarar que un Estado miembro no puede adoptar una medida nacional que, pese a que permita garantizar en un nivel reforzado la protección de los derechos de las personas trabajadoras frente a los despidos colectivos, tenga, sin embargo, como consecuencia privar de efecto útil a los artículos 2 a 4 de la citada directiva, preceptos que descansan sobre la base del reconocimiento de la facultad de las empresas de adoptar medidas de despido³.

Asimismo, vincula la sentencia del Tribunal de Luxemburgo la imposibilidad en la práctica de decidir despidos colectivos con la libertad de establecimiento (art. 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y libertad de empresa (art. 16 CDFUE) en la medida

³ Declara la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) que las disposiciones de la Directiva 98/59:

[...] se basan manifiestamente en la premisa de que, una vez agotados los procedimientos establecidos por esas disposiciones –incluido el supuesto de que las consultas no hayan permitido llegar a un acuerdo–, los despidos colectivos deben por lo menos seguir siendo posibles, aunque solo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable.

en que comprende como contenido la libertad de dichos operadores económicos para contratar con el fin de poder llevar a cabo sus actividades o la de poner fin a la actividad de su establecimiento por sus propias razones y con su libertad para decidir si deben elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento, en función de factores como el cese o la reducción de la actividad de una empresa, la disminución de la demanda del producto que fabrican o incluso a raíz de una reorganización de la empresa, independientemente del nivel de las actividades de esta.

Pero, así como el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo admite límites porque no tienen carácter absoluto e incondicional, lo mismo ocurre con las facultades empresariales de despedir como instrumento de gestión de los recursos destinados a la realización de la actividad de la empresa que forma parte de la libertad de empresa. El ejercicio de la facultad se sujeta, por una parte, al respeto de los requisitos causales y formales que el ordenamiento jurídico laboral establece según la causa que concurra para justificar la extinción de la relación laboral. Por otra, puede quedar también limitada la facultad empresarial por prescripciones legales o convencionales que dispongan expresas prohibiciones de despedir. Estas prohibiciones pueden ser totales, o pueden ser parciales, limitando los poderes de la organización empresarial y restringiendo su libertad solo para determinadas causas. Otras veces la limitación de las facultades empresariales se articula a través de compromisos de empleo, condicionando la posibilidad de despedir cuando se han adoptado previamente medidas de flexibilidad interna o si la empresa se benefició de ayudas públicas, normalmente concretadas en subvenciones o en exenciones y bonificaciones de cuotas de Seguridad Social.

Precisamente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) admitió entre los límites a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa, y a la facultad empresarial de adoptar decisiones de ajuste de plantilla, los que descansen en políticas de mantenimiento de empleo. Para el Tribunal de la Unión Europea consideraciones basadas en el mantenimiento del empleo pueden constituir, en determinadas circunstancias y con sujeción a determinados requisitos, justificaciones aceptables de una normativa nacional que tenga por efecto obstaculizar la libertad de establecimiento. Pero es necesario que la restricción sea proporcional y exige que se compruebe si las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa que ocasiona una normativa nacional pueden justificarse por las razones de interés general, como pudieran ser la protección de las personas trabajadoras y del empleo. En todo caso, las restricciones deben ser adecuadas para garantizar el objetivo de interés general que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. En el mismo sentido, las limitaciones introducidas al libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales garantizados por la CDFUE, y en este caso a la libertad de empresa consagrada en el artículo 16, deben respetar también el contenido esencial de dichos derechos y libertades.

Con la aprobación de la legislación excepcional en la lucha contra la pandemia provocada por la COVID-19 se planteó como una de las cuestiones más relevantes el entendimiento

de las cláusulas de protección del empleo vinculadas a la posibilidad de utilizar medidas de flexibilidad para el ajuste temporal de empleo y la afectación a las facultades que incumben al empleador/a de extinguir la relación laboral cuando concurren necesidades empresariales identificadas como causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o productivas –causas ETOP–) o situaciones de fuerza mayor. En particular con las previsiones dirigidas a la protección del empleo contenidas en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y en el artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19⁴.

Tanto en la doctrina científica como en la judicial encontramos importantes discrepancias sobre el alcance de estas previsiones y los efectos jurídicos de las decisiones extintivas que desconozcan el mandato legal de mantenimiento del empleo. En pleno debate sobre esta cuestión, se acaba de introducir una nueva regla dirigida al mismo objetivo de mantener el empleo y evitar su destrucción. También en una norma excepcional, como es el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania. Dedicar su artículo 44 a las «Medidas en el ámbito laboral», aplicables a las empresas que reciban las ayudas públicas previstas en el RDL 6/2022, que concreta en excluir como causa objetiva de los despidos hasta el 30 de junio de 2022 «el aumento de los costes energéticos» y en la imposibilidad de utilizar las «causas relacionadas con la invasión de Ucrania» para realizar despidos por parte de aquellas empresas que se acojan a la reducción de jornada o la suspensión de los contratos de trabajo por esas causas.

No obstante, lo cierto es que estas limitaciones no son nuevas. Al margen de las situaciones excepcionales a que responden las normas de la urgencia sanitaria y la derivada de la invasión de Ucrania y el impacto en los costes energéticos y en el incremento del IPC, las cláusulas de mantenimiento de empleo y la limitación del poder organizativo y de gestión de los recursos de las empresas han estado presentes en nuestro ordenamiento laboral, permitiendo a nuestros tribunales pronunciarse sobre su alcance y determinar las consecuencias derivadas del incumplimiento del compromiso empresarial, ya surja la obligación de las previsiones legales o de lo pactado en la negociación colectiva (plasmada en convenios colectivos o en acuerdos adoptados durante la negociación de los periodos de consulta de las medidas de flexibilidad laboral).

⁴ Establece «Medidas extraordinarias para la protección del empleo». El RDL 9/2020, de 27 de marzo, se entiende tácitamente sustituido por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19. No obstante, el artículo 2 de la Ley 3/2021 mantiene la misma redacción que la que estableció el artículo 2 de la norma de excepción.

Dedicaremos las siguientes páginas a analizar estas cláusulas de mantenimiento del empleo y los compromisos de no despedir, principiando con las que resultan de los mandatos surgidos de la negociación colectiva a través de limitaciones pactadas a la facultad de despedir, incluyendo los acuerdos alcanzados en los periodos de consulta de las distintas medidas de flexibilidad interna que regula el Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. Los compromisos de empleo en la negociación colectiva y en los acuerdos de las medidas de flexibilidad laboral

Como pone de manifiesto Serrano Olivares (2003), es habitual en la ordenación de las relaciones laborales el establecimiento por convenio colectivo de cláusulas o compromisos de mantenimiento del empleo en virtud de las cuales las empresas se obligan a no realizar despidos por necesidades empresariales a cambio de sacrificios asumidos por la parte social. Campo natural de estos compromisos son los convenios de empresa o los acuerdos colectivos alcanzados entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras con ocasión de los periodos de consulta de las distintas medidas legales de flexibilidad (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET). En ellos, las empresas renuncian a adoptar decisiones extintivas durante su periodo de vigencia a cambio de la posibilidad de decidir otras medidas flexibles de gestión de la plantilla cuando concurren las necesidades económicas, organizativas o productivas, evitando así la destrucción de empleo.

Tales acuerdos, si bien no constituyen convenios colectivos en sentido jurídico y con efectos propios de este producto normativo cuando no se sujeten al régimen del título III del ET (Bernal Santamaría, 2019; Quintanilla Navarro, 2003, pp. 28-29), sí son manifestación de la autonomía colectiva en su sentido más plural (Sala Franco *et al.*, 1996, p. 11) y una de las modalidades de ejercicio del derecho a la negociación colectiva (Gorelli Hernández, 1999, pp. 47 y ss.). Por eso mismo conllevan concretas obligaciones para las empresas que no deben desconocer y que son exigibles ante el eventual incumplimiento del compromiso o garantía de empleo pactado⁵.

Aunque se cuestiona la verdadera naturaleza jurídica de estos acuerdos, porque dependerá del concreto pacto alcanzado y de la legitimación negociadora de quienes lo hayan suscrito⁶, lo cierto es que, en todo caso, en el plano de la eficacia obligacional, no puede

⁵ Montoya Melgar (2003) destaca que el acuerdo de empresa expresa algo más que un contrato, pero bastante menos que un convenio colectivo, porque no es una norma.

⁶ A favor de la eficacia normativa, Correa Carrasco (2012, pp. 95 y ss.) y Preciado Domènech (2014, pp. 252 y ss.). En esta posición doctrinal se dota al acuerdo de empresa de naturaleza normativa, comprendido en el elenco de fuentes normativas (art. 3 ET). De este modo, tendría eficacia normativa general con las correspondientes prerrogativas, como la irrenunciabilidad (art. 3.5 ET), la inmodificabilidad unilateral (art. 82.3 ET) e inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

discutirse que vincula a las empresas, sujetándolas al compromiso adquirido, que implica limitaciones a su facultad de extinguir los contratos de trabajo⁷.

La doctrina ha destacado el papel que deben protagonizar los implicados a la hora de contribuir a la viabilidad de las empresas cuando estas pasan por dificultades económicas, previendo la adopción de medidas que eviten las reducciones de plantilla y las extinciones de los contratos como el modo normal de adaptación a los ajustes de los ciclos económicos que padecen las empresas (Bernal Santamaría, 2019).

Este propósito ha estado muy presente en la suscripción de los Acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva, apostando por introducir en los convenios mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo, evitando su destrucción. En cumplimiento de estas previsiones de los acuerdos marco se han aprobado en la negociación colectiva de los niveles inferiores o en los periodos de consulta de las medidas de flexibilidad distintos convenios y acuerdos que recogen estas orientaciones de empleo, primando los ajustes temporales frente a los despidos, con la contrapartida del compromiso de empleo que asumen las empresas.

Conforme al compromiso de empleo adquirido, la empresa no podría desconocerlo y decidir extinciones de contratos, quedando vinculado con un acuerdo o por un convenio colectivo que es manifestación del derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE). La obligación convencional derivada de un convenio o de un acuerdo de reorganización productiva que pone fin al periodo de consulta debe cumplirse en sus propios términos. Si se pactaron medidas alternativas al ejercicio de los poderes empresariales de despido necesariamente deben adoptarse antes de justificar los despidos. En caso de contravención, la decisión extintiva no es válida y podrá impugnarse por las personas trabajadoras afectadas. En tal caso, la posición de la jurisprudencia mayoritaria ha sido la de calificar la extinción del contrato como constitutiva de despido improcedente, aunque nos encontramos con alguna sentencia que declara la nulidad del despido sobre la base de acuerdos alcanzados en expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) (por ejemplo, STS de 12 de marzo de 2014, rec. 673/2013⁸).

No obstante, la nulidad del despido por incumplir el compromiso de empleo no es un criterio unánime ni mayoritario en la jurisprudencia, que se inclina por la declaración de improcedencia. En la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) no se declara nulo, sino

⁷ Cruz Villalón (2018, pp. 518-519).

⁸ Destaca esta sentencia que la validez de un despido durante la vigencia de un ERTE de suspensión de los contratos de trabajo exigirá que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien, tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron que se autorizara dicha suspensión.

no ajustado a derecho, el despido colectivo que incumple el pacto colectivo alcanzado en el periodo de consultas de un ERTE. Explica la sentencia que el pacto colectivo sobre la suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando la empresa el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorios⁹. En el caso de que un ERTE haya traído causa en el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, no ofrece duda de que la excepción al principio *pacta sunt servanda* se limitaría a supuestos extraordinarios en los que, por virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos, resultase extremadamente oneroso para una de las partes mantener el acuerdo en su inicial contexto¹⁰. Incluso si la adopción de las medidas de flexibilidad interna no descansa en las previsiones de un convenio colectivo ni es fruto de un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras, quedará desplazada la facultad de despedir, que solo podrá validarse si concurre al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron la suspensión de los contratos¹¹.

También declara el despido no ajustado a derecho la STS de 30 de octubre de 2013 (rec. 47/2013), para un supuesto en que la garantía de empleo se pacta en un acuerdo de desconvocatoria de huelga. Partiendo de que tales acuerdos tienen la misma eficacia y valor que los convenios colectivos¹², y en la medida en que la empresa se había comprometido a no aplicar extinciones colectivas de contratos de trabajo sin agotar procedimientos voluntarios a las mismas, lo que incumplió, concluye que la decisión extintiva debe ser declarada no ajustada a derecho. La doctrina es reiterada en la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 103/2015), recordando la aplicabilidad de las cláusulas de empleo incluidas en los convenios colectivos por su carácter normativo.

Tal vez la doctrina más elaborada sobre la eficacia de las cláusulas de mantenimiento del empleo en la negociación colectiva, asumidas en un convenio colectivo o en el pacto alcanzado en el periodo de consultas de las distintas medidas de flexibilidad, la encontramos en la STS de 23 de octubre de 2018 (rec. 2715/2016). Accede a la casación unificadora el supuesto del acuerdo colectivo de la empresa en el que renunciaba a aplicar

⁹ Con cita de la STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 15/2013).

¹⁰ Cita la doctrina de las SSTs de 4 de julio de 1994 (rec. 3103/1993), 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006), 5 de abril de 2010 (rec. 119/2009), 30 de mayo de 2011 (rec. 69/2010) y 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012).

¹¹ SSTs de 12 de marzo de 2014 (rec. 673/2013), 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013) y 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

¹² Los acuerdos de desconvocatoria o fin de huelga tienen la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 del RDL de 4 de marzo de 1977, sobre relaciones laborales.

medidas de despidos colectivos, despidos por causas objetivas y expedientes de suspensión colectiva de los contratos que afectaran a la plantilla de conductores existente en ese momento, por causas ETOP, aceptando las personas trabajadoras a cambio una reducción salarial del 6 %. A pesar del compromiso, la empresa comunica el despido a la persona trabajadora que formula la demanda.

Dado el pacto colectivo existente sobre la renuncia de la empresa a acudir a la ejecución de los despidos por causas ETOP, a cambio de otros sacrificios que asumieron las personas trabajadoras, la empresa recurrente no podía prescindir unilateralmente de los acuerdos a los que había llegado y de los compromisos asumidos, sino que venía obligada a negociar su modificación mientras se mantuviesen vigentes los mismos. Tal incumplimiento conduce a la declaración de improcedencia del despido.

Mantiene el Alto Tribunal la validez del compromiso de empleo, porque no se trata de una renuncia en sentido técnico y estricto (abandono o expulsión de un derecho del ámbito de su titular), sino de un compromiso de no ejercicio de una facultad que le concede el ordenamiento jurídico –extinguir el contrato cuando concurren causas habilitantes para ello– a cambio de otros compromisos adquiridos por la contraparte del acuerdo colectivo. El compromiso de no despedir por causas ETOP se produce en el marco de un acuerdo de empresa en el que –a diferencia de lo que ocurre en un convenio de ámbito supraempresarial– quien asume el compromiso de no utilización del despido es la empresa titular del derecho o de la facultad a cuya utilización se renuncia temporalmente. Aunque se pueda entender que la facultad de despedir cuando concorra causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), la disposición sobre el ejercicio del derecho la realiza su titular y no una asociación empresarial en la que puede estar integrado o no. Por otra parte, el sacrificio de la libertad de empresa se realiza en beneficio de la estabilidad o garantía en el empleo (art. 35 CE) y a través del instrumento de la negociación colectiva en el marco de la libertad negocial (art. 37 CE).

Por último, sale al paso de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que alegó la empresa para desvincularse del compromiso de empleo asumido en el acuerdo colectivo. Llama la atención sobre la dificultad de aplicar la cláusula en el ordenamiento laboral ante la regulación de las reglas específicas dirigidas a modificar las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET):

[...] pues resulta evidente que tales mecanismos, especialmente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, están previstas para aquellos supuestos en los que la alteración de las circunstancias por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, puedan dar lugar a la modificación de las vigentes anteriormente.

Cuando la obligación asumida por la empresa deriva de un acuerdo colectivo de eficacia general, su renegociación aparece como el mecanismo idóneo para modificar su contenido.

3. El mantenimiento de empleo en la legislación de fomento de la contratación indefinida y de activación del empleo

Las obligaciones de mantenimiento de empleo no solo tienen un origen convencional, sino que pueden venir impuestas legalmente. En concreto, ha sido habitual imponer ese compromiso en la legislación de fomento de la contratación indefinida a través de bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social a favor de las empresas que contratan a determinados colectivos con carácter indefinido o como medidas de fomento del empleo ante situaciones extraordinarias definidas como de fuerza mayor.

Así, por ejemplo, en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se establecieron bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social en la contratación indefinida, sujetando las mismas a la obligación de mantener, durante el periodo de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada (art. 10.6). En el supuesto de producirse extinciones de contratos indefinidos y cuando ello suponga disminución del empleo fijo, las empresas quedan obligadas a cubrir dichas vacantes en los 2 meses siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevas personas trabajadoras con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera la persona trabajadora cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido. Para el caso de incumplimiento, la norma citada dispone que las empresas deberán proceder al reintegro de las bonificaciones aplicadas sobre los contratos bonificados, afectados por el descenso del nivel de la plantilla fija que se alcanzó con esas contrataciones. Es decir, si la empresa tuviera en vigor varios contratos indefinidos bonificados, el reintegro únicamente afectará a las bonificaciones que se aplicaron por la persona trabajadora que no ha sido sustituida en el plazo y con los requisitos exigidos.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, reconoce bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social a las empresas que decidan suspensiones de contrato o reducciones de jornada por causas ETOP o fuerza mayor. La obtención de la bonificación queda sujeta a que la persona empleadora se comprometa a mantener en el empleo a las personas trabajadoras afectadas durante al menos 1 año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción. Para el caso de contravención dispone que la empresa «deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social» (art. 15.2).

Por su parte, el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, establecía en su disposición adicional cuarta¹³ la exoneración del

¹³ En la actualidad derogada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

pago de cuotas en supuestos de fuerza mayor para favorecer el mantenimiento del empleo, que lo vinculó a cada persona trabajadora incluida en un ERTE por fuerza mayor. De forma expresa impone a las empresas que se comprometían a mantener en el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 % de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidas las personas trabajadoras recolocadas en otros centros de trabajo. Para el caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, las empresas:

[...] deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, y ello sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto¹⁴.

Como vemos en estos supuestos, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de mantener el empleo se concretan exclusivamente en el ámbito de la relación de Seguridad Social, imponiendo el deber de reintegrar las cuotas exoneradas o bonificadas correspondientes a las personas trabajadoras contratadas de forma indefinida. No van más allá los efectos del incumplimiento y no trasciende a la calificación de la extinción de los contratos de trabajo que implica la contravención de la obligación de mantenimiento de empleo.

En el mismo sentido cabe mencionar las previsiones de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que dedica la disposición adicional primera a regular el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. Dispone que la transformación de estos contratos de duración determinada en contratos indefinidos dará derecho a la obtención de las subvenciones establecidas en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos –con discapacidad–.

La norma reglamentaria reconoce el derecho a las subvenciones que establece y la bonificación de cuotas de Seguridad Social por la contratación indefinida y a tiempo completo de personas con discapacidad, pero impone a las empresas beneficiarias la obligación de

¹⁴ Aclara la disposición adicional cuarta del RDL 16/2014 que:

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento en el empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. En el caso de que se trate de contratos temporales, no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento en el empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

mantener la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras contratadas al amparo de la normativa citada por un tiempo mínimo de 3 años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estas personas, y, en caso de despido procedente, deberán sustituirlas por otras personas trabajadoras con discapacidad, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación de la cuota de la Seguridad Social por las personas sustitutas. Expresamente dispone como exclusiva consecuencia que el incumplimiento por las empresas beneficiarias de estas condiciones supondrá la obligación de reintegrar al Tesoro las cantidades percibidas (art. 10 RD 1451/1983).

La propia Ley 43/2006 al establecer las bonificaciones e incentivos a la contratación indefinida de los colectivos que regula sujeta a las empresas a un compromiso de empleo cuyo incumplimiento dará lugar a que no puedan volver a beneficiarse de los incentivos en un tiempo. En concreto, dispone que «las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de 12 meses de las bonificaciones establecidas en este programa». Concreta que la exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo (art. 6.2 Ley 43/2006).

Otras normas posteriores cabe mencionar como fuente legal del compromiso de empleo, cuyo incumplimiento no afecta a la validez del acto extintivo. Así, el artículo único del RDL 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, estableció una tarifa plana de 100 euros para los contratos indefinidos firmados a jornada completa; el artículo 8 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, implantó una exención de 500 euros para fomentar la contratación indefinida; y el artículo 8 del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, introdujo una bonificación de 1.300 euros anuales durante 3 años (1.500 € en caso de mujeres) por la contratación de personas desempleadas de larga duración. Pues bien, en todos esos casos se exige como condición para poder aplicar los incentivos el mantenimiento del empleo y, en caso de incumplimiento, se establece la obligación de reintegrar el incentivo, que se concreta en las cuotas bonificadas correspondientes a la persona trabajadora despedida, sin trascender a la calificación de la extinción del contrato que implica contravenir el compromiso.

En definitiva, en todos los casos en que el compromiso de mantenimiento del empleo tiene origen legal, las consecuencias de la contravención no se llevan al ámbito de la relación laboral ni al acto extintivo que desconoce el compromiso, cuya calificación jurídica (despido procedente, improcedente o nulo) dependerá de la concurrencia de los requisitos formales y sustantivos exigibles *ad casum*, al margen del incumplimiento del compromiso.

4. La salvaguarda de empleo en la legislación excepcional de la COVID-19

4.1. Normativa reguladora

El Gobierno español aprobó medidas laborales excepcionales tras la declaración del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con la finalidad de luchar contra la propagación de la COVID-19 y paliar sus consecuencias sobre el empleo.

Como contrapartida a la facilitación de las medidas de ajuste temporal de empleo (los ERTE regulados en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, y medidas extraordinarias en materia de desempleo y cotizaciones), también dispuso con valor normativo el compromiso o salvaguarda de empleo, de contornos no bien definidos. En concreto, la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo, bajo la rúbrica «Salvaguarda del empleo», dispuso, en la redacción inicial, que: «Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad».

Como puede observarse, la redacción del precepto no puede ser más defectuosa y contraria a las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Deja todo a la imaginación interpretativa, sin concretar a qué supuestos se refiere el compromiso (a todo ERTE o solo al fundado en la fuerza mayor), a qué personas trabajadoras se vincula el mantenimiento del empleo y si se debe computar como empleo global de la plantilla de la empresa o como empleo nominativo de cada persona afectada por la regulación temporal de empleo, la forma en que se computa el plazo de 6 meses y, lo que es peor aún, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento (González González, 2020). Por ello fue objeto de crítica unánime en la doctrina. Tan parca regulación ha sido objeto de sucesivas interpretaciones por parte de la Dirección General de Trabajo¹⁵ y de modificaciones o ampliaciones posteriores en los RRDDLL 11/2020, 18/2020, 24/2020, 30/2020, 2/2021, 11/2021 y 18/2021.

El Gobierno aprovechó la regulación de los ERTE de transición a la «nueva normalidad» tras concluir el estado de alarma para concretar el régimen jurídico de la cláusula de salvaguarda de empleo. Para ello, la disposición adicional primera del RDL 18/2020, de 12 de mayo, da nueva redacción a la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, justificando la limitación con la finalidad de mantenimiento del empleo. En la nueva redacción dispone el legislador de excepción que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del RDL 8/2020 (ERTE por fuerza mayor) estarán sujetas al compromiso de

¹⁵ Oficios de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Economía Social de 26 de marzo de 2020 (DGT-SGON-835-CRA), 11 de abril de 2020 (DGT-SGON-850-CRA), 7 de abril de 2020 (DGT-SGON-863-CRA) y 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-919-CRA).

la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. Aclara ahora que el compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes. Pero, siguiendo los precedentes ya examinados, no considera incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido, sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Dos previsiones más se añaden. Por una parte, con carácter general, señala que el compromiso del mantenimiento del empleo se debe valorar en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo. Y, por otra parte, excluye el compromiso para las empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores «en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal»¹⁶.

Téngase en cuenta que el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 se extendió a las empresas que tramitaron ERTE por causas ETOP (regulados en el art. 23 RDL 8/2020) y que se beneficiaron de la exención parcial de las cotizaciones¹⁷. Así lo dispuso el artículo 6 del RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

Para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del RDL 24/2020, el plazo de 6 meses del compromiso de mantenimiento del empleo empezará a computarse

¹⁶ Actualmente, el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley concursal. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 (disp. final segunda).

¹⁷ El artículo 4.2 del RDL 24/2020 regula la exención de las cuotas de Seguridad Social para aquellas empresas que hubieran decidido la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas ETOP relacionadas con la COVID-19, con las especialidades a las que se refiere el artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 24/2020, así como aquellas empresas que adopten la misma medida de ajuste temporal de empleo tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor COVID-19.

desde la entrada en vigor del RDL 24/2020 (27 de junio de 2020). Con ello se produce cierto acortamiento del plazo, que no se vincula a la fecha de reanudación total o parcial de la actividad¹⁸, sino exclusivamente a la fecha de entrada en vigor del RDL 24/2020 (27 de junio de 2020).

La vigencia del compromiso se ha mantenido en los términos previstos en el artículo 5 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Además de mantener la regulación anterior, establece el compromiso de empleo para los nuevos expedientes de suspensión de contrato o reducción de jornada que regula (ERTE de impedimento y de limitación de la actividad) y que se beneficien de la exoneración parcial de las cuotas de Seguridad Social¹⁹.

Dispone el artículo 5 del RDL 30/2020 que:

Los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, se mantendrán vigentes en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos.

Además, señala que:

Las empresas que, conforme a lo previsto en esta norma, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de 6 meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

¹⁸ En la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo, en la redacción dada por el RDL 18/2020, de 12 de mayo, el plazo de 6 meses se computa desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

¹⁹ El nuevo marco regulatorio en los expedientes de regulación temporal se concreta en la prórroga de los ERTE por fuerza mayor y por causas ETOP (arts. 22 y 23 RDL 8/2020) y los ERTE por rebrotes (disp. adic. primera.2 RDL 24/2020), con distintos beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social, aunque limitados a aquellas empresas que pertenezcan a los sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad (identificadas en el anexo del RDL 30/2020 por su pertenencia a determinados códigos CNAE), o a aquellas que se consideran dependientes o integrantes de la cadena de valor de las anteriores.

Respecto de la duración del compromiso en las empresas que pasen a beneficiarse del nuevo régimen de exenciones, añade este segundo apartado que:

No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de los preceptos a los que se refiere el apartado 1, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado.

Con posterioridad, el artículo 3.4 del RDL 2/2021²⁰, el artículo 3.4 del RDL 11/2021²¹ y el artículo 5.4 del RDL 18/2021²² se remiten en su totalidad al régimen jurídico de la cláusula de salvaguarda de empleo conforme a lo previsto en el artículo 5 del RDL 30/2020.

Finalmente, con la prórroga de las distintas modalidades de los ERTE COVID-19 hasta el 31 de marzo de 2022, la disposición adicional primera del RDL 2/2022²³ señala que les seguirán resultando de aplicación las medidas previstas en el RDL 18/2021 hasta dicha fecha²⁴.

²⁰ RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Dispone su artículo 3.4 que:

La salvaguarda del empleo será de aplicación de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, en relación con los periodos anteriores y con el que se deriva de los beneficios recogidos en la presente norma y de conformidad con los plazos correspondientes.

²¹ RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Reitera la remisión al artículo 5 del RDL 30/2020.

²² RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo. En su artículo 5.4 prorroga los contenidos complementarios del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, incluido el régimen del compromiso de empleo.

²³ RDL 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

²⁴ Previamente, la disposición adicional tercera del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, previó que:

La tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022.

4.2. Efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo

Al no concretar la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 consecuencia alguna para el caso de incumplimiento, se planteó inicialmente la controversia sobre los concretos efectos aplicables. Si estos quedaban limitados a la devolución de las cuotas de Seguridad Social exoneradas como consecuencia del ERTE o si también daban lugar a la obligación de reintegro de las prestaciones por desempleo que hubiera percibido la persona incluida en el ERTE o, incluso, si irradiaban sus efectos a la validez de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada decidida por la empresa, con la obligación de abonar los salarios a las personas trabajadoras afectadas. También se planteó si la extinción o despido que suponga incumplir la cláusula salvaguarda del empleo debe obligatoriamente calificarse como despido improcedente o, en algunas interpretaciones, como despido nulo.

Por de pronto, respecto del ámbito subjetivo de la obligación de mantenimiento del empleo, cabe considerar que la norma se refiere al empleo de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, y siempre que las empresas hubieran sido beneficiarias de la exoneración de las cuotas de Seguridad Social. Al mismo tiempo, por ser el compromiso de carácter nominativo, no será posible entender que se respeta sustituyendo a la persona trabajadora por otra en el mismo puesto de trabajo, aunque ello suponga mantener el volumen general de empleo en la empresa²⁵. Lo que impone la norma es mantener el empleo de la totalidad de personas que se incluyeron en la lista de afectadas por el ERTE.

El compromiso se incumple con los despidos o la extinción de contratos de trabajo de cualesquiera de las personas afectadas por el ERTE, cualquiera que sea la causa, salvo en los supuestos expresamente exceptuados. En efecto, no se considera incumplido si los contratos de trabajo se han extinguido por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco por el fin del llamamiento del fijo discontinuo, cuando no suponga un despido, sino una interrupción del mismo.

Si el contrato de la persona afectada por el ERTE es temporal, no se considera incumplimiento del compromiso si se extingue por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación. Lógicamente, la extinción de contratos temporales fraudulentos constituye un despido improcedente al ser la relación laboral indefinida, determinando el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda.

Es muy probable que la relación de causas que permiten considerar no incumplido el compromiso no sea exhaustiva. Hay algunos supuestos no mencionados que no parece

²⁵ En este sentido, el Oficio de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social de 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-919-CRA).

que deban considerarse como incumplimiento de la garantía de mantenimiento del empleo, porque difícilmente son imputables a la empresa. Por ejemplo, la extinción de contrato por fuerza mayor distinta a la fundada en la COVID-19; por mutuo acuerdo; desistimiento en periodo de prueba decidido por la persona trabajadora; las extinciones a instancia de la persona trabajadora derivadas de modificaciones sustanciales o de la movilidad geográfica justificadas. En mi opinión, en los supuestos de las modificaciones no concurren razones objetivas que justifiquen la asimilación que a efectos de los despidos colectivos realiza la doctrina del TJUE en aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio (STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, caso Pujante Rivera)²⁶.

En cambio, la extinción por el ejercicio de la acción resolutoria al amparo del artículo 50 del ET debería entenderse como incumplimiento de la cláusula de empleo, porque se funda en los incumplimientos de la persona empleadora y no deja de ser un supuesto de despido indirecto. Más dudosa es la respuesta para la extinción del contrato a consecuencia del desistimiento de la empresa por no superación del periodo de prueba. En la doctrina, Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) señalan que:

[...] en puridad, la resolución por voluntad empresarial no constituye un despido ni una extinción (de hecho, la causa de terminación de la relación laboral no está incluida en el ET art. 49.1), sino una resolución acausal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ni la exposición de motivos ni la disp. adic. 14.^a RDL 11/2020 mencionan expresamente este supuesto entre los que no suponen un incumplimiento del citado compromiso.

En sentido contrario, Beltran de Heredia Ruiz (2020) afirma que la lista de supuestos que no implican incumplir el compromiso parece tasada, constituyendo un *numerus clausus*. De ser así, quedan incluidos en el incumplimiento las extinciones por causas objetivas de los artículos 51 y 52 del ET; la extinción por fuerza mayor; cualquier resolución declarada como improcedente o nula; extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física; extinción por mutuo acuerdo sobrevenido (mutuo disenso); extinción por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato (art. 49.1 b) ET); desistimiento durante el periodo de prueba; la extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género; y la resolución ex artículos 40, 41 o 50 del ET.

La ausencia de expresa previsión normativa permite excluir que el incumplimiento del compromiso de empleo pueda afectar a la validez de la decisión de suspensión del contrato o reducción de la jornada de la persona trabajadora a la que se le comunica después la extinción del contrato sin respetar el plazo de 6 meses. Por lo mismo, tampoco tendrá

²⁶ Si bien el TS ha aplicado la doctrina de la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14), caso Pujante Rivera, asimilando resoluciones de contrato motivadas por modificaciones sustanciales a los despidos a efectos de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Así, en las SSTS de 8 de enero de 2019 (rec. 649/2017) y 8 de septiembre de 2021 (rec. 3348/2018).

efecto en las prestaciones por desempleo que se hayan percibido. Ni cabe entender que afecte a la calificación de la extinción del contrato de trabajo. La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 y la cláusula de salvaguarda de empleo que incorpora no prohíbe despedir ni convierte la extinción del contrato en un despido improcedente o nulo. Sus efectos quedan limitados a los propios de la relación de la empresa con la Tesorería General de la Seguridad Social, haciendo que no quede justificado el beneficio de la exoneración parcial de cuotas a la Seguridad Social. Por lo tanto, la contravención del compromiso de empleo no afecta a la relación con la persona trabajadora, sino a los costes que tendrá que asumir la empresa incumplidora por haber extinguido los contratos sin respetar el plazo de 6 meses²⁷. Al menos este es el régimen que cabe deducir de las únicas consecuencias del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo que quedaron establecidas en el apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, en la redacción dada por el RDL 18/2020. Dispone de forma expresa que:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Como vemos, las consecuencias del incumplimiento se concretan en el ámbito de las obligaciones de cotización y quedan limitadas a la devolución de las cuotas exoneradas, con el recargo y los intereses correspondientes.

Enlaza con naturalidad estas consecuencias jurídicas para el caso de contravención de la garantía de empleo con su naturaleza jurídica. El compromiso de empleo ha sido calificado por Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) como:

[...] cláusula accesoria que se incorpora a la decisión administrativa que concede la exoneración de cuotas. Se trataría de un modo o carga legal (*modus iuris*) y, en estos casos, su imposición garantiza que la resolución pueda cumplir los fines generales previstos en la norma. El modo no integra, por tanto, el contenido del derecho, sino que constituye una obligación que se añade al derecho otorgado, una condición para obtener el beneficio, sin que, normalmente, se encuentre vinculado a la eficacia de la resolución pues, con carácter general, el incumplimiento del modo da lugar a exclusivamente sanciones. Por ello, los efectos del incumplimiento del compromiso alcanzan exclusivamente al beneficio o ventaja asociado al citado compromiso, esto es, a la exoneración de cuotas.

²⁷ No es de este parecer Casas Bahamonde (2020), quien considera que la extinción del contrato de trabajo debe calificarse como un despido improcedente, excluyendo la nulidad.

En este sentido es necesario separar las previsiones de la cláusula de salvaguarda de empleo (disp. adic. sexta RDL 8/2020) de las consecuencias derivadas de los despidos por causas de la COVID-19, a las que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 9/2020 –después art. 2 Ley 3/2021, de 12 de abril–. Recordemos que estableció que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. El precepto no consagra una prohibición de despedir, sino que declara que no podrá justificarse en dichas causas, con la consecuencia propia de todo despido sin causa, que no es otra que la declaración de improcedencia. Al menos este es el entendimiento de la doctrina judicial mayoritaria, tanto de los juzgados de lo social²⁸ como de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia²⁹, aunque algunos pronunciamientos se decantan por la nulidad³⁰, sin que hasta la fecha el TS haya unificado la doctrina sobre esta cuestión.

En el caso de la limitación a las facultades de la empresa que resulta de la previsión del artículo 2 del RDL 9/2020 no se aprecia colisión con el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), teniendo en cuenta que descansa en la legítima finalidad de preservar y proteger el empleo y el trabajo (arts. 35 y 40 CE) y supera el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), para lo cual resulta relevante observar que la finalidad legítima aparece clara y que se trata de una normativa que se ha ido prorrogando con acuerdo con las asociaciones empresariales y los sindicatos, a través de sucesivos acuerdos en defensa del empleo, lo que le añade un plus de legitimidad. A su vez, el límite legal es temporal y no indefinido, vinculado, por otra parte, al reconocimiento de compensaciones que en la mayoría de los casos se articula a través

²⁸ La declaración de improcedencia por carecer de causa justificativa es, sin duda, la posición mayoritaria de los juzgados, que consideran que la contravención del mandato del artículo 2 del RDL 9/2020, a falta de otra previsión legal expresa, debe determinar la declaración de la improcedencia del despido, excluyendo el pronunciamiento de nulidad, que es aplicable básicamente a los casos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras o en los casos en que de forma expresa exista previsión legal que establezca tal efecto jurídico. Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 26 de Barcelona (núm. 170/2020) de 31 de julio de 2020; SJS número 3 de Gijón de 3 de noviembre de 2020 (núm. 236/2020); SJS de Gijón número 3 de 4 de noviembre de 2020 (núm. 237/2020) y SJS de Pamplona número 3 de 21 de diciembre de 2020.

²⁹ En suplicación declaran la improcedencia, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Andalucía/Málaga de 16 de junio de 2021 (rec. 845/2021); Asturias de 26 de mayo 2021 (rec. 843/2021); Aragón de 13 de abril de 2021 (rec. 179/2021); Castilla y León/Valladolid de 26 de marzo de 2021 (rec. 300/2021); Madrid de 2 de febrero de 2021 (rec. 18/2021) y 22 de junio de 2021 (rec. 784/2021); y Cataluña de 31 de marzo de 2021 (rec. 3825/2020) y 21 de diciembre de 2021 (rec. 6271/2021).

³⁰ SSTSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (rec. 1583/2020); 5 de julio de 2021 (rec. 1128/2021); 1 y 22 de junio de 2021 (recs. 576/2021 y 1158/2021) y 14 de septiembre de 2021 (rec. 1246/2021); SSTSJ de Asturias de 30 de marzo de 2021 (rec. 384/2021) y 20 de julio de 2021 (rec. 1384/2021).

de la exoneración de cuotas de Seguridad Social, lo que bien puede entenderse como excluyente de la existencia de un sacrificio exorbitante para la persona empleadora que, al ampararse en la posibilidad de adoptar medidas de ajuste temporal, facilitadas por el legislador de la emergencia sanitaria, tampoco debe abonar salarios a las personas trabajadoras.

Volviendo a la salvaguarda de empleo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del compromiso determinará que la empresa deba devolver la totalidad de las exoneraciones. No, por lo tanto, solo las relativas a la persona trabajadora a quien se le extingue el contrato, sino las cuotas de todas las personas incluidas en el ERTE, según la interpretación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) expresada en la nota informativa de 6 de diciembre de 2020 sobre la devolución de cotizaciones exoneradas debida al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020.

Del mismo parecer son Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) al destacar que el incumplimiento se produce por el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes, como señala la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de modo que «el despido o extinción de "cualquiera" (basta uno de ellos) llevará consigo la devolución o el reintegro de la totalidad de las exoneraciones. Desproporcionada solución se dirá, pero es verdad que, a grandes males, grandes remedios».

Sin embargo, es plausible una interpretación más restrictiva, respetuosa con el principio de proporcionalidad (Beltran de Heredia Ruiz, 2020; Vidal Pérez y Gutiérrez Álvarez, 2020), vinculando el reintegro de cuotas de Seguridad Social con las que correspondan a la persona trabajadora cuyo contrato de trabajo se extingue. Se seguiría un criterio de devolución nominal frente al de la devolución total. Es este el criterio que han mantenido los tribunales para otras ayudas o beneficios públicos, incluso condicionados al deber de mantenimiento de empleo³¹.

Contextualizando todas las circunstancias vinculadas a la situación excepcional provocada por la pandemia, junto con la propia finalidad de protección del empleo, no parece admisible realizar una interpretación extensiva de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la cláusula de mantenimiento de empleo, exigiendo la devolución de todas las cuotas, cuando esta consecuencia jurídica puede conllevar más destrucción de empleo.

Por otra parte, la expresa alusión a la «totalidad» que se contiene en el apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 puede referirse tanto a la obligación de devolver las cuotas de todas las personas afectadas como a la devolución de la totalidad de las cuotas, pero de la persona trabajadora que vio extinguido su contrato. Con este efecto jurídico ya estaría cumplido el mandato legal.

³¹ Por ejemplo, respecto de subvenciones, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1997 (rec. 2974/1991).

No es argumento decisivo el atender a cómo se fija la forma de cómputo del plazo de 6 meses, porque no es una referencia normativa a las consecuencias jurídicas. Solo regula cómo se computa el plazo de duración de la obligación de mantener el empleo. El que exprese que el plazo inicia su cómputo desde la reanudación, aun parcial de la actividad, no conduce a interpretar que las consecuencias jurídicas queden vinculadas a la devolución de todas las cotizaciones y de todas las personas trabajadoras afectadas. En ese mismo sentido, el que el cómputo sea colectivo –6 meses para todas las personas afectadas– no implica que se deba trasladar a las consecuencias del incumplimiento y que por eso deban devolverse «colectivamente» todas las cuotas. No hay conexión entre un aspecto –cómputo– y el otro –consecuencias jurídicas–.

Tampoco parece concluyente a estos efectos atender al modo en que se configura el incumplimiento del compromiso –«si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes»–. Su significado no es otro que el poner de manifiesto que la exoneración de las cuotas de Seguridad Social se vincula nominativa o individualmente a cada persona trabajadora incluida en el expediente, con la consecuencia de que, si se extingue su contrato, deberá la empresa devolver las cuotas exoneradas por esa concreta persona, al margen de que globalmente la empresa haya mantenido el nivel de empleo como consecuencia de nuevas contrataciones, que no desplazan la obligación de mantener los contratos de las personas afectadas por los expedientes de regulación.

No deja de ser significativo que la propia ITSS y la Dirección General de Trabajo hayan interpretado que el nivel de empleo es nominativo y no global y, en cambio, a la hora de determinar las consecuencias del incumplimiento de la obligación empresarial, transforme dicho entendimiento en una obligación de devolución de la totalidad de las cuotas, incluyendo la de aquellas personas trabajadoras que no vieron extinguida su relación laboral.

Por último, el criterio más restrictivo, que vincula el reintegro de las cuotas exclusivamente a la persona trabajadora incluida en un ERTE que ve extinguido su contrato de trabajo, sin que alcance a la totalidad de las cuotas o ayudas obtenidas, es el que ha seguido el legislador en otros supuestos en que ha incentivado el empleo (por ejemplo, en el RDL 3/2014, de 28 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; y RDL 8/2019, de 8 de marzo).

4.3. Los efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo en la doctrina judicial

Los tribunales laborales han tenido ya ocasión de pronunciarse sobre los efectos que produce el desconocimiento por la empresa del compromiso legal de mantener el empleo durante 6 meses desde la reanudación de la actividad, con criterios no coincidentes.

En algunas sentencias se descarta que la cláusula de salvaguarda de empleo incida en la calificación del despido o extinción del contrato de trabajo. Así, la SJS número 1 de Soria

de 14 de diciembre de 2020 (proc. 275/2020), frente a la petición de nulidad del despido por incumplimiento de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, excluye que afecte a la calificación de la extinción del contrato el desconocimiento del compromiso de empleo. Declara al respecto que:

La consecuencia prevista en la norma para los supuestos de infracción del compromiso citado no es la nulidad de los despidos que puedan constituir dicha infracción, sino el reintegro de las cotizaciones correspondientes previa valoración a tal efecto por la ITSS, que habrá de determinar si se ha infringido el compromiso de mantenimiento del empleo³².

Otras sentencias, en cambio, declaran los despidos improcedentes por desconocer el mandato de mantenimiento de empleo. Por ejemplo, la SJS número 2 de Girona de fecha 21 de diciembre de 2020 (proc. 551/2020) y la SJS número 5 de Bilbao de fecha 9 de febrero de 2021 (proc. 1/2021). Interpuesto recurso de suplicación frente a la SJS de Bilbao citada, se confirma por la STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2021. Declara que no:

[...] asumimos que el incumplimiento de este compromiso de empleo tenga solo y exclusivamente efectos en materia de Seguridad Social [...], puesto que ese compromiso de empleo fue fijado legalmente de forma imperativa y, por ello, el mismo suponía que no se puede utilizar ese cauce de extinción del contrato de trabajo en los 6 meses siguientes a la terminación de la medida adoptada al amparo del artículo 22 indicado, siendo ello, además, coherente con la propia finalidad de la medida –mantener el empleo– y los diversos medios que la ley previó para hacer frente a la crítica situación –medidas en materia de cotizaciones de Seguridad Social, desempleo y similares–.

En cambio, se separa de este criterio que vincula la validez de la extinción del contrato al cumplimiento del compromiso de empleo la STSJ de Navarra 206/2021, de 24 de junio³³, que resuelve un supuesto de despido disciplinario de quien había estado afectado por un ERTE COVID-19. Destaca que de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 no se desprende que el incumplimiento del compromiso de empleo conlleva la nulidad del despido. La única consecuencia que prevé la propia disposición es el reingreso de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que hubieran disfrutado las empresas con los ERTE COVID-19, sin incidir en la calificación (en un sentido u otro) de los despidos/extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes.

³² En el mismo sentido, la SJS número 4 de Valladolid de 27 de abril de 2021 (proc. 649/2020) y la SJS número 31 de Barcelona de 5 de febrero de 2021 (proc. 59/2021).

³³ En el mismo sentido, las SSTSJ de Madrid de 8 de octubre de 2021 (rec. 628/2021) y de Castilla y León/Valladolid de 4 de octubre de 2021 (rec. 1683/2021).

Además, la sentencia aclara que la cláusula resulta inoperativa respecto de los despidos de las personas afectadas por el ERTE si no se da el disfrute efectivo de las exoneraciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. Precisamente por ello:

[...] el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo (hoy Ley 3/2021, de 12 de abril), introdujo una concreta limitación (que no general prohibición) en relación con la facultad empresarial de despedir. Ambas garantías (compromiso de mantenimiento de empleo y limitación para despedir) se encuentran conectadas y en la práctica es probable que se manifiesten de manera simultánea (por ejemplo, en un despido improcedente aplicando el art. 2 del RDL 9/2020 que, a su vez, constituya incumplir el compromiso de la DA 6.^a del RDL 8/2020). Pero, aunque en la práctica puedan actuar de forma complementaria, ninguna duda cabe de que una y otra constituyen garantías totalmente diferentes e independientes, aunque los operadores jurídicos las confundan (en el sentido de integrar siempre y en todo caso) ambas figuras.

Concluye afirmando que en absoluto puede deducirse la nulidad del despido de la vulneración del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la disposición adicional sexta citada.

5. El compromiso de mantenimiento de empleo en la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre

El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, modifica la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y en esta materia añade al texto legal la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta con la rúbrica «Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED».

Establece exenciones voluntarias en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta, en todos los supuestos de ERTE regulados en los artículos 47 y 47 bis del ET, variando los porcentajes y las condiciones según su modalidad.

Para todos los casos se sujeta la exención al cumplimiento de un compromiso de empleo, concretando que tiene un carácter nominal, lo que trasciende a las consecuencias del incumplimiento, que no determina la obligación de reintegro total, sino exclusivamente nominal, es decir, que alcanza solo a las cuotas de la persona trabajadora que, estando afectada por un ERTE, es despedida.

Establece al respecto la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS, en su apartado 10, que:

Las exenciones en la cotización reguladas en la presente disposición adicional estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los 6 meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.

Añade, respecto de los efectos de la contravención, que:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Regula los supuestos que no implican incumplir el compromiso de empleo, siguiendo aquí las previsiones de la legislación COVID-19. Establece la nueva disposición que:

No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Para los ERTE por causas objetivas y los del nuevo Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo en su modalidad sectorial, fundado también en causas ETOP (art. 47 bis.1 b) ET), en la medida en que la exención de cuotas se vincula a la realización de formación para las personas trabajadoras afectadas, dispone que:

Las empresas [...] que incumplan las obligaciones de formación [...] deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (apdo. 9 disp. adic. cuadragésima cuarta LGSS).

Tampoco prevé el legislador que el incumplimiento del compromiso trascienda a la calificación jurídica de la extinción del contrato, que queda al margen de sus mandatos, siendo aplicable lo que ya hemos expresado respecto de los otros compromisos de empleo analizados. El silencio del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, sobre esta cuestión debe interpretarse en el sentido de separar el incumplimiento de la calificación jurídica que proceda realizar frente al despido o la extinción del contrato. La única consecuencia que prevé la propia norma es el reintegro de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que hubieran disfrutado las empresas con los ERTE, sin incidir en la calificación (en un sentido u otro) de los despidos/extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes.

6. Prohibición de despedir en el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania

6.1. Normativa reguladora

Siguiendo la estela de las medidas de la legislación excepcional en la lucha contra la pandemia que acabamos de examinar, el RDL 6/2022, de 29 de marzo, contiene medidas en el ámbito laboral (art. 44) para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales derivadas de la guerra de Ucrania, con un importante incremento de los precios y el entorpecimiento del crecimiento.

Con las previsiones del artículo 44 de la norma de urgencia –no negociada con las fuerzas sociales, a diferencia de toda la normativa COVID-19– apuesta el legislador por el mantenimiento del empleo, tratando de reconducir las medidas de ajuste del empleo a las de naturaleza temporal (reducción de jornada o suspensión del contrato ex art. 47 y nuevo 47 bis ET), frente a la destrucción definitiva del empleo a través de los despidos por causas de fuerza mayor o por causas ETOP relacionadas con la situación de crisis, que se espera tenga carácter provisional o coyuntural y no estructural. Para el RDL 6/2022, la situación provocada por la invasión de Ucrania es coyuntural y extraordinaria, por lo que:

[...] debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles (exposición de motivos RDL).

De manera que a la posibilidad de acudir a los ERTE previstos en el artículo 47 del ET, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización significativa, estima el Gobierno español que deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Dispone el artículo 44 del RDL 6/2022 al regular las medidas en el ámbito laboral el siguiente régimen jurídico:

En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida. Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

Con ello parece que recupera la obligación de mantenimiento de empleo que caracterizó el derecho de la emergencia ante la crisis sanitaria y económica provocada por la COVID-19. Con una regulación que adolece de los mismos defectos técnicos por indeterminación de las consecuencias jurídicas derivadas del desconocimiento del compromiso de empleo.

Por lo pronto, regula dos medidas laborales distintas, aunque ambas suponen limitar las causas que pueden justificar los despidos objetivos o el despido colectivo: a) limitación temporal de las causas de los despidos objetivos que no podrán fundarse en el aumento de los costes energéticos; b) limitación de la causalidad del despido objetivo cuando se hayan adoptado previamente medidas de ajuste temporal de empleo por concurrir causas ETOP relacionadas con la invasión de Ucrania.

En ambos casos nos encontramos ante la expresa limitación de la libertad empresarial de despedir, concretada en excluir la causalidad justificativa del despido si la situación de necesidad se vincula al incremento de los costes energéticos (primera medida) o a causas relacionadas con la invasión de Ucrania (segunda medida).

La aplicación de la primera medida descansa sobre los siguientes presupuestos: a) percepción de cualquiera de las ayudas directas previstas en el RDL 6/2022 y b) imposibilidad de justificar un despido objetivo en el aumento de los costes energéticos.

Nótese cómo en este supuesto no se condiciona la aplicación de los límites a la causalidad del despido a la previa adaptación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. No se trata de una medida vinculada a una prelación entre las medidas de

ajuste de empleo, provisional frente al ajuste definitivo que implica el despido. El legislador de la emergencia energética presupone que los efectos de la crisis de esta naturaleza tendrán un alcance coyuntural y temporal, disponiendo de fondos públicos (ayudas directas) a favor de las empresas para que sorteen las dificultades con las que deban enfrentarse por los mayores costos de la energía. Por eso excluye que el incremento de los costes energéticos pueda justificar, en el plano de la estricta causalidad, la extinción de los contratos de trabajo con fundamento en las causas ETOP.

El ámbito subjetivo de la limitación legal comprende a cualquier persona empleadora que haya percibido las ayudas públicas reguladas en el decreto-ley. Es necesario que las haya percibido, no siendo suficiente la mera solicitud ni tampoco que esté incluida en los sectores de actividad a los que están dirigidas las ayudas públicas cuando, sin embargo, no se solicitan. La limitación se configura como contrapeso a la ayuda efectivamente percibida, como un reparto de cargas, condicionado el derecho a percibir la ayuda a la concreta obligación legal de no extinguir los contratos de trabajo si la causa se funda en los aumentos de los costes energéticos.

Las ayudas públicas se reconocen a los siguientes sectores de actividad:

- En la industria intensiva en consumo de gas, se aprueba una línea de ayudas directas para las empresas que hayan realizado durante el año 2021 al menos una de las actividades previstas en los siguientes códigos CNAE 2009 (art. 3 RDL 6/2022)³⁴: (i) 171: Fabricación de pasta papelera, papel y cartón; (ii) 206: Fabricación de fibras artificiales y sintéticas; (iii) 231: Fabricación de vidrio y productos de vidrio; (iv) 232: Fabricación de otros productos cerámicos refractarios; y (v) 233: Fabricación de productos cerámicos para la construcción.
- En el sector del transporte por carretera y ferrocarril, se aprueba una línea de ayudas directas para las empresas de transporte de mercancías y viajeros que sean titulares de una autorización de cualquiera de las clases VDE, VT, VTC, VSE, MDPE, MDLE, que se encuentren de alta en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte (art. 25); así como para las empresas ferroviarias privadas cuya actividad se encuadre en el código CNAE 4920, de transporte de mercancías por ferrocarril (art. 27).
- Para productores lecheros, se establecen ayudas a las personas físicas o jurídicas titulares de explotaciones de producción de leche (art. 31).

³⁴ El importe de las ayudas para cada beneficiario consistirá en una cantidad, dependiendo de su CNAE, multiplicada por su número de personas empleadas, con una cuantía máxima de 400.000 euros. La cantidad por persona empleada en cada CNAE será la siguiente: códigos CNAE 171, 206 y 231, el importe de 2.600 euros por persona; y en los códigos CNAE 232 y 233, 5.000 euros por persona empleada. En el caso de que la persona beneficiaria no tenga ninguna persona empleada, la ayuda consistirá en la cantidad correspondiente a una persona empleada.

- En el sector pesquero, se prevén ayudas directas para las personas físicas o empresas que sean armadoras de buques de pesca marítima (art. 32).
- Para productores de los sectores agrarios, se reconocen ayudas en virtud del Reglamento delegado (UE) 2022/467 de la Comisión (art. 33).
- En los sectores acuícolas, se beneficiarán de las ayudas las empresas inscritas en el REGA (Registro General de Explotaciones Ganaderas) en cualquiera de las fases de explotación, cría, cultivo o reproducción situadas en zonas terrestres, marítimo-terrestres o marítimas en territorio español (art. 35).

No tienen la consideración de ayudas directas y por eso deben quedar al margen de las previsiones del artículo 44 del RDL 6/2022 la concesión de aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta que regula también la norma de urgencia (para el sector del transporte urbano y por carretera y para el sector marítimo-pesquero).

En cualquier caso, la limitación para justificar los despidos objetivos con base en el aumento de los costes energéticos tiene un alcance temporal limitado hasta el 30 de junio de 2022. Con posterioridad, sí podrá servir ese impacto en la cuenta de resultados de las sociedades para justificar las decisiones extintivas adoptadas al amparo de los artículos 51 y 52 c) del ET.

En cambio, la segunda medida laboral que introduce la norma de excepción, sin sujeción a ese límite temporal, solo resulta aplicable a las empresas que hubieran aplicado las medidas de ajuste temporal de empleo, reduciendo la jornada o suspendiendo los contratos de trabajo y, además, hubieran sido beneficiarias de «apoyo público». En tal caso, no podrán justificar un despido objetivo o colectivo por causas ETOP si están relacionadas con la invasión de Ucrania.

Conforme a este régimen jurídico, no cualquier causa ETOP impedirá que la empleadora comunique la extinción del contrato por causas objetivas al amparo de los artículos 51 o 52 c) del ET. Solo si están relacionadas con la invasión de Ucrania. Son las consecuencias económicas y sociales derivadas de la guerra de Ucrania, con un importante incremento de los precios y costes de producción que provoca el entorpecimiento del crecimiento, las que no podrán invocarse para justificar los despidos por necesidades empresariales al amparo de los artículos 51 y 52 c) del ET.

La limitación o prohibición no se sujeta aquí a un límite temporal. A diferencia del primer supuesto, con alcance temporal expreso al 30 de junio de 2022, para el segundo no se menciona fecha alguna. Sin embargo, una duración ilimitada de la prohibición entraría en colisión con la libertad de empresa. Por ello debe afirmarse que la imposibilidad de justificar la extinción de los contratos por causas relacionadas con la invasión de Ucrania debe quedar sujeta a un límite temporal. En la medida en que nos encontramos con una norma excepcional, que adopta medidas para hacer frente a la crisis derivada de la guerra de Ucrania,

una vez que concluya parece razonable entender que no regirá la regla impeditiva del despido fundado en las causas relacionadas con la invasión, recuperando la empresa la facultad de extinguir el contrato por la concurrencia de causas ETOP. Además, si la situación se mantiene durante un periodo de tiempo largo, que incluso puede ser de años, no se darían los supuestos que justifican el ERTE, que descansa sobre la concurrencia de causas provisionales o coyunturales, más allá de las cuales la medida laboral que debe adoptarse si concurren las causas legales (arts. 51 y 52 c) ET) no es otra que la extinción del contrato por causas objetivas de índole estructural.

No obstante, con posterioridad se ha publicado el RDL 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma. Da nueva redacción al artículo 44 del RDL 6/2022, extendiendo sus previsiones hasta el 31 de diciembre de 2022.

En la nueva redacción, el precepto citado dispone lo siguiente:

En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida. Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

6.2. Alcance de la limitación del despido por necesidades empresariales

El legislador de excepción no ha determinado las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la contravención del mandato legal. En concreto, vuelve a omitir regular si el despido que supone infringir la previsión normativa debe calificarse como nulo o improcedente. Solo para la primera medida («[...] el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido») establece una concreta consecuencia jurídica, como es el reintegro de la ayuda recibida. Cabe entender que para la segunda medida, el incumplimiento de la empresa (despidiendo por causas objetivas vinculadas al incremento de los costes energéticos o relacionadas con la invasión de Ucrania) conllevará también la obligación de devolver las ayudas percibidas.

En este punto conviene recordar que, como consecuencia de la crisis generada por la COVID-19, en el año 2020 se adoptó una medida muy similar, conocida popularmente como

la «prohibición de despedir» por motivos vinculados a la pandemia. Así, parece que el legislador está rescatando nuevamente esta prohibición de despedir para la actual situación de crisis energética y bélica. No obstante, en vez de aprender de los errores del pasado, la norma vuelve a dejar en manos de los tribunales resolver qué calificación obtendrán los despidos que supongan un incumplimiento de la condición resolutoria a que queda sujeto el derecho a la ayuda. Todo ello con la inseguridad jurídica que conlleva para las empresas, que están soportando también una situación de incertidumbre económica, política y social, que dificulta, sin duda, la toma de decisiones por parte de estas.

La respuesta a la contravención a la limitación del despido debe ser la misma que la examinada a propósito de la «prohibición» de despedir de la legislación excepcional de lucha contra la pandemia de la COVID-19, esto es, calificar el despido como improcedente y no como nulo en la medida en que no estamos realmente ante una prohibición, sino ante una expresa previsión que priva de justificación causal a la extinción del contrato que se funda en la situación que atraviesa la empresa por la subida de los costes energéticos y de los precios en el contexto de la crisis energética y bélica.

En nuestro derecho, un despido sin causa se califica como improcedente conforme a reiterada jurisprudencia, quedando reservada la nulidad a los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales o, en caso del despido colectivo, al incumplimiento de sus trámites y formalidades esenciales (art. 51 ET y art. 124 Ley reguladora de la jurisdicción social). Precisamente, el precedente del artículo 2 del RDL 9/2020 –posteriormente, Ley 3/2021– hubiese exigido del legislador una expresa previsión declarativa de la nulidad de cualquier extinción contractual que suponga desconocer lo dispuesto en el artículo 44 del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania.

No es de esta opinión Baylos Grau (2022), que considera la nulidad del despido la consecuencia natural de la disposición prohibitiva del despido al carecer de causa. Afirma que:

[...] la privación de causa lícita para despedir en los términos que señala el art. 44 del RDL 6/2022 tiene como efecto útil la prohibición del acto de despido, no el reconocimiento de su carácter definitivo a cambio del incremento de la indemnización derivada del carácter improcedente de ese despido, del que se sabe además que no cumple una función disuasoria, y que se trata de un mecanismo rígido y uniforme que produce importantes diferencias de trato negativas en función de la edad y del género.

En cualquier caso, la improcedencia solo será posible declararla si la extinción responde a las concretas causas directamente relacionadas a la subida de los costes energéticos y con la invasión de Ucrania y su directa incidencia en la actividad y resultados de la empresa,

en muchos casos por las dificultades de aprovisionamiento de bienes derivadas de la interrupción de los flujos de mercado tras la invasión rusa de Ucrania. Quedarán excluidas de la contravención las extinciones de los contratos de trabajo que no tengan relación directa con la crisis de precios de los combustibles y bélica, sino que obedecen a dificultades económicas, técnicas, organizativas o de producción preexistentes o concomitantes, o incluso agravadas en el contexto social y económico de la crisis internacional bélica, que haya dejado sentir sus efectos últimos en la situación económica negativa que ya viniera atravesando la empresa.

También se excluirán los casos en que la situación de la empresa no obedece a unas causas provisionales o coyunturales con relación directa a los incrementos de los costes o la invasión de Ucrania, debiendo la empresa adoptar medidas de ajuste definitivo del empleo y no temporales para hacer frente a la situación económica de pérdidas consolidada, como instrumento de gestión de los recursos humanos de la organización que, a la postre, evitará su desaparición y la pérdida de todo el empleo, o como medida justificada en las situaciones de insolvencia empresarial y adoptadas en el marco del concurso de acreedores.

No está de más recordar que la más reciente jurisprudencia ha reiterado que las medidas de flexibilidad interna y, específicamente, las de reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo (art. 47 ET) descansan en el presupuesto de que las causas fundantes no sean definitivas o estructurales, sino coyunturales. Es el carácter coyuntural el que permite reconducir la respuesta de la empresa a las medidas de ajuste temporal de empleo reguladas en el artículo 47 del ET, reformado por el RDL 32/2022 para evitar los despidos.

De forma expresa para la primera medida del artículo 44 del RDL 6/2022 queda establecido que el incumplimiento de la obligación de la empresa conllevará la devolución de la ayuda recibida. En este caso, a diferencia de la regulación de los efectos del compromiso de empleo que se establecía en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, cuyo incumplimiento durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad implicaba que las empresas que lo infringieran deberían reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de las que resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, pero en relación con las concretas personas trabajadoras despedidas, en la nueva regulación no cabe limitar nominativamente la devolución o reintegro de las ayudas, que se perciben de forma global y no con identificación de concretas personas trabajadoras. Por eso, la devolución de las ayudas recibidas no puede fragmentarse ni calcularse en relación con el número de personas despedidas y, por tanto, en atención a la mayor o menor entidad del incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo.

Por último, entre las medidas previstas en el RDL 6/2022 se encuentra el aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta para las empresas de los sectores del transporte urbano y por carretera (art. 28

RDL 6/2022) y para el sector marítimo-pesquero (art. 37 RDL 6/2022). Pero como se ha destacado anteriormente, por la propia denominación que se utiliza y la mención exclusiva a las ayudas directas en el artículo 44 del RDL 6/2022, cabe considerar que la limitación de las causas del despido objetivo alcanza exclusivamente a las empresas que perciban las ayudas, dejando al margen del mandato limitador a las que solicitan el aplazamiento de las cuotas.

Cuestión distinta es que la empresa que haya tramitado un ERTE pueda también solicitar la exoneración de cuotas de Seguridad Social, sujeta a la obligación de mantenimiento del empleo, con expresa previsión de devolución de las cuotas, con los recargos e intereses que procedan si no se respeta el compromiso (art. 47.7 e) ET, en la redacción dada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre). Cabe considerar que este efecto jurídico es el aplicable en los supuestos de bonificaciones de las cuotas regulados en el RDL 6/2022.

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas con relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (disp. adic. cuadragésima cuarta.10 LGSS).

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (7 de abril de 2022). El veto a los despidos por motivos derivados de la subida de precios y la guerra de Ucrania. Las «medidas laborales» del RDL 6/2022. Según Antonio Baylos... <https://baylos.blogspot.com/2022/04/el-veto-los-despidos-por-motivos.html>
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (6 de diciembre de 2020). La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6.ª RD Ley 8/20): guía interpretativa para su aplicación. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>
- Bernal Santamaría, F. (2019). La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 147, 219-244.
- Casas Bahamonde, M. E. (2020). La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. *Diario La Ley*, 9640.
- Correa Carrasco, M. (2012). *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales: RDL 7/2011; RDL 3/2012)*. Francis Lefebvre.
- Cruz Villalón, J. (2018). *Compendio de derecho del trabajo*. (11.ª ed.). Tecnos.
- González González, C. (2020). *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la*



- crisis de la COVID-19*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J. (1999). *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*. (Estudios de derecho laboral). Civitas Ediciones.
- Mercader Uguina, J. R. y De la Puebla Pinilla, A. (2020). Expedientes de suspensión de contratos y de reducción de jornada por fuerza mayor derivados del COVID-19. En C. Aragón Gómez (Coord.), *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social* (pp. 47-68). Francis Lefebvre.
- Montoya Melgar, A. (2003). Recensión al libro *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, de Raquel Quintanilla Navarro. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 118.
- Preciado Domènech, C. H. (2014). *La negociación colectiva en la empresa*. Lex Nova-Thomson Reuters.
- Quintanilla Navarro, R. Y. (2003). *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*. Aranzadi.
- Sala Franco, T., Alfonso Mellado, C. L. y Pedrajas Moreno, A. (1996). *Los acuerdos o pactos de empresa*. Tirant lo Blanch.
- Serrano Olivares, R. (2003). *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch.
- Vidal Pérez, P. y Gutiérrez Álvarez, R. (13 de diciembre de 2020). *Retorno de exoneraciones por incumplir la «salvaguarda del empleo» en los ERTES COVID-19*. Jurista Enloquecido. <https://juristaenloquecido.com/2020/12/13/3031/>

La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)

Emilio Palomo Balda

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España)

Extracto

La Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ha visto profundamente modificada por la Ley orgánica 7/2022, de 27 de julio, en materia de juzgados de lo mercantil, que da nueva redacción a un importante número de preceptos de aquella. Entre los cambios introducidos, figura el efectuado en el artículo 86 ter con la finalidad de resolver las dudas y los conflictos competenciales surgidos, que habían terminado por desincentivar el recurso a la figura de la enajenación de la unidad productiva en sede concursal, ante la eventualidad de que lo decidido por el juez mercantil en los aspectos laborales y de seguridad social no fuese respetado por los órganos de la jurisdicción social y contencioso-administrativa. Con tal designio, la disposición indicada establece que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en «la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social». Por su parte, la reforma del texto refundido de la Ley concursal, operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ahonda en el camino marcado por la citada ley orgánica, en términos no estrictamente coincidentes, como se desprende de la lectura de los artículos 52 y 221.2, lo que plantea algunos problemas interpretativos de los que se da cuenta en este trabajo, en el que también se abordan las cuestiones de derecho transitorio que se suscitan. No obstante, el objetivo principal que persigue es poner de manifiesto el efecto real de la reforma sobre las acciones que pueden ejercitar los representantes del personal y las personas trabajadoras afectadas en defensa de sus derechos en el contexto de la venta de la unidad productiva y del expediente de regulación de empleo concursal al que por lo común da lugar, así como el alcance del control de los órganos de la jurisdicción social en ese marco.

Palabras clave: sucesión de empresa; concurso de acreedores; unidad productiva; expediente de regulación de empleo concursal; competencia del orden social de la jurisdicción; recurso de suplicación; incidente concursal en materia laboral.

Recibido: 17-10-2022 / Aceptado: 02-11-2022

Cómo citar: Palomo Balda, E. (2022). La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>



Company succession after the latest insolvency reform (competence aspects)

Emilio Palomo Balda

Abstract

Organic Law 6/1985, of 1 July, on the Judiciary, has been profoundly modified by Organic Law 7/2022, of 27 July, on commercial courts, which redrafts a significant number of its precepts. Among the changes introduced is that made to article 86 ter with the aim of resolving the doubts and conflicts of competence that had arisen, which had ended up discouraging recourse to the figure of the disposal of the productive unit in insolvency proceedings, in the event that what was decided by the commercial judge in the labour and social security aspects was not respected by the bodies of the social and contentious-administrative jurisdiction. To this end, the aforementioned provision establishes that the jurisdiction of the insolvency judge will be exclusive and excluding in "the declaration of the existence of company succession for labour and social security purposes in cases of transfer of production units or units and the determination of the limits of this declaration in accordance with the provisions of labour and social security legislation". For its part, the reform of the revised text of the Insolvency Act, brought about by Law 16/2022, of 5 September, follows the path set out in the aforementioned organic law, in terms that do not strictly coincide, as can be seen from the reading of articles 52 and 221.2, which raises some interpretative problems that are dealt with in this paper, which also addresses the transitional law issues that arise. However, the main objective is to highlight the real effect of the reform on the actions that can be brought by staff representatives and affected workers in defence of their rights in the context of the sale of the production unit and the insolvency proceedings to which it usually gives rise, as well as the scope of control by the labour courts in this context.

Keywords: succession of the company; insolvency proceedings; productive unit; insolvency proceedings for the regulation of employment; jurisdiction of the social order of jurisdiction; appeal in appeal; insolvency incident in labour matters.

Citation: Palomo Balda, E. (2022). Company succession after the latest insolvency reform (competence aspects). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>

Sumario

1. Un nuevo modelo para una materia conflictiva
2. Diseño competencial en vigor
3. Razones de la reforma
 - 3.1. Razones explícitas
 - 3.2. Razón implícita
4. Puntos clave de la reforma y problemas aplicativos
 - 4.1. Declaración de la sucesión de empresa
 - 4.1.1. Ámbito de la competencia
 - 4.1.2. Relevancia de la atribución de competencia
 - 4.2. Delimitación de la unidad productiva
5. Determinación de la unidad productiva y extinción colectiva de relaciones laborales
 - 5.1. Planteamiento general
 - 5.2. Acciones ejercitables por las personas trabajadoras y sus representantes
 - 5.2.1. Acciones frente al auto de adjudicación de la unidad productiva
 - 5.2.2. Impugnación colectiva o individual del auto extintivo concursal
 - 5.2.2.1. Observaciones preliminares
 - 5.2.2.2. Doctrina jurisprudencial y su vigencia tras la reforma de 2022
 - 5.2.2.3. Control en suplicación de las decisiones adoptadas por el juez mercantil en el ERE y el incidente concursal laboral relacionadas con la sucesión de empresa
6. Pretensiones enjuiciadas por los juzgados de lo social de las que tras la reforma no podrán conocer
 - 6.1. Proceso declarativo
 - 6.1.1. Derivación de responsabilidad al adquirente de la unidad productiva por deudas contraídas por la concursada con las personas trabajadoras no subrogadas
 - 6.1.2. Derivación de responsabilidad a la compradora por despido practicado por el deudor al margen del ERE concursal
 - 6.2. Proceso de ejecución
 - 6.2.1. Extensión a la adquirente de los efectos del fallo de la sentencia dictada en proceso de despido seguido contra la concursada



6.2.2. Despacho o ampliación de la ejecución dineraria del título constituido contra la concursada

7. Pretensiones ejercitables ante la jurisdicción social

Referencias bibliográficas

1. Un nuevo modelo para una materia conflictiva

La determinación del órgano jurisdiccional competente para declarar la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social cuando se transmite una unidad productiva en sede concursal no ha sido hasta la fecha una cuestión pacífica, sino que ha despertado un fuerte debate por parte de los juzgados y tribunales implicados y ha pasado por diferentes fases. La penúltima de ellas se inició el 1 de septiembre de 2020 en razón de lo dispuesto en el artículo 221.2 del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo (RDleg.) 1/2020, de 5 de mayo (TRLR), y concluyó el 17 de agosto de 2022 con la entrada en vigor de la Ley orgánica (LO) 7/2022, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial, en materia de juzgados de lo mercantil, a la que se sumaron las previsiones contenidas en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLR¹. Norma esta que incorpora una serie de reglas que, a pesar de que, al menos alguna de ellas, no son novedosas, aportan matices relevantes y revisten gran trascendencia, pues, de un lado, vienen a despejar de manera previsiblemente definitiva las incógnitas que suscitó el rango normativo de la disposición que las introdujo y, de otro, obligan a afrontar nuevos problemas en el terreno competencial.

Se trata de un tema de enorme importancia práctica no solo por la conflictividad que ha continuado generando en los 2 años transcurridos desde la entrada en vigor del TRLR y que en los próximos meses puede alcanzar incluso mayor significación, sino también porque las normas que lo disciplinan constituyen el presupuesto y el cauce para la adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva que es preciso garantizar en todo caso y de manera especial a las personas trabajadoras inmersas en procesos de transmisión de la empresa en la que prestan servicios o de las unidades productivas a las que están adscritas. A lo anterior se une el nivel de complejidad que deriva, entre otros factores, de la circunstancia de que las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia (TSJ) ostenten la competencia, que les atribuye el artículo 75.2.º de la Ley orgánica 6/1985, de 1

¹ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

de julio, del Poder Judicial (LOPJ), para conocer de los recursos de suplicación contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral y frente a las que resuelven los incidentes concursales que versan sobre ella, lo que introduce aspectos que suscitan serias dudas.

Es ese el ámbito en el que se sitúa el presente estudio, en el que se pone el acento, con un enfoque eminentemente práctico y jurisprudencial, en los interrogantes que plantea la reforma de 2022, dejando fuera del análisis los aspectos sustantivos y procedimentales, que solo se abordan en la medida en que tengan incidencia en el plano competencial y con la profundidad indispensable a tal efecto.

Delimitado así el objeto de estas páginas, y con el propósito de facilitar la comprensión del alcance de los cambios operados por las Leyes 7/2022 y 16/2022 y de las eventuales disfunciones que provocan, se sigue el orden que parece más lógico. En primer lugar, se describen las líneas maestras del nuevo modelo competencial y se ponen de relieve las razones que han conducido a su establecimiento, así como las claves principales que lo caracterizan. En segundo término, se analiza la relación dialéctica que se establece entre la competencia del juez del concurso para delimitar el ámbito personal de la unidad productiva y acordar la extinción colectiva de las relaciones laborales excluidas de ese círculo y el papel de las salas de lo social de los TSJ respecto de las decisiones adoptadas en esas materias. Se exponen a continuación las reclamaciones en materia laboral en las que incide la nueva regulación, haciéndose referencia, por último, brevemente a aquellas cuyo enjuiciamiento sigue residenciado en el orden social.

No obstante, con carácter previo a la exposición de los puntos someramente enunciados, procede traer a colación una consideración que se viene haciendo últimamente para relativizar la opción del legislador de otorgar al juez del concurso la competencia para apreciar la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social y delimitar la unidad productiva en lo que respecta a las relaciones laborales que la integran (Rodríguez Achútegui, 2022, pp. 6-8), que puede resumirse esquemáticamente en la afirmación de que «el juez del concurso, en las materias que le reserva la legislación concursal, es el juez del concurso». Esa tesis es el resultado de una reflexión que se vertebra en torno a dos ejes distintos; por una parte, el sustantivo, referido al sometimiento del juez del concurso a la legislación laboral y a los principios que la inspiran; por otra, el procesal, en tanto que, se afirma, las decisiones que adopta son objeto de revisión por parte del orden jurisdiccional social a través del recurso de suplicación del que conoce la sala de lo social del TSJ correspondiente y, en último término, del recurso de casación para la unificación de doctrina. En lo que respecta a la dimensión adjetiva, se esgrime como argumento concluyente el nuevo criterio aplicado por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (TS) mediante Autos de 18 y 21 de octubre de 2021 (conf. 9/2021, 5/2021 y 10/2021).

En lo que concierne a esa doctrina, conviene destacar que, hasta su fijación, dicho órgano asumía, sin mayor razonamiento, que las discrepancias surgidas entre un juez mercantil

y un juez social a la hora de establecer la competencia para conocer de materias laborales constituía un conflicto de jurisdicción que, conforme a lo previsto en los artículos 42 a 50 de la LOPJ, estaba llamado a resolver, como efectivamente venía haciendo. Sin embargo, en los autos referenciados revisó su posición anterior y en su lugar declaró que las divergencias señaladas constituían una cuestión de competencia entre juzgados de un mismo orden jurisdiccional que debían resolverse por el órgano inmediato superior común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la LOPJ. Para fundamentar el cambio de criterio, sostuvo, en esencia, que el encuadramiento formal de los juzgados de lo mercantil en el orden civil no podía llevar a entender que una decisión del juez mercantil, en materia laboral, cuando entra en controversia con otra adoptada por el juez de lo social, deba ser calificada de materia civil, siendo así que las resoluciones que emite el juez mercantil en el ámbito laboral de competencia que ostenta deben estar inspiradas en los principios que sostienen el proceso laboral social y son susceptibles de recurso ante órganos judiciales colegiados del orden jurisdiccional.

Es de notar que, tras la inadmisión del primero de los conflictos reseñados (9/2021), el juzgado de lo mercantil planteó cuestión de competencia ante la Sala de lo Social del TS que lo resolvió mediante Auto de 20 de diciembre de 2021 (cuestión 12/2021) proclamando la competencia del órgano promotor para conocer, a través del incidente concursal en materia laboral, de la pretensión deducida por una trabajadora cuya relación había quedado extinguida en virtud del auto dictado en expediente de regulación de empleo (ERE) concursal con el objeto de que se declarase la improcedencia de su cese al considerar que la indemnización por extinción del contrato reconocida en el marco del concurso era inferior a la que legalmente le correspondía. En los mismos términos se manifestó la Sala 4.^a mediante Auto de 29 de marzo de 2022 al resolver la cuestión de competencia 1/2002, dimanante del conflicto de competencia 10/2021, suscitado con ocasión de una contienda similar a la descrita.

Consignadas las razones en las que se asienta la idea de considerar al juez del concurso como juez laboral, cabe plantearse si en lo que respecta al tema concreto de la sucesión de empresa conservan su validez a la vista de las modificaciones normativas realizadas en 2022, interrogante al que se intentará dar respuesta en este trabajo, identificando las dificultades y lagunas de protección que pueden presentarse y a las que hay que dar solución.

2. Diseño competencial en vigor

Según precisa la exposición de motivos de la LO 7/2022, aplicable desde el 17 de agosto pasado, la coordinación o armonización de su articulado y el del TRLC puede apreciarse en las enumeraciones de las materias en las que el juez del concurso ostenta jurisdicción exclusiva y excluyente. Frente a esa consideración, llama la atención, en lo que aquí interesa, que en el preámbulo se haga mención expresa a la incorporación a la LOPJ de:

[...] la extensión de la jurisdicción del juez del concurso 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 la legislación concursal, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección;

aserto que resulta tan incorrecto como sorprendente, pues en la redacción anterior a la dada por la LO 7/2022 el artículo 86 ter de la LOPJ, en el punto 2.º de su apartado 2.º, ya incluía las acciones sociales enumeradas.

Por el contrario, es igualmente llamativo que en dicho prólogo no se haga referencia a la habilitación del juez del concurso para declarar:

[...] la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social;

competencia que le confiere, con carácter exclusivo y excluyente, la regla 4.ª del apartado 2 del citado artículo 86 ter de la LOPJ en su actual redacción y que no le atribuía dicho precepto, ni ningún otro de ese texto legal, antes de la reforma efectuada por la LO 7/2022.

En concordancia con la norma de rango orgánico glosada, la Ley 16/2022, en vigor desde el pasado 26 de septiembre, al dar nueva redacción al artículo 52 del TRLC, añade, en su apartado primero la expresada regla 4.ª, si bien sustituye su inciso final por otro del siguiente tenor literal: «así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran». Además, modifica el apartado 2 del artículo 221 del TRLC, de modo que, junto a la previsión procedente de su texto primigenio referida a la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa, incluye la relativa a «la delimitación de los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen».

En lo que a la susodicha apostilla atañe, un dato que no se puede ignorar son los diferentes términos con que aparece configurada, siendo mayor el grado de disparidad si se compara la redacción dada por la LO 7/2022 con la plasmada en los artículos 52.1.4.ª y 221.2 del TRLC, ya que lo que dice el precepto orgánico es que el juez del concurso debe determinar los límites de la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social con arreglo a lo establecido en la legislación laboral y de Seguridad Social, mientras que la norma concursal encomienda al juez del concurso la delimitación del elemento personal sin limitación alguna. En una primera aproximación, una

exégesis armónica y concordada podría llevar a entender que el juez mercantil, a la hora de delimitar las relaciones laborales que componen la unidad productiva, debe respetar necesariamente las normas laborales y de Seguridad Social en su conjunto².

Sin embargo, dada la literalidad de los preceptos confrontados, cabe otra interpretación alternativa que conduce a entender que regulan cuestiones distintas; uno, los límites de la declaración de la existencia de sucesión de empresa derivada de la venta de una unidad productiva, los otros, la fijación del elemento personal de la unidad transferida. Serían, por tanto, normas compatibles, de forma que el juez, una vez delimitadas las relaciones laborales que componen la unidad de negocio y que, en consecuencia, resultan afectadas por la sucesión de empresa, en el momento de establecer los límites de la declaración de la sucesión de empresa, deberá tener en cuenta el ordenamiento laboral y de Seguridad Social, lo que en cuanto al primero remitiría muy especialmente a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 44 del ET. Esta solución hermenéutica permite salvar además los inconvenientes que a efectos de fijar el parámetro personal de la unidad productiva se derivarían de una remisión a la legislación laboral y de Seguridad Social como la que lleva a cabo el artículo 86 ter.2.4.^a de la LOPJ, caracterizada por un alto grado de abstracción y generalidad en cuanto al contenido al que reenvía.

Cuestión distinta es si la atribución de competencia para configurar el elemento personal de la unidad productiva supone el reconocimiento de una facultad absoluta e incontrolable, o si desde el enfoque que aquí se adopta y aparte de otras consideraciones relacionadas con la imposibilidad de efectuar esa labor con base en parámetros puramente subjetivos desvinculados de la realidad subyacente debe respetar determinadas normas laborales y, en especial, las antidiscriminatorias o las que estatuyen prioridades de permanencia en la empresa.

Otro dato de interés que arroja la nueva ordenación es que la asignación de competencia que efectúa la Ley 16/2022 en el tema que tratamos no se enmarca en el artículo 53 del TRLC, en el que se establece la jurisdicción del concurso en materia laboral, sino en el artículo 52, referido a otras materias. Ese acto de encuadramiento no es baladí, sino que responde a los términos en que el artículo 75.2.º de la LOPJ delimita la competencia de las salas de lo social de los TSJ para conocer de las resoluciones de los juzgados de lo mercantil, circunscrita a las recaídas en materia laboral. Más adelante se contrastará si esta hipótesis coincide con la regulación que en materia de recursos e incidentes contiene el TRLC.

² Por esta tesis parece decantarse Molina Navarrete (2022, p. 112) cuando sostiene que el juez del concurso, al delimitar el perímetro laboral y de Seguridad Social de la sucesión de empresa, está condicionado de forma estricta a lo dispuesto en el derecho del trabajo (art. 44 Estatuto de los Trabajadores -ET-) y en el derecho de la Seguridad Social.

3. Razones de la reforma

3.1. Razones explícitas

Una vez esbozado, en la faceta que nos ocupa, el actual panorama normativo sobre la sucesión de empresa en el concurso y despejadas las dudas sobre la posible divergencia o contradicción entre la norma orgánica y la concursal en el punto que se ha expuesto, resulta conveniente indagar en las razones que han llevado al legislador a reafirmar, mediante ley orgánica, la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para decidir si existe una sucesión de empresa, ya reconocida por el RDleg. 1/2020, y esclarecer, sirviéndose de la Ley 16/2022, que la investidura competencial comprende la delimitación de las relaciones laborales incluidas en la unidad productiva transmitida en el seno del concurso de acreedores.

Pues bien, favorecer el principio de seguridad jurídica en esta materia, evitando pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios como medio para potenciar la enajenación de la empresa o unidades productivas económicamente viables en el marco del procedimiento concursal, es el objetivo principal de la nueva regulación, al que se une el implícito de disipar las dudas que podían subsistir sobre la ilegalidad de la habilitación competencial que confirió al juez del concurso el TRLC, por carecer esta disposición del rango normativo exigible.

La Ley 16/2022, al igual que hizo en su día el RDleg. 1/2000, pretende eliminar las incertidumbres a las que se enfrentaban los interesados en hacerse cargo, en el contexto del concurso, bien de la empresa globalmente considerada, bien de una o varias de las unidades productivas que la conforman, lo que se había convertido en una operación de alto riesgo desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social como consecuencia de la eventual intervención *a posteriori* de los órganos de la jurisdicción social y contencioso-administrativa, los cuales podían declarar la existencia de una sucesión de empresa y establecer sus efectos apartándose de lo acordado por el juez mercantil supuestamente a título prejudicial, de forma que el comprador quedaba expuesto a contingencias laborales y de Seguridad Social muy importantes que, de materializarse, se traducían en la asunción de responsabilidad sobre la totalidad de la deuda laboral y de Seguridad Social que mantenía la entidad concursada al tiempo de la transmisión, con la única excepción, cuya aplicación se dejaba en manos del juez del concurso, de la correspondiente a los salarios e indemnizaciones satisfechos o susceptibles de ser cubiertos por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) conforme a lo previsto en el artículo 33 del ET.

Los factores laborales y de Seguridad Social disruptivos implicados en el proceso de venta judicial de unidades productivas estaban dificultando de manera notable el recurso a una figura que permite alcanzar objetivos tan loables como reflotar entidades económicas viables, evitando su cierre y liquidación definitiva, salvaguardar el tejido productivo, conservar, en todo o en parte, el empleo, así como evitar que el cese de la actividad desarrollada

por la concursada arrastre a otras empresas, todo ello en favor del interés general y del de las personas trabajadoras implicadas en particular. Solución que, además, lo que desde la óptica concursal tiene tanta importancia como la que resulta de las finalidades expuestas, redundará en beneficio del deudor y, en particular, da satisfacción a los acreedores al optimizar el precio de la unidad o unidades transferidas y comportar que los créditos contra la masa en concepto de indemnizaciones de despido no se incrementen más allá de lo necesario, todo lo cual favorece la recuperación de sus créditos.

Con la norma atributiva de competencia al juez del concurso, el legislador pretende poner fin de modo definitivo a una situación distorsionante y de graves consecuencias, en la que las mismas cuestiones –existencia de sucesión de empresa y efectos laborales y de Seguridad Social derivados de la adjudicación de la unidad productiva– podían ser resueltas de manera contradictoria por el juez del concurso que aprobó su venta en unas condiciones predeterminadas y por los juzgados y tribunales laborales y contencioso-administrativos, en claro detrimento de la seguridad jurídica, desincentivando el recurso a esa figura. Y es que, de resultados de la regulación precedente y de la doctrina jurisprudencial social y contencioso-administrativa que la interpretaba, la entidad compradora podía verse obligada a asumir una carga laboral y de Seguridad Social muy superior a la que tuvo en cuenta a la hora de formular su oferta y a la establecida por el juez del concurso en el auto de adjudicación de la unidad productiva, lo que aparte de otras consideraciones podía poner en peligro la propia viabilidad del nuevo proyecto empresarial.

Como resaltó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña en Auto de 8 de julio de 2021 (concurso 516/2019) en referencia al TRLC, pero con argumentos que resultan aplicables a la reforma del 2022:

Conviene destacar ahora que las previsiones que incorpora el texto refundido están encaminadas a poner fin a las incertidumbres que se generaron en los últimos años como consecuencia de las tensiones entre los juzgados de lo mercantil y los órganos de la jurisdicción social; ello redundó en una reducción de los supuestos en los que se articularon, con éxito, transmisiones de unidades productivas en concurso. Si se pretende favorecer el mantenimiento del tejido empresarial, parece una buena solución potenciar las enajenaciones de unidades productivas mediante una delimitación certera de su perímetro.

La valoración que merece la reforma en materia competencial desde la perspectiva del concurso, de la continuidad de la actividad de la empresa, o de alguna de sus unidades de negocio, y de la salvaguarda del empleo, no puede ser en líneas generales sino positiva, sin que la nueva regulación pugne con lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que en sus artículos 2 a) y 3 j) encomienda a los órganos jurisdiccionales de ese orden el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y personas trabajadoras como consecuencia del contrato de trabajo, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley concursal, y excluye de su ámbito las pretensiones cuyo conocimiento

y decisión estén reservados por dicha ley a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. No hay que olvidar además que, conforme al mandato constitucional del artículo 117.3 de la Constitución española (CE), los jueces y tribunales ejercen su jurisdicción «según las normas de competencia y procedimiento que las mismas [leyes] establezcan».

A juicio de signo opuesto al expresado puede conducir la constatación de las consecuencias negativas para las personas trabajadoras que se vislumbran desde el punto de vista competencial y de la relegación de las salas de lo social de los TSJ y, por ende, del órgano de casación social, con los efectos negativos que ello conlleva, máxime si se tiene en cuenta que, frente a las ventajas que ofrece la venta de la unidad productiva, se alzan no solo los inconvenientes ordinarios y previsibles, sino también los que pueden generar comportamientos oportunistas o fraudulentos en perjuicio de las personas trabajadoras.

3.2. Razón implícita

En lo que respecta a su objetivo implícito, la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no ofrecen base suficiente para despejar las incógnitas que planearon sobre la decisión plasmada en el TRLC de dotar al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para apreciar la existencia de una sucesión de empresa, pero dejan claro que a partir del 17 de agosto de 2022 tal concesión no planteará ya problema alguno en lo que se refiere tanto a ese extremo como en lo que respecta a la delimitación del elemento laboral de la unidad productiva transmitida.

No procede analizar con detenimiento aquí los argumentos que respaldan la conclusión de que la atribución que en orden a la declaración de la existencia de la sucesión realizó el artículo 221.2 del TRLC excedió de la delegación conferida al Gobierno, al estar centrado este comentario en el escenario que se abre a partir de los cambios introducidos en la materia en 2022, pero resulta conveniente dejar constancia de tres extremos que se consideran de interés en la medida en que la cuestión va a seguir formando parte del debate judicial en los próximos meses.

El primer dato que debemos tener en cuenta es la posición favorable a la aplicación de la doctrina del *ultra vires* mantenida por las Salas de lo Social de los TSJ de Cataluña y Madrid en sus Sentencias de 7 de febrero y 30 de marzo de 2022 (recs. 6043/2021 y 165/2022). La primera, en un supuesto en que un trabajador cesado antes de la declaración del concurso amplió la demanda de despido contra la empresa que tiempo después adquirió la unidad productiva de su empleadora en el seno del concurso en fecha en que ya había entrado en vigor el TRLC. El juzgado de lo social se declaró incompetente para conocer de la pretensión deducida frente a dicha entidad y el tribunal de suplicación anuló la sentencia y devolvió los autos al órgano de instancia para que emitiese otra nueva sobre la base de que el precepto reseñado incurría en *ultra vires*, lo que determinaba su inaplicación y la vigencia de la doctrina jurisprudencial tradicional en la materia. La segunda resolución recayó en un litigio en el que después de que el juzgado de lo mercantil hubiese dictado

auto extinguiendo las relaciones laborales del personal de la concursada, que asumía la explotación de una cadena de clínicas dentales, determinadas unidades productivas fueron adjudicadas a un tercero, propietario de otro negocio similar. Un trabajador no subrogado presentó demanda frente al deudor y su sucesor en reclamación de los salarios impagados y la sentencia de instancia, ratificada en suplicación, condenó solidariamente a ambos, a pesar de que en el auto de adjudicación de las unidades productivas se estableció que la adquirente no se subrogaría en las liquidaciones o finiquitos pendientes de pago a empleados de las enajenadas que hubiesen causado baja con anterioridad.

Un segundo punto digno de consideración viene determinado, de un lado, por el contenido de la exposición de motivos de la LO 7/2022, en tanto advierte que:

[...] la incorporación a la Ley orgánica del Poder Judicial de materias que hasta ahora estaban en la ley ordinaria no es sino expresión de aquella regla según la cual las extensiones de jurisdicción de los juzgados de lo mercantil deben figurar necesariamente en la primera,

y de la regla 4.ª del apartado 2 del artículo 86 ter anteriormente glosada; y, de otro, por la previsión incorporada en el mismo sentido en el artículo 52 de la Ley 16/2022. De la afirmación contenida en el preludio de la ley orgánica y del contenido de las disposiciones señaladas cabe colegir con fundamento que la medida incorporada al artículo 221.2 del TRLC en su redacción original carecía de cobertura normativa adecuada, al no tener el TRLC valor de ley formal emanada de las Cortes Generales como para las normas con ese contenido exigen los artículos 24.2 y 117.3 de la CE, y el Tribunal Constitucional (Sentencias 101/1984, de 8 de noviembre, y 93/1988, de 24 de mayo), sin que la nueva regulación constituya un mecanismo válido de convalidación del vicio de *ultra vires* del que adolecía el precepto indicado en su versión inicial.

Por otra parte, de admitirse lo hasta aquí argüido, hay un tercer aspecto relevante, corolario de los precedentes, a propósito de las ventas de unidades productivas materializadas antes del 17 de agosto de 2022, o incluso de las producidas en el marco de concursos iniciados antes del 26 de septiembre de ese mismo año, dado el tenor de lo previsto en los epígrafes 1.º, 3.º y 5.º del apartado primero y del apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022; norma, cabe añadir, que no contiene ninguna disposición intertemporal al respecto, lo que aparte de su dudosa validez sería tanto como reconocer la ilicitud de la asignación que efectuó el RDleg. 1/2000.

Así las cosas, la pregunta que surge es la de si los juzgados de lo social que conozcan de litigios en los que la unidad productiva se transmitió, o el concurso se inició, con anterioridad a las fechas indicadas, pueden seguir asumiendo su competencia en virtud del criterio jurisprudencial social clásico. Interrogante que podría merecer una respuesta afirmativa a la vista de la doctrina de suplicación mencionada y del razonamiento adicional anteriormente expuesto. En este contexto transitorio, en lo que respecta al modelo competencial, resulta oportuno citar la Sentencia emitida por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 1 de

diciembre de 2021 (rec. 4427/2021), conociendo del recurso frente el auto del juzgado de lo social estimatorio de la demanda incidental de extensión de responsabilidad promovida por el ejecutante contra la empresa adquirente de la unidad productiva, pues en ella se rechazó la excepción de falta de competencia del orden social opuesta por la compradora, argumentando el tribunal que el TRLC entró en vigor con posterioridad a la compraventa de la unidad productiva de la concursada, lo que excluye la aplicación de lo dispuesto en su artículo 221.2 según el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 2.3 del Código Civil.

En cualquier caso, la complejidad del tema y el posible desconocimiento de las posibilidades que asisten a las personas trabajadoras no subrogadas para accionar, frente a la empresa adquirente, ante la jurisdicción social, por vía declarativa o ejecutiva, en reclamación de las cantidades adeudadas por la concursada de las que no se hace cargo el Fogasa conducen a relativizar el impacto real de esta problemática en la práctica forense.

4. Puntos clave de la reforma y problemas aplicativos

La atribución al juez del concurso de jurisdicción para declarar la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de una unidad productiva, así como para determinar en esos supuestos las relaciones laborales que integran la unidad transferida, constituyen las dos piezas clave de la reforma operada por la Ley 16/2022 en la materia que nos ocupa, si bien su repercusión trasciende el espacio competencial y conecta con los cambios introducidos en otras facetas sustantivas, como las referidas al propio concepto de sucesión de empresa y a las consecuencias de la transmisión, y procedimentales, como, entre otras, la relacionada con el informe de la Inspección de Trabajo, que como se ha advertido exceden del objeto de este comentario.

Conviene señalar que, en relación con el asunto que aquí se trata, el TRLC/2020 y la Ley 16/2022 instituyen un estatuto regulatorio único de la venta de la unidad productiva, que resulta de aplicación cualquiera que sea la fase del procedimiento concursal en que tenga lugar (Blanco García-Lomas, 2020).

4.1. Declaración de la sucesión de empresa

4.1.1. Ámbito de la competencia

El núcleo central de la reforma se concreta en conferir al juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente para declarar «la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas». En estos términos, coincidentes con los de la nueva regla 4.^a del artículo 86 ter.2

de la LOPJ, lo hace la correlativa del artículo 52.1 del TRLC en la redacción dada por la Ley 16/2022, frente a la expresión más amplia del artículo 221.2 del TRLC que, manteniendo la del texto original del RDleg. 1/2000, le reconoce la competencia única «para declarar la existencia de sucesión de empresa», sin efectuar ninguna indicación adicional.

La variación operada obliga a preguntarse si es meramente de detalle y no afecta a su contenido real, o puede tener otras implicaciones, esto es, si la previsión contenida en la LO 7/2022 e incorporada al precepto del TRLC dedicado específicamente a regular la jurisdicción del juez del concurso revela que la voluntad del legislador no es la de atribuirle la competencia para adoptar esa decisión en todo caso, sino de modo exclusivo respecto de las operaciones de transmisión de una unidad productiva como método de realización de los bienes y/o derechos que forman parte de la masa activa de la entidad concursada. La cuestión es importante y trascendente, pues, si así se entendiera, el juez mercantil no gozaría de competencia plena para dirimir si existe o no una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social fuera de ese concreto supuesto, competencia que correspondería en instancia a los jueces de lo social.

Situados en ese plano de análisis, se observa que, con anterioridad a la reforma de 2022, la literalidad del artículo 221.2 del TRLC, haciendo abstracción del posible *ultra vires*, podía llevar a pensar que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso le permitía dejar sentado, de forma definitiva e irrevisable, que el objeto de la venta era un conjunto de bienes y derechos de la masa activa, susceptibles de realización aislada o en globo, no organizados para la explotación de una actividad económica, no constitutivos, por tanto, de una entidad económica en funcionamiento real o potencial susceptible de venta unitaria con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de la actividad y las correspondientes consecuencias jurídicas en el plano laboral y de Seguridad Social.

Un ejemplo de ejercicio de esa potestad lo encontramos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 30 de noviembre de 2020 (concurso 42/2020) que aprobó el plan de liquidación de una sociedad del sector cárnico en el que se preveía la enajenación unitaria del inmueble propiedad de la concursada y de todos los elementos del inmovilizado material, como instalaciones técnicas, maquinaria y mobiliario. La Tesorería General de la Seguridad Social recurrió en apelación con el argumento de que se trataba de una unidad productiva y la Audiencia Provincial de Álava mediante Auto de 22 de julio de 2021 (rec. 473/2021) negó su existencia, habida cuenta de que: 1.º la actividad productiva que realizaba la concursada concluyó 2 años antes de la venta; 2.º en el interregno no se llevó a cabo ninguna labor de mantenimiento; 3.º no se transfirió el fondo de comercio ni existían contratos de trabajo en vigor; 4.º aun cuando dicha entidad tuviera la intención de continuar la misma actividad, los bienes adquiridos no serían suficientes para su inmediata puesta en marcha, requiriéndose una inversión en rehabilitación y mantenimiento o adquisición de nuevos bienes cuya magnitud no sería accesoria respecto del valor de aquello que recibió.

No obstante, la interpretación extensiva expuesta no se desprendía de la ubicación sistemática del artículo 221.2 del TRLC y, en la actualidad, dista del tenor de la regla 4.^a del artículo 52.1 que hace referencia exclusivamente a los casos de enajenación de una unidad productiva, no siendo posible extrapolarlo a otros distintos; tesis en cuyo favor milita también el argumento de que el carácter exclusivo y excluyente de la competencia del juez del concurso ha de ser objeto de interpretación estricta, no pudiendo extenderse más allá de los límites marcados legalmente. Todo ello permitiría afirmar que en un asunto como el resuelto por la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia anotada se abriría la posibilidad, en lo que aquí interesa, de que los juzgados de lo social, con ocasión de las demandas formuladas por antiguos empleados de la concursada frente al pretendido nuevo titular del negocio en reclamación de las indemnizaciones y los salarios adeudados, se apartasen de lo decidido, expresamente o por silencio, por el juez mercantil y declarasen que lo que se transmitió fue una unidad productiva y, por consiguiente, que se produjo una sucesión de empresa, con los efectos laborales inherentes, máxime si la compradora contrató, aunque fuese *ex novo*, a parte de la anterior plantilla³.

Otro caso que refleja la dimensión del problema aludido se encuentra en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de 18 de junio de 2021 (rec. 400/2021), resolutoria del recurso de suplicación promovido por los 7 trabajadores que integraban la plantilla de la concursada frente al auto por el que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas declaró extinguidos sus contratos por causas económicas. En el trámite de alegaciones del ERE concursal, los afectados manifestaron que existía una sucesión de empresa al haberse producido un traspaso de maquinaria y personal a otra mercantil; alegato que fue desestimado por el juez mercantil sobre la base de que no se había practicado ningún medio de prueba que permitiera concluir que se hubiese producido la referida transmisión, ni que esta afectase a una entidad económica que mantuviese su identidad; pronunciamiento que fue confirmado en suplicación. Ante este supuesto, se suscita nuevamente la duda de si los juzgados de lo social serían competentes para declarar la existencia de una sucesión de empresa y fijar sus efectos conociendo de reclamaciones como las reseñadas en el párrafo precedente.

4.1.2. Relevancia de la atribución de competencia

Más allá de la concreta temática analizada, y atendiendo ahora al supuesto específico al que se refiere la regla 4.^a del artículo 52.1 del TRLC en vigor, lo dispuesto en los

³ No comparten esta idea Muñoz Paredes y Díaz Llavona (2022, p. 209), para los que en aquellos casos en los que la operación de adquisición se ha calificado como una mera transmisión de activos cuando, en realidad, constituye una unidad productiva, o incluso en operaciones claramente fraudulentas, la última palabra la tiene el juez del concurso, habiendo perdido los jueces de lo social la competencia que ostentaban para determinar si, a pesar de la apariencia del negocio jurídico, debía apreciarse en él un supuesto de sucesión de empresa de acuerdo a lo previsto en el artículo 44 del ET. Si bien hay que señalar que esta exégesis se corresponde con la redacción del artículo 221.2 del TRLC anterior a la reforma de 2022.

artículos 200.2 y 221.1 del TRLC en el sentido de que una unidad productiva es un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoría, y que de procederse a su enajenación se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, no permite llegar a otra conclusión que no sea la de que la declaración de su concurrencia es un efecto automático de la aprobación de la venta de la unidad productiva, por imperativo legal, que no admite excepción alguna, o dicho en otras palabras su adjudicación determina necesariamente, siempre y en todo caso, una sucesión de empresa a los efectos indicados. Y ello, como advierte el Auto de 21 de octubre de 2021 (concurso 373/2021) del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, aunque nada se manifieste al respecto de manera expresa ni por el solicitante ni por la Administración concursal.

Interesa poner de manifiesto que, bajo la aparente simplicidad de la fórmula de atribución competencial utilizada, que podría llevar a pensar que nada relevante aporta, subyacen dos objetivos importantes que se proyectan sobre dos ámbitos diferentes. En primer lugar, se pretende evitar que el juez del concurso, en el caso de venta de una unidad productiva, pueda obviar que se ha producido una sucesión de empresa y excluir la responsabilidad que a efectos laborales y de Seguridad Social comporta para la entidad adquirente en los términos previstos por el artículo 224.1.3.º del TRLC. En segundo lugar, el carácter exclusivo y excluyente de la fijación jurisdiccional deja claro que la competencia plena para declarar la existencia de una sucesión de empresa en el supuesto señalado, con efectos tanto en el seno del concurso como fuera de él, como resalta Barros García (2021, p. 1.264), reside en el juez de lo mercantil. Esta reserva competencial elimina la posibilidad de que el juez social o contencioso-administrativo, al solventar una controversia en la que sea parte la adquirente de la unidad productiva, no se atenga a lo resuelto por el juez del concurso y establezca consecuencias jurídicas distintas. Se despejan así las nubes interpretativas originadas por la regulación anterior que obstaculizaban la venta de unidades productivas en el concurso, se garantiza la irreversibilidad de la decisión firme adoptada por el juez mercantil y se evita el planteamiento de conflictos de competencia o de jurisdicción.

4.2. Delimitación de la unidad productiva

El otro eje de la reforma en estudio es la atribución expresa de competencia al juez del concurso para delimitar el conjunto de activos y pasivos que integran la unidad productiva que se transmite. Conviene señalar, aunque pueda parecer obvio, que no es preciso que la unidad así definida tuviese existencia independiente y funcionase autónomamente como tal con anterioridad a la enajenación, pudiendo delimitarse *ad hoc* para facilitar su venta.

Entre los elementos de la unidad productiva que el juez del concurso está facultado para determinar figura el personal, esto es, en los términos que utiliza el artículo 221.2 del TRLC en su actual redacción, las relaciones laborales que la componen. Se puede sostener con fundamento que se trataba de una competencia implícita en la versión inicial del precepto,

deducible tanto de la asignada al juez del concurso para declarar la existencia de la sucesión de empresa, al ser necesaria para asegurar la plena efectividad de su ejercicio, como de la limitación de responsabilidad del adquirente incorporada por el artículo 224.1.3.º del TRLC, al disponer que las únicas deudas laborales y de Seguridad Social de la concursada a las que tiene que hacer frente son las contraídas con las personas trabajadoras de esa unidad productiva en cuyos contratos queda subrogado. Así lo venían haciendo pacíficamente los jueces del concurso. Sin embargo, el legislador, en aras de la seguridad jurídica, ha querido otorgarles jurisdicción en esa materia no solo de forma expresa y diferenciada de la referida a la declaración de la sucesión de empresa, sino con carácter exclusivo y excluyente, lo que impide a las personas trabajadoras acudir a los juzgados de lo social para expresar su discrepancia con la decisión adoptada al respecto por el juez del concurso.

La lectura de los artículos 52.1, regla 4.ª, y 221.2 del TRLC pone de relieve que a la hora de configurar la competencia reservada al concurso no se utiliza la expresión «delimitación del perímetro de la unidad productiva», que era la habitualmente empleada por los jueces mercantiles y las audiencias provinciales antes de la aprobación del TRLC, sino las expresiones «determinación de los elementos que la integran», o «delimitación de los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen», respectivamente. Trinidad Santos (2022, p. 5) ha justificado esta diferencia con el argumento de que la teoría de la delimitación del perímetro de la unidad productiva «era una construcción judicial que consistía en contener la responsabilidad solidaria del adquirente a la deuda laboral y de Seguridad Social de los contratos en los que se subrogaba al adquirir la unidad productiva»⁴, como mantiene también Escolá i Besora (2022) al equiparar la delimitación del perímetro de la unidad productiva con la limitación de la sucesión de empresa a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los contratos de trabajo en vigor. Frente a esa concepción, de la actual ordenación en la materia se desprende que la atribución de competencia al juez del concurso para acotar la unidad productiva objeto de enajenación tiene un significado y un alcance distinto y más amplio que el precedente.

Bajo un prisma de análisis diferente, la mención expresa del elemento laboral como uno de los factores esenciales a considerar en el momento de definir la unidad productiva es lógica si se tiene en cuenta que la competencia que se otorga al juez del concurso lo es para decretar la existencia de una sucesión de empresa «a efectos laborales y de Seguridad Social» y que tal declaración debe efectuarla siempre que enajene una unidad productiva, entendida como un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica, lo que implica que en la fecha del traspaso tal unidad debe contar con una infraestructura personal propia y viva, indispensable para la explotación del negocio. De no ser así, el objeto de

⁴ Al respecto, Rodríguez Achútegui (2021, p. 1.136), después de glosar esa teoría, señala que queda incorporada legalmente en el artículo 224.1.3.º, en relación con el artículo 221 del TRLC, pues se limita la eventual responsabilidad por declararse la existencia de la sucesión de empresa a los contratos de trabajo que se asumieron al adquirir la unidad productiva, y no todos los demás.

la venta no sería un conjunto de la índole señalada, sino determinados activos materiales y/o inmateriales aislados que forman parte del patrimonio de la concursada y que están o estuvieron afectos en su día a la actividad económica que realizaba, pero que desde el punto de vista laboral no constituyen una unidad productiva susceptible de ser transmitida como tal. Esta interpretación viene respaldada por el contenido de los artículos 218.4.º, 220.1, 222.1 y 224.1.3.º del TRLC, lo que no significa que, como anteriormente se ha expuesto, la calificación realizada por el juez del concurso no pueda ser revisada posteriormente por los jueces de lo social teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las vicisitudes posteriores a la enajenación.

Por otra parte, el hecho de que sea el juez del concurso el que adopte la decisión final sobre la delimitación de la unidad productiva objeto de transmisión no debe llevar a ignorar la influencia decisiva que ejerce la configuración previa elaborada, bien por la concursada con la colaboración de la Administración concursal, bien por esta última, o, en su caso, por el experto designado para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, a lo que se suma el resultado de las negociaciones mantenidas con los potenciales adquirentes⁵. El propósito principal que inspira la labor indicada es adecuar la estructura de la plantilla a variables tales como el concreto tipo de actividad que se va a desarrollar a partir de la venta, el volumen de negocio previsto, los nuevos métodos de organización y explotación, la optimización de los recursos y, en definitiva, ajustarla a las necesidades de mano de obra de la unidad productiva conformada. Junto a este designio, se vislumbra otro no menos primordial para los oferentes, cual es el de tener un exacto conocimiento de las deudas laborales y de Seguridad Social pendientes de cuya satisfacción se van a hacer responsables.

Claro está que el contenido de las ofertas en lo que respecta al elemento personal de la unidad productiva puede estar muy alejado, como se refleja en el Auto de 25 de mayo de 2021 (concurso 430/2020), mediante el cual el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Mallorca adjudicó la unidad productiva de Perlas Majorica, en el que las ofertas formuladas iban desde mantener 174 puestos de trabajo de los 277 que constituían la plantilla del deudor a conservar únicamente 96. En dicha resolución se deja constancia de la propuesta de la Administración concursal que, además de prever la apreciación de la solvencia y trayectoria empresarial, contemplaba dos criterios de valoración a ponderar de forma conjunta –la mayor satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial y el empleo– en los que se condensan las dos finalidades esenciales de un concurso de acreedores. Finalmente, atendiendo a esas directrices, el juzgado autorizó la transmisión de la unidad productiva con el perímetro fijado en la solicitud inicial del procedimiento de venta.

Sin abandonar el escenario descrito, surge una pregunta que, aunque parezca simple, no podemos soslayar, acerca de si el juez del concurso puede aceptar una propuesta en la

⁵ Como señala Cano Marco (2020, p. 324): «la unidad productiva puede ser modulada igualmente por el adquirente cuando en la oferta de empleo que debe realizar conforme al art. 218 TRLC concrete los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidas en la oferta».

que el interesado en la compra de una unidad productiva manifieste que no contempla la subrogación directa de personas empleadas, por disfrutar de unas condiciones laborales muy superiores a las del sector, lo que constituye la causa principal de la pérdida de competitividad y de la situación económica por la que atraviesa la empresa, si bien una vez aprobado el ERE extintivo total, ofrecerá a un determinado número de aquellas una nueva contratación en términos que permitan relanzar la actividad. La respuesta que merece una oferta planteada en esos términos, o en otros similares que descarten la asunción de ninguna responsabilidad a efectos laborales, debe ser negativa en la medida en que el ordenamiento jurídico ofrece las herramientas necesarias para superar situaciones análogas a la relatada, como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la que alude expresamente el artículo 220.1 del TRLC y que otra solución contravendría frontalmente los artículos 221.2 y 224.1.3.º del TRLC. Esta conclusión no resulta desvirtuada por la enigmática mención a «las indemnizaciones pendientes de pago» que contiene ese último precepto, que, de aludir a las indemnizaciones por despido anteriores a la enajenación, obedece previsiblemente a un error, pues los créditos de esa naturaleza a los que hace frente el Fogasa son los de las personas trabajadoras en cuyos contratos laborales no se subroga el adquirente.

En lo que respecta a la forma concreta en que el juez del concurso procede a materializar finalmente la delimitación del elemento personal, la misma puede variar, aunque lo más común es que la lleve a cabo mediante la elaboración de un listado de las personas trabajadoras que componen la unidad productiva, identificadas nominativamente, con expresión de la antigüedad y del salario de cada una de ellas, así como de su grupo profesional y categoría profesional en su caso, si bien no cabe descartar otras fórmulas en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto de que se trate.

5. Determinación de la unidad productiva y extinción colectiva de relaciones laborales

5.1. Planteamiento general

El ejercicio por parte del juez del concurso de la facultad de delimitar las relaciones laborales que componen la unidad productiva objeto de transmisión comporta, en el supuesto más habitual en la práctica de que las incluidas en su perímetro no sean todas las que conforman la plantilla de la concursada, o todas las dedicadas a atender la línea de negocio transferida, la necesidad de amortizar los puestos de trabajo de las personas empleadas en las que el adquirente no se va a subrogar, lo que en la hipótesis más común de que el número de las excluidas alcance los umbrales establecidos en el artículo 51.1 del ET hará necesario que la Administración concursal, o la representación de las personas trabajadoras, soliciten la incoación de un expediente de extinción colectiva de contratos de trabajo, por causas económicas, y productivas en su caso, que se tramitará conforme a las reglas establecidas en los artículos 169 y siguientes del TRLC, a las que remite el artículo 220.2 del TRLC.

El cómo y el cuándo se articula la relación entre la enajenación de la unidad productiva, en especial en su dimensión personal, o la previsión de que se lleve a cabo, y la extinción colectiva de contratos, están sujetos a una amplia variabilidad. En ocasiones, la decisión adoptada en el ERE concursal, de manera previa o simultánea a la enajenación de la unidad productiva, y en muchos casos teniendo presente la viabilidad de esa operación, es la que servirá para trazar, por exclusión, el círculo de personas trabajadoras que ha de asumir la empresa que se va a hacer cargo de la explotación, circunscrito a quienes sigan formado parte de la plantilla de la unidad económica en el momento en que se formalice su venta por permanecer vigente el vínculo contractual con el deudor. Obligación de subrogación que ni con anterioridad ni con posterioridad a la entrada en vigor del TRLC y de su reciente reforma se extiende a los empleados/as que antes de que se materialice la enajenación de la unidad de negocio delimitada en sede concursal habían sido arrojados extramuros de su perímetro y quedaron, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la normativa sucesoria del artículo 221.4.3.º del TRLC que, en lo que a la consecuencia subrogatoria se refiere, encuentra fundamento en el hecho de que su operatividad está condicionada a que la relación laboral esté viva al tiempo de la transmisión; requisito que no se cumple si previamente se ha extinguido en virtud de una resolución judicial que, como preceptúa el artículo 183 del TRLC, surte efectos constitutivos desde la fecha en que se dicta, salvo que en ella se disponga otra fecha posterior. Por lo demás, no cabe descartar que la solicitud de incoación del ERE concursal vaya acompañada de la aportación del acuerdo alcanzado por la Administración concursal y la representación del personal con ocasión de las conversaciones mantenidas sobre el plan de venta de la unidad productiva y la procedencia de extinguir los contratos de trabajo del personal no adscrito a la misma, lo que de existir consenso al respecto hará innecesaria la convocatoria del periodo de consultas.

Otras veces, consumada ya la enajenación de la unidad productiva, el ERE concursal se sustancia para poner fin a los contratos de trabajo del personal que quedó excluido del contorno de aquella, como en el caso que resolvió el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona mediante Auto de 6 de agosto de 2021 (concurso 1556/2020), en el que después de que se hubiese efectuado la venta judicial de un hotel, en cuyo perímetro figuraban 12 trabajadores en cuyos contratos se subrogó la adquirente, se tramitó ERE concursal para extinguir los contratos de los 14 empleados restantes. Tal medida fue aprobada judicialmente al entender acreditadas las causas económicas aducidas para justificarla y considerarse infundada la alegación de los representantes en el sentido de que la unidad resultante no podría funcionar con los trabajadores incorporados por la compradora, argumentando frente a ello el magistrado que había quedado probada la externalización de determinados departamentos, así como que en la actualidad el hotel estaba funcionando exclusivamente con el personal subrogado. Finalmente, el juez razona que la cuestión relativa a los trabajadores incluidos en la unidad transmitida y a los afectados por el ERE quedó resuelta al delimitar el perímetro de venta de la unidad productiva. Esta consideración es de gran interés, en tanto expresa con claridad la vinculación existente entre ambas decisiones en casos como el comentado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe quedar claro que los escenarios de articulación y armonización en los que pueden confluír la delimitación del perímetro personal de la unidad productiva y la extinción colectiva de contratos de trabajo no se agotan en los descritos, aunque sean los más frecuentes, existiendo otros alternativos, como el que dibuja el Auto de 26 de abril de 2021 (concurso 1755/2020), del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Barcelona, que autorizó la extinción, por causas económicas, de todos los contratos de la entidad en concurso con una indemnización de 20 días por año trabajado con un límite de 12 mensualidades, con la apostilla de que el cese se efectuaría de forma escalonada a fin de que se pudieran finalizar los trabajos pendientes en interés del concurso y se solventara el procedimiento de venta de la unidad productiva.

5.2. Acciones ejercitables por las personas trabajadoras y sus representantes

En la medida en que el contorno personal de la unidad productiva fijado por el juez mercantil predetermina o condiciona la decisión que le corresponde adoptar en el ERE concursal, tanto si este se tramita cuando ya se ha consumado la transmisión como si se anticipa, resulta conveniente analizar las acciones que las personas trabajadoras de la concursada, y sus representantes, pueden promover para la defensa de los derechos laborales de los que se consideren asistidos tanto frente al auto de adjudicación de la unidad de negocio definida judicialmente como contra el que recae en el ERE concursal fundando su impugnación en la temática referida a la sucesión de empresa, de manera que permita verificar el impacto real de la reforma y detectar posibles problemas, así como en su caso realizar propuestas orientadas a su solución.

5.2.1. Acciones frente al auto de adjudicación de la unidad productiva

En su versión original, el artículo 216 del TRLC disponía en su epígrafe 4 que «contra el auto que acuerde la realización de los bienes y derechos de la masa activa a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada no cabrá recurso alguno»; apartado que ha sido suprimido por la Ley 16/2022, al igual que el número 2, de lo que se colige que, de conformidad con lo previsto en el artículo 546 del TRLC, también en la redacción dada por la Ley 16/2022, contra la decisión que adopte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que el TRLC otorgue expresamente recurso de apelación. Pues bien, salvo error de búsqueda, no se encuentra ninguna norma que lo conceda en esta materia. Lejos de ello, la nueva versión del artículo 422.3 del TRLC, en el marco concreto de las operaciones de liquidación, previene que «contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, no cabrá recurso alguno».

Comporta lo expuesto que los tribunales de suplicación, y el órgano de casación social, carecen de competencia para conocer en trámite de recurso de la problemática laboral generada por las condiciones en las que el juez del concurso procede a enajenar la unidad productiva; control que tampoco pueden ejercer en el ámbito de un hipotético incidente concursal en materia laboral que, según establece el artículo 541.1 del TRLC, solo puede tener por objeto el auto que decida sobre 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 (causas ETOP) que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de personas trabajadoras que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estas.

Por tanto, el mecanismo procesal al que podrían acudir, en su caso, las personas trabajadoras y sus representantes para oponerse al auto por el que se adjudica la unidad productiva, tanto si la enajenación se acuerda mediante resolución independiente como si se hace en el auto que apruebe el plan de liquidación, sería el incidente concursal general que regulan los artículos 532 y siguientes del TRLC, y contra la resolución que recayese en el mismo, tendrían la opción de formular recurso de apelación ante la audiencia provincial.

De cuanto se deja dicho se obtiene una doble conclusión. La primera es que el legislador ha querido excluir a la jurisdicción social del conocimiento de unas materias tan relevantes como son la declaración de la existencia de la sucesión de empresa y sus efectos y la delimitación del elemento laboral de la unidad productiva. Y, la segunda, que, en lo que respecta a esas cuestiones, el juez del concurso no interviene como un órgano encuadrado en la jurisdicción social sujeto al control de las salas de suplicación y, en último término, de la Sala 4.^a del TS.

A las consideraciones precedentes hay que añadir que la LO 7/2022, siguiendo la senda abierta por el TRLC/2000, ha suprimido la prevención del artículo 86 ter de la LOPJ en su redacción anterior, según la cual «en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral». Lo único que se recoge ahora en el artículo 169.2 del TRLC es que en todo lo no previsto en la subsección en la que se regulan las medidas de regulación de empleo colectivas y la extinción y suspensión de los contratos del personal de dirección se aplicará la legislación laboral.

En otro orden de ideas, y aunque no guarde relación directa con el tema concreto objeto de análisis, hay que dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 220.1 del TRLC en el sentido de que «las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de 15 días, de los representantes de *los trabajadores, si existieran*». En este trámite podrán formular las observaciones que consideren pertinentes, que no tienen que estar limitadas a los aspectos laborales y de Seguridad Social, así como eventuales propuestas, suscitándose la

duda de si se tendrá que recabar también su opinión cuando la oferta de la adquisición de la unidad productiva tenga lugar con posterioridad a dictarse el auto de extinción colectiva de la totalidad de las relaciones laborales de la concursada.

5.2.2. Impugnación colectiva o individual del auto extintivo concursal

5.2.2.1. Observaciones preliminares

Desde la perspectiva competencial, los cambios introducidos por la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no han tenido implicaciones novedosas sobre los instrumentos procesales con los que cuenta la representación del personal, y/o las personas empleadas afectadas, para poner en cuestión la acomodación a derecho de la decisión del juez del concurso de aprobar la extinción total o parcial de contratos de trabajo en el marco de un ERE sustanciado en la forma prevista en los artículos 169 y siguientes del TRLC.

Los mecanismos procesales que la legislación concursal pone a disposición de los sujetos colectivos y de las personas trabajadoras individuales son los regulados en los artículos 551 y 541 del TRLC. El primero de dichos preceptos dispone que, contra el auto que decida sobre el despido colectivo por causas ETOP, la representación de las personas trabajadoras podrá interponer recurso de suplicación que se tramitará y resolverá ante los órganos jurisdiccionales del orden social, mientras que el segundo establece, en lo que aquí interesa, que las acciones deducidas por las personas trabajadoras contra el auto que decida sobre el despido colectivo por causas ETOP se dilucidarán por el trámite del incidente concursal en materia laboral, que finalizará mediante sentencia, frente a la que, como especifica el artículo 551.1 del TRLC, cabe interponer recurso de suplicación.

La reciente reforma no ha alterado este esquema, como tampoco lo hizo el RDleg. 1/2020 que, sin embargo, efectuó una modificación en el objeto del incidente concursal laboral que adquiere gran trascendencia en la materia que nos ocupa, por lo que resulta oportuno detenerse en ella. Al respecto, es de ver que bajo la vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, el objeto de las pretensiones ejercitables por el conducto del incidente concursal laboral se circunscribía a aquellas cuestiones que estuviesen referidas estrictamente a la relación jurídica individual, lo que dejaba fuera las referidas a la sucesión de empresa que tuviesen proyección general. Ahora, el artículo 541 del TRLC no impone limitación alguna, lo que implica, aunque no son pocos los autores que discrepan de esta interpretación, que por esa vía se pueden suscitar cuestiones que sobrepasen el ámbito estricto de la relación individual, sin perjuicio de que la sentencia únicamente tenga efectos respecto de la persona trabajadora o personas trabajadoras demandantes.

Se trata de un cambio muy relevante introducido por el RDleg. 1/2020, que no se ha visto afectado por la última reforma, y convirtió ese cauce en una herramienta de reacción frente al auto emitido en el ERE concursal más garantista, equiparando a las personas

trabajadoras incluidas en el mismo con las concernidas por el despido colectivo acordado por una empresa no inmersa en concurso. De esta forma, junto a cuestiones de carácter individual, podrán suscitar otras susceptibles de incidir indistintamente en todas las personas empleadas comprendidas en el auto, como las atinentes a la sucesión de empresa y sus efectos.

En virtud del diseño legal, que encuentra amparo orgánico en la LOPJ, al juez mercantil le corresponde conocer, en el marco del ERE concursal, las cuestiones que puedan suscitar los representantes del personal en torno a la problemática de la sucesión de empresa, con eventual repercusión en la resolución que ha de dictar en dicho expediente. Se trata de una temática que se incardina en el ámbito interno de la decisión del juez mercantil en el procedimiento de extinción colectiva. Asimismo, le compete solventar los incidentes que formulen las personas trabajadoras cesadas en los que se plantee ese asunto. Por su parte, la discrepancia con lo que haya resuelto en ese punto el juez del concurso en el auto emitido en el ERE o en la sentencia que pone fin al incidente concursal laboral, respectivamente, se canaliza a través del recurso de suplicación frente al auto o la sentencia, también respectivamente.

Una circunstancia que conviene resaltar es que ambas vías son compatibles y susceptibles de ejercicio simultáneo por los sujetos legitimados para su ejercicio, sin que el TRLC establezca reglas de coordinación entre ellas, lo que genera una serie de interrogantes en relación con el canal individual de gran significado y trascendencia.

El primero de ellos se refiere a la fecha de inicio del cómputo del plazo de 30 días que para la presentación de la demanda incidental laboral habilita el artículo 541.1 del TRLC. La legislación concursal no contiene unas reglas específicas como las recogidas en el artículo 124.13 de la LRJS en función de que el despido colectivo haya sido impugnado o no por la vía colectiva. Según se estipula en dicho precepto, en el primer caso, el plazo para la impugnación individual da comienzo, en lo que ahora importa, desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, sin perjuicio del derecho que asiste a la persona trabajadora para ejercitar la acción antes de que se presente la demanda colectiva o mientras se sustancia la misma, lo que, como advirtió la Sala 4.^a del TS en la Sentencia de 28 de febrero de 2018 (rec. 1033/2016), resulta conveniente ante la posibilidad de que la persona trabajadora no tenga conocimiento de la finalización del proceso colectivo con tiempo suficiente para accionar individualmente antes de que caduque su acción. En el segundo supuesto, el plazo empieza a correr una vez ha transcurrido el de caducidad de 20 días del que disponen los representantes de las personas trabajadoras para el ejercicio de la acción colectiva. Se puede sostener que estas reglas rigen también en el incidente concursal laboral por estar sujeto a la misma dinámica, pero lo prudente para evitar sorpresas irremediables es formular la demanda incidental dentro del plazo marcado legalmente, haciendo abstracción del posible ejercicio de la acción colectiva por parte de los representantes del personal.

La segunda duda que surge es si, en el caso de que alguno o algunos de los sujetos legitimados al efecto hayan entablado recurso de suplicación contra el auto recaído en el ERE concursal, el incidente concursal laboral se debe detener hasta que devenga firme la resolución que decida dicho recurso. Así lo dispone el artículo 51.6 del ET en el ámbito extraconcursal al señalar que la interposición de la demanda de despido colectivo por la representación de las personas trabajadoras paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella. El más elemental parámetro de la lógica aboca a concluir que la misma solución deberá seguirse en relación con el incidente concursal laboral. Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona en el Auto emitido el 8 de septiembre de 2022 (inc. 49/2022) se inclinó por otra alternativa en un supuesto en el que 3 trabajadores formularon demanda incidental en la que, entre otras pretensiones, solicitaron que se declarase la responsabilidad solidaria de la sociedad que adquirió la unidad productiva en el pago de las indemnizaciones adeudadas por la concursada. El magistrado razonó que ya había abordado esa cuestión en el auto de extinción de las relaciones laborales frente al que pendía recurso de suplicación y apreció la excepción de litispendencia con base en lo dispuesto en el artículo 427 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) acordando el archivo de las actuaciones. Llama la atención la clase de resolución que utilizó para resolver el incidente y que en su parte dispositiva informara a las partes que contra la misma cabía interponer recurso de apelación ante la audiencia provincial.

La tercera pregunta que se presenta versa sobre la aplicabilidad en el incidente concursal laboral de la regla 2.ª del artículo 124.3 b) de la LRJS en tanto previene que la sentencia firme dictada en el proceso colectivo tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que su objeto quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda de despido colectivo. La misma previsión debería aplicarse, por apreciarse identidad de razón, en el marco concursal.

Después de esta visión general sobre el sistema de reparto competencial que el legislador ha establecido en lo que respecta al ERE concursal, se profundiza a continuación en el estudio de la doctrina jurisprudencial social que lo interpreta y de las resoluciones más recientes dictadas por los jueces de lo mercantil y por las salas de lo social de los TSJ que guardan relación con la problemática de la sucesión de empresa, con la vista puesta en comprobar el alcance del control que efectúan los tribunales de suplicación y verificar las posibilidades reales que tienen las personas trabajadoras y sus representantes de defender sus intereses.

5.2.2.2. Doctrina jurisprudencial y su vigencia tras la reforma de 2022

Atendiendo al enfoque expresado y centrándonos en el aspecto que ahora interesa, se observa que, antes de la reforma que se comenta y con anterioridad también al TRLC, la competencia para el conocimiento de las acciones colectivas promovidas por la representación legal de las personas trabajadoras de la entidad deudora contra el auto dictado por

el juez mercantil en el ERE concursal basadas en la existencia de una sucesión de empresa le correspondía, a través del recurso de suplicación, a las salas de lo social de los TSJ, de forma que los órganos de la jurisdicción social carecían de competencia para conocer en instancia de la impugnación de dicha resolución por el cauce de la modalidad procesal de despido colectivo.

Así lo declaró el órgano de casación social en la Sentencia de 21 de junio de 2017 (rec. 18/2017), dictada en Sala General, enjuiciando la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por los representantes del personal frente a la comunicación realizada por el administrador concursal a los trabajadores de la empresa relativa a la extinción de sus contratos de trabajo al amparo del auto del juzgado de lo mercantil que autorizó la extinción de la totalidad de las relaciones laborales. La demanda se dirigió frente a la empresa declarada en concurso y otras sociedades y personas físicas no concursas en situación de insolvencia, por configurar, a entender de los accionantes, un grupo patológico del que se derivaría la responsabilidad por la extinción de los contratos de trabajo de los implicados. La Sala 4.^a razonó que esa cuestión pudo –y debió– ser suscitada en el periodo de consultas ante el juez del concurso y que, en todo caso, la única vía colectiva hábil para cuestionar la acomodación a derecho de la decisión extintiva autorizada por el auto del juez mercantil era el recurso de suplicación frente a dicha resolución.

El mismo criterio aplicó la Sala de lo Social del TS en la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (rec. 1352/2016), conociendo de la demanda individual de despido formulada por un trabajador cuyo contrato había quedado resuelto por el auto recaído en el ERE concursal, frente a 30 sociedades mercantiles, de las que 7 se hallaban en situación de concurso, con la pretensión de que se declarara su derecho a percibir la indemnización de 45 días de salario por año trabajado correspondiente a la extinción de la relación laboral y se declarara, asimismo, la existencia de un grupo laboral patológico integrado por todas las codemandadas con la consiguiente condena solidaria de las mismas al abono de la indemnización postulada. La Sala 4.^a concluyó que el juzgado de lo social carecía de competencia para conocer de la demanda, sin perjuicio de la competencia de la sala de lo social del TSJ para conocer el eventual recurso de suplicación que, en su caso, se formulara frente a la resolución del juez de lo mercantil recaída en el incidente concursal laboral que se pudiese plantear.

A igual solución llegó el TS en la Sentencia de 13 de enero de 2022 (rec. 4804/2018), conociendo de las demandas individuales de despido formuladas por varios trabajadores cesados en un ERE concursal, dirigidas frente a su empleadora y otras entidades no concursas en concurso, por constituir un grupo de empresas laboral, dándose la circunstancia de que el juzgado de lo mercantil, en el auto en el que acordó la extinción colectiva de los contratos, consideró que esa cuestión debía ventilarse en procedimiento declarativo distinto del incidente concursal en materia laboral. La sala de casación dictaminó que el conocimiento del asunto le incumbía al juzgado de lo mercantil por el cauce del incidente concursal laboral. Y ello, cabe añadir, aunque la Sala 4.^a no se pronunció al respecto, a pesar de la advertencia efectuada por el juez del concurso, que de reiterarse en la sentencia resolutoria del incidente podría ser recurrida en suplicación por los afectados.

Y la misma posición adoptó la Sala de lo Social del TS en Sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 3376/2020), en un asunto similar al que se acaba de reseñar, concluyendo que el juzgado de lo social no tenía competencia para conocer de la impugnación de la extinción individual del contrato promovida por quien fue incluido en el despido colectivo concursal, aunque alegase la concurrencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

La doctrina expuesta, aun referida específicamente a las acciones colectivas o individuales frente al auto recaído en el ERE concursal basadas en la existencia de un grupo de empresas laboral, resulta trasladable, al apreciarse identidad de razón y no concurrir particularidades que den cobertura a otra solución, al supuesto en el que las personas trabajadoras cuya relación ha quedado extinguida en virtud del ERE concursal, y/o sus representantes, ejercitan una acción de impugnación de despido, individual o colectiva, ante los órganos de instancia de la jurisdicción social frente a la entidad declarada en concurso, y un tercero que no se encuentra en situación de insolvencia, con sustento jurídico en la existencia de una sucesión de empresa derivada de la venta de una unidad productiva en sede concursal.

Es verdad que, en la Sentencia de 2 de julio de 2020 (rec. 119/2018), la Sala 4.^a llegó a otra conclusión, pero lo resuelto en ella no responde a la voluntad de aplicar en los supuestos de sucesión de empresa un criterio diferente del seguido respecto de los grupos de empresa, sino que se explica por la complejidad que reviste esta temática, de lo que constituye, asimismo, muestra la Sentencia de 26 de septiembre de 2019 (rec. 1658/2017), en la que esa misma sala declaró la competencia del juzgado de lo social para conocer de las demandas individuales de despido presentadas por unos trabajadores cuyos contratos habían quedado extinguidos en el ERE concursal basadas en la existencia de un grupo de empresas laboral entre la concursada y las codemandadas.

Nótese que la razón por la que el órgano de casación social negaba la competencia del orden social para enjuiciar, en la instancia, esa clase de pretensiones no radicaba en su falta de jurisdicción para declarar la existencia de un grupo de empresas patológico y establecer los efectos correspondientes, sino en el hecho de que, una vez aprobado el despido colectivo por el juez del concurso, las personas incluidas que entendiesen perjudicados sus intereses, y sus representantes, debían hacer valer sus derechos en el incidente concursal laboral o en el recurso de suplicación, respectivamente; consideración que resulta extensible a la sucesión de empresa.

Como se ha adelantado, la nueva regulación instaurada por la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no incide en el aspecto que nos ocupa, aplicándose, por tanto, el régimen previsto en el RDleg. 1/2020, que, a su vez, no difería del establecido en la Ley concursal de 2003, y manteniendo su vigencia la doctrina jurisprudencial de la que se ha dado cuenta, de manera que la pretensión impugnatoria del auto en el que el juzgado de lo mercantil acuerda la extinción colectiva de contratos de trabajo, aun fundamentada jurídicamente en las previsiones legales referidas a la sucesión de empresa, tanto si deriva de la venta de una unidad productiva en sede concursal como si se produce en virtud de otro mecanismo, deberá ser encauzada,

bien por la vía colectiva a través del recurso de suplicación que se interponga frente a la referida resolución, bien individualmente, por las personas trabajadoras afectadas, utilizando el cauce del incidente concursal en materia laboral que se solventara mediante sentencia recurrible en suplicación.

5.2.2.3. Control en suplicación de las decisiones adoptadas por el juez mercantil en el ERE y el incidente concursal laboral relacionadas con la sucesión de empresa

1.º Importancia del tema

El control que en esta materia pueden ejercer las salas de lo social de los TSJ con ocasión de los recursos de suplicación de los que les corresponde conocer, interpuestos contra el auto resolutorio del ERE concursal por los sujetos colectivos y/o contra la sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil en el incidente concursal laboral promovido por las personas trabajadoras afectadas por la medida, es una cuestión cuya importancia se hace evidente debido a dos factores interrelacionados a los que se ha hecho mención anteriormente: de un lado, la función instrumental que desempeña el ERE concursal en el contexto de la venta de la unidad productiva; de otro, el sistema de recursos frente a las resoluciones en las que el juez del concurso acuerda la adjudicación de la unidad productiva, que no permite a las salas de lo social de los TSJ intervenir de manera frontal y directa, en vía de recurso de suplicación, sobre cuestiones tales como la dotación personal de la unidad enajenada, a cuyas personas trabajadoras se contrae la obligación de subrogación, y los efectos laborales de la transmisión.

La conjunción de ambos elementos y su enorme repercusión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas trabajadoras y de la intervención de la jurisdicción social en un fenómeno laboral tan importante hace necesario analizar si el recurso de suplicación frente al auto extintivo o contra la sentencia emitida en el incidente concursal laboral ofrece a los representantes del personal al servicio del deudor y a las trabajadoras y trabajadores afectados por el ERE concursal, respectivamente, la posibilidad de plantear de manera efectiva y con posibilidades de éxito su disconformidad con la medida extintiva aprobada por el juez mercantil en una situación caracterizada por la necesidad de adaptar la plantilla de la concursada a las actuaciones desarrolladas en aras de la venta de la unidad productiva, y a la sala de lo social del TSJ cumplir de manera apropiada y satisfactoria la labor revisora legalmente atribuida.

2.º Impugnación colectiva

Dado que en la faceta que nos ocupa, y en lo que al cauce colectivo se refiere, la regulación aplicable no experimentó variación con el TRLC y tampoco con la reforma operada

en 2022, resulta de interés analizar las sentencias en las que las salas de lo social de los TSJ han abordado expresamente el problema de la sucesión de empresa a fin de poder responder con más elementos de juicio a la pregunta enunciada.

Pues bien, el primer dato destacable es el reducido número de sentencias que se han enfrentado a ese tema, lo que al menos en parte podría encontrar explicación en el hecho de que en el marco de la venta de la unidad productiva es más fácil lograr un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras para la extinción de los contratos en los que no se subroga el adquirente, sin descartar la incidencia que puede tener la secuencia temporal de los acontecimientos en la medida en que la enajenación se formalice después de haberse emitido la resolución dictada en el ERE concursal que se impugna en suplicación. Por otra parte, no hay que olvidar la limitación inherente al carácter extraordinario del recurso que impide el planteamiento de cuestiones nuevas que no hayan sido suscitadas y debatidas en la instancia.

El tamaño de la muestra disponible impide extraer unas mínimas conclusiones al respecto. Sin embargo, puede aventurarse que las expectativas reales de obtener una sentencia estimatoria son muy pequeñas. Exponente de ello es la paradigmática Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 16 de enero de 2014 (rec. 4753/2013), que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por los miembros de la comisión representativa *ad hoc* que intervino en el periodo de consultas, finalizado sin acuerdo, contra el auto en virtud del cual el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona acordó extinguir por causas económicas los contratos de 68 empleados y desafectar del ERE a otros 24, todos ellos identificados nominativamente, después de haber sido autorizada la venta de la unidad productiva, apreciándose sucesión de empresa a efectos laborales respecto de los mismos. Entre los motivos de impugnación del auto, los recurrentes denunciaron la infracción, por inaplicación, del artículo 44 del ET en sus apartados 1 y 2, así como de la Directiva comunitaria 23/2001, conforme a los cuales lo que procedía según su criterio era la subrogación de toda la plantilla de personal por parte de la empresa adquirente. La sala de suplicación desestimó el motivo argumentando que correspondía a la Administración concursal la elección de los trabajadores incluidos en el ERE y al juez del concurso aprobar el plan de liquidación propuesto y dictar el auto de adjudicación, estando facultado para pronunciarse sobre las condiciones de enajenación de la unidad productiva y, entre ellas, para determinar la subrogación parcial de los contratos de trabajo del personal de la empresa, no habiéndose acreditado, además, que la selección de los trabajadores desafectados se hubiese realizado en fraude de ley o con abuso de derecho o por móviles discriminatorios. El argumento principal que emplea la sentencia para rechazar el recurso resulta reforzado tras la reforma de 2022 que atribuye al juez del concurso la competencia para delimitar los elementos que conforman la unidad productiva que se transmite.

Un supuesto diferente, pero con un resultado final parecido, es el que enjuició la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en Sentencia de 19 de junio de 2019 (rec. 137/2019), resolviendo el recurso de suplicación formalizado por un sindicato contra el auto recaído en el

ERE concursal que alcanzó a los 244 trabajadores de la plantilla, pertenecientes a diferentes centros de trabajo, fundado en causas económicas y cuyo periodo de consultas concluyó con acuerdo con la comisión representativa integrada por las secciones sindicales de la empresa. En dicho pacto, y en lo que respecta a los empleados afectos a unidades productivas que aún presentaban posibilidades de enajenación, se estableció que la extinción de los contratos de las personas trabajadoras adscritas a las mismas, que se relacionaban, se produciría cuando quedase descartada la posibilidad de venta de dichas unidades y, en todo caso, nunca más allá de la fecha que se especificó, añadiéndose que, en el caso de que la eventual adjudicataria se subrogara en sus contratos, la extinción no tendría efecto y se cancelaría su crédito indemnizatorio. El tribunal de suplicación no acogió, por distintas razones, los alegatos vertidos por el sindicato disidente en relación con la existencia de una sucesión de empresa, argumentando finalmente que, en cualquier caso, el acuerdo de adjudicación a otra empresa de determinadas unidades productivas de la concursada fue anterior a la extinción de los contratos y contó con la conformidad de un porcentaje próximo al 90 % de las personas trabajadoras de la concursada.

3.º Impugnación individual

Pasando ahora a examinar las sentencias en las que los jueces mercantiles conocen, a través del incidente concursal en materia laboral, de la impugnación del auto que acordó la extinción colectiva de relaciones laborales formulada por las personas trabajadoras cuyo contrato quedó extinguido como consecuencia de lo resuelto en el ERE concursal y no fueron subrogadas por la adquirente, así como de las sentencias en las que las salas de lo social de los TSJ enjuician recursos de suplicación interpuestos frente a aquellas, su lectura revela la existencia de varios factores específicos que representan otros tantos obstáculos para la viabilidad de la pretensión incidental ejercitada, más allá de los genéricos que dimanan, en primer lugar, del criterio sostenido por parte de la doctrina sobre el significado del cambio que en el objeto de incidente introdujo el artículo 541 del TRLC y la imposibilidad de plantear cuestiones colectivas por este cauce y, en segundo lugar, de la prohibición de suscitar en suplicación cuestiones nuevas.

- Idoneidad del cauce incidental

La primera dificultad se concreta en la eventual falta de idoneidad de esta vía procesal para encauzar, en todo caso, las demandas deducidas por las personas trabajadoras incluidas en el ERE concursal con la pretensión de que se declare la nulidad o la improcedencia del despido acordado en el auto recaído en el expediente y se condene a la compradora a la readmisión o al pago de una indemnización superior a la concedida, o, en su caso, que se le derive la responsabilidad en el pago de la reconocida, con fundamento en su condición de adquirente de la unidad productiva. Y ello, en la medida en que se pueda entender que se trata de una problemática que trasciende los límites de lo resuelto en el auto en torno a la concurrencia de las causas esgrimidas para justificar la medida y que debe ser

objeto de un proceso independiente, salvo que dicha resolución se haya pronunciado, de manera expresa o tácita, sobre ese tema por haber sido planteado oportunamente por los representantes del personal.

La duda es más acusada cuando en el ERE no ha sido parte el potencial o real adquirente; hipótesis en la que se podría sostener con fundamento que se trata de una cuestión extraña al debate, tal como quedó delimitado, en su dimensión subjetiva, en el referido expediente y zanjado en el auto extintivo, que se debe suscitar a través del incidente concursal común regulado en el artículo 532 del TRLC⁶, de lo que es muestra, aunque resuelva un incidente concursal laboral, la decisión adoptada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en la Sentencia de 4 de junio de 2018 (rec. 598/2017).

- Legitimación pasiva del adquirente

Parece obvio que, si lo que se pretende en el incidente concursal laboral es que se declare la nulidad o la improcedencia del despido acordado en el auto recaído en el ERE concursal y se declare la responsabilidad de la compradora a los efectos que se especifiquen en la demanda, su llamada resulta obligada con arreglo a lo previsto en el artículo 12.2 de la LEC. No lo entendió así el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza que, mediante Auto de 21 de mayo de 2021 (concurso 27/2019), inadmitió a trámite la demanda incidental en la que un trabajador solicitó que se declarase que la extinción era constitutiva de un despido improcedente en la medida en que la empresa adquirente debió subrogarse en la posición de empleadora por haberse producido una sucesión de empresa, al estimar el magistrado, en lo que aquí interesa, que la codemandada carecía de legitimación pasiva. Esta decisión fue dejada sin efecto por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón mediante Sentencia de 26 de julio de 2021 (rec. 494/2021), con el argumento de que el juzgado no puede rechazar *a limine* la demanda por apreciar la falta de legitimación pasiva de uno de los codemandados, pero sin pronunciarse sobre su pertinencia.

El mismo pronunciamiento de falta de legitimación pasiva de la adquirente emana de la Sentencia de 6 de abril de 2002 (concurso 344/2021), del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona, en un asunto en el que los 5 trabajadores cuyo contrato había sido resuelto en el ERE concursal solicitaban en la demanda incidental que se declarase la nulidad y subsidiariamente la improcedencia de las extinciones acordadas, alegando, entre otras causas, la falta de transparencia en el proceso de venta de la unidad productiva. El magistrado estimó que las circunstancias referidas a la venta de la unidad productiva y a la sucesión de empresa se sustanciaron dentro de las secciones que afectan a la liquidación y a la masa activa del concurso, sin impugnación alguna al respecto, ni por los afectados

⁶ De la Morena Corrales y De la Macorra Pérez (2021) sostienen que:

[...] toda acción ejercitable por un trabajador en el marco de su relación laboral en el concurso, o relacionada con esta, que no tenga cabida dentro del estrecho cauce del artículo 541 del RRLC deberá ser tramitada a través del incidente común.

a título individual, ni por la representación de los trabajadores, que tuvo traslado de todo lo actuado y no cuestionó ni el proceso de venta ni la adjudicación, con los efectos correspondientes, por lo que fuese cual sea el resultado del incidente no podía ni debía afectar al adquirente de la unidad productiva.

Sin salir del tema del que se ocupa este epígrafe, es de ver que, en el supuesto examinado por el TSJ de Madrid en la Sentencia de 23 de febrero de 2022 (rec. 681/2021), un delegado sindical de la concursada cuyo contrato había quedado resuelto en el ERE concursal interpuso demanda incidental frente a la entidad deudora y la Administración concursal basada entre otros extremos en que meses después se adjudicó la unidad productiva a otra entidad que prosiguió la actividad y se subrogó en los trabajadores que seguían incardinados en la misma, por lo que en el auto extintivo no se respetó su prioridad de permanencia, debiendo ser reincorporado por la nueva empresa teniendo en cuenta que el acuerdo alcanzado en el ERE establecía una previsión para el caso de que se produjera la venta de la unidad productiva y ello conllevara la asunción por el comprador de un determinado número de trabajadores que quedarían excluidos de forma inmediata de este expediente. El juez mercantil desestimó la demanda con el argumento de que la readmisión se tendría que pedir frente al adquirente, que no había sido llamado al procedimiento incidental, y la sala de suplicación rechazó el recurso en este punto razonando que el actor no cuestionaba la extinción de su relación con la concursada y que la acción de reingreso es una acción distinta cuyo título es el pacto invocado y que necesariamente debe articularse frente al adquirente, pues supone, además, excluir a alguno de los trabajadores subrogados; acción respecto de la cual carece de legitimación la empresa concursada que no puede satisfacer tal pretensión.

Una solución diferente a las anteriores la aporta la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 8 de marzo de 2021 (sec. 24/2021), en tanto apreció de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario y decretó la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior de admisión de la demanda incidental formulada por un trabajador afectado por el ERE concursal, a fin de que la ampliara contra la empresa a la que se transfirió la unidad productiva que en su opinión debió subrogarse en su contrato. En sentido contrario, se pronunció la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en Sentencia de 30 de abril de 2014 (rec. 6189/2013), con el argumento de que la cuestión planteada en la demanda incidental giraba fundamentalmente sobre las prioridades legales, convencionales colectivas y paccionadas en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, y que el fallo alcanzaría únicamente a la concursada sin perjuicio de que la adquirente tuviese que ser la que diese cumplimiento al fallo en fase de ejecución de sentencia, no configurándose, por tanto, como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino del artículo 13 de la LEC. En la doctrina, Pérez Pérez (2021, p. 354) defiende la posibilidad de que el trabajador disconforme con su afectación al ERE concursal solicite su exclusión a través del incidente concursal y luego ejercite una acción de despido ante la jurisdicción social cuando la empresa adjudicataria se niegue a subrogarlo, pero se trata de una alternativa con pocas posibilidades de éxito.

La situación de litisconsorcio deberá apreciarse si el objeto del debate versa sobre preferencias atribuidas a determinadas personas trabajadoras, en cuyo caso estas también deberán ser demandadas, resultando aplicable analógicamente la regla 2.^a del artículo 124.13 de la LRJS.

- Caducidad de la acción

Un tercer impedimento para la prosperabilidad de la acción individual lo constituye el plazo de 1 mes que para su ejercicio establece el artículo 541.2 del TRLC, en aquellos supuestos en los que los hechos determinantes de la sucesión de empresa sobrevienen una vez ha transcurrido ese lapso temporal y lo que se impugna en el incidente es la extinción producida por el ERE concursal, como sucedió en el asunto del que conoció el TSJ de Aragón en la Sentencia precitada de 26 de julio de 2021, que revocó el auto en el que el juez mercantil rechazó de plano la demanda incidental apreciando la caducidad además de la falta de legitimación pasiva de la adquirente.

Interesa aclarar que los puntos tratados, aunque son importantes y evidencian las dificultades más frecuentes que surgen cuando se ejercita la acción individual, que se acrecientan si a su través se plantean aspectos relacionados con la sucesión de empresa de alcance general, no agotan la problemática que se desprende del análisis de las sentencias de suplicación. Especial interés por dar respuesta a una cuestión estrictamente individual y poner, asimismo, de manifiesto las escasas posibilidades reales de control de los órganos de suplicación en ese ámbito, presenta la Sentencia de 1 de marzo de 2019 (rec. 5144/2018), de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. En el caso que resuelve, el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona dictó auto en el ERE concursal seguido por causas económicas, en el que se logró un acuerdo con la representación social, extinguiendo los contratos de los 42 trabajadores que seguían perteneciendo a la plantilla del deudor después de que la víspera se hubiese transferido la unidad productiva a la adquirente, que, con efectos de ese mismo día, se subrogó en los contratos de 240 empleados adscritos a dicha unidad. El actor, miembro del comité de empresa, entendió que su inclusión en el listado de trabajadores despedidos era indebida y lesiva de su derecho a la libertad sindical por no haberse respetado su prioridad de permanencia, a diferencia de lo sucedido con otros 3 representantes del personal, promoviendo incidente individual contra el auto extintivo con la finalidad de que se declarase la extinción constitutiva de un despido nulo y se condenase a la concursada y a la sucesora a su readmisión y al abono de una indemnización resarcitoria del daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental alegado. El juez mercantil desestimó la demanda mediante sentencia que fue confirmada en suplicación. En la emitida por el TSJ se razona, en lo que aquí importa, que no habiendo impugnado el actor la resolución judicial previa que aprobó la transmisión de la unidad productiva, ya no puede hacerlo de forma extemporánea a través del incidente concursal y que el derecho de preferencia que alega no puede entrar en juego al afectar la extinción a la totalidad del personal de la empleadora.

4.º Conclusiones

De cuanto se deja expuesto en los apartados precedentes se extraen dos ideas esenciales: una, que las personas trabajadoras y sus representantes tienen limitadas posibilidades de defensa para oponerse a las resoluciones dictadas por los jueces mercantiles en materia

de enajenación de unidades productivas y de extinción colectiva de contratos de trabajo vinculadas a la venta; y, dos, que el control efectivo que las salas de suplicación pueden ejercer sobre esas decisiones es muy restringido. Este panorama demanda fórmulas reales y prácticas que contribuyan a superar la situación, cuya elaboración e implementación exige reflexionar sobre diferentes aspectos, como a título ejemplificativo, la participación proactiva de las personas trabajadoras y sus representantes en el contexto de la referida operación y expediente, el rol que puede asumir la Inspección de Trabajo, los medios de reacción contra las resoluciones del juez del concurso referidas a la transmisión de la unidad productiva, los términos del debate en ese contexto y en el del ERE concursal, la nueva percepción por parte de las salas de lo social del papel que les corresponde desempeñar y la necesidad de adaptar el incidente concursal en materia laboral, cuyo análisis desborda los objetivos de este trabajo.

6. Pretensiones enjuiciadas por los juzgados de lo social de las que tras la reforma no podrán conocer

Las pretensiones deducidas por antiguas personas empleadas de la concursada no subrogadas por el adquirente de la unidad productiva cuyo enjuiciamiento en la instancia había atribuido el órgano de casación social a los órganos del orden social y que tras la reforma de 2022 quedan definitivamente fuera de su esfera de conocimiento son las que a continuación se detallan, distinguiendo la fase declarativa de la de ejecución. Su exposición trasciende del interés meramente histórico y doctrinal al poner de manifiesto posibles espacios de desprotección de ese colectivo de personas trabajadoras que obligan a buscar soluciones.

6.1. Proceso declarativo

6.1.1. Derivación de responsabilidad al adquirente de la unidad productiva por deudas contraídas por la concursada con las personas trabajadoras no subrogadas

En las Sentencias de 5 de junio y 12 de julio de 2018 (recs. 471/2017 y 3525/2016) y 9 de enero de 2019 (rec. 3593/2016), la Sala 4.^a del TS proclamó la competencia del orden social para conocer de las demandas de reclamación de cantidad formuladas frente a la concursada y la adquirente de la unidad productiva por trabajadores cuya relación laboral con el deudor había quedado extinguida en virtud de auto resolutorio de ERE concursal y que no se incorporaron a la empresa adquirente de la unidad productiva, o que cesaron en la concursada por otra causa distinta con anterioridad a su tramitación, en solicitud de que se extendiese a la entidad compradora la responsabilidad en el pago de los salarios e indemnizaciones debidos por la concursada no satisfechos por el Fogasa. Aplicando la Ley concursal de 2003, el órgano de casación afirmó que los jueces laborales no estaban

vinculados por la limitación de responsabilidad establecida en el auto de adjudicación de la unidad productiva del que podían apartarse motivadamente a lo que no era óbice que hubiese ganado firmeza.

En esa misma línea, se pronunció dicha sala en las Sentencias de 6 de junio de 2018 (rec. 372/2016) y 9 de enero y 25 de septiembre de 2019 (recs. 3893/2016 y 1658/2017), conociendo de reclamaciones de cantidad deducidas frente a la concursada y un tercero, con apoyo en la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

Frente a esa solución, la que ahora se impone es la de que la jurisdicción social carece de competencia para adoptar una decisión que implicaría modificar el perímetro personal de la unidad productiva transmitida, que es el determinante de la obligación atribuida legalmente a la adquirente de hacer frente al pago de los créditos laborales correspondientes a las personas trabajadoras de la unidad productiva en cuyos contratos se ha subrogado.

En lo que respecta a esta clase de reclamaciones, la pérdida de la competencia del orden social no determina que la asuma el juez del concurso y tampoco comporta una situación de desprotección injustificada de las personas trabajadoras que se encuentran en la situación descrita, pues la inviabilidad de las pretensiones de esa índole dimana, de un lado, de la atribución de la competencia al juez mercantil para determinar el contorno laboral de la unidad productiva y, de otro, de los efectos de la sucesión de empresa derivados de la transmisión de dicha unidad previstos en el artículo 224.1.3.º de la LRJS.

6.1.2. Derivación de responsabilidad a la compradora por despido practicado por el deudor al margen del ERE concursal

La Sala 4.^a del TS, en Sentencia de 27 de febrero de 2018 (rec. 112/2016), afirmó la competencia del orden social para conocer de la pretensión, deducida en el marco de un proceso seguido contra la empresa concursada en impugnación de un despido por causas objetivas, con el objeto de que se condenara solidariamente a la entidad que adquirió la unidad productiva durante la tramitación del litigio y asumió a ciertos trabajadores, entre los que no figuraba el actor, no responsabilizándose de las deudas laborales de los restantes.

Tras la reforma de 2022, la declaración de competencia realizada por la Sala 4.^a difícilmente podrá justificarse si se atiende exclusivamente al razonamiento expuesto en el epígrafe precedente, esto es, a que la atribución de responsabilidad al adquirente implicaría una alteración del perímetro personal de la unidad productiva definido por el juez mercantil. Sin embargo, se podría plantear una solución distinta sobre la base de que constituye una vicisitud que no se pudo tomar en consideración en el momento en que se formuló la oferta y el juez mercantil adjudicó la unidad productiva, acontecimiento que excede de las cuestiones tratadas en ese contexto y que se sitúa en el espacio natural de competencia del orden social.

Al hilo del supuesto al que se enfrentó el órgano de casación en la sentencia reseñada surge la necesidad de preguntarse sobre en qué situación quedan las personas trabajadoras que antes o después de la declaración del concurso son objeto de un despido individual, disciplinario, objetivo o sin causa, lesivo de sus derechos fundamentales o discriminatorio, o tienen reconocida legal o convencionalmente la garantía de prioridad de permanencia en la empresa y que en el curso del procedimiento de despido seguido ante el juzgado de lo social no son incluidas, como es previsible al estar extinguidos sus contratos, entre las que componen la unidad productiva.

En la hipótesis de que se negará la competencia del orden social para conocer de la ampliación de la impugnación del despido frente al adquirente, el panorama que se presenta es complejo. En una primera e insuficiente aproximación al tema cabría sostener que la persona trabajadora debería dirigirse al juzgado de lo mercantil informándole de su situación y solicitando que la tenga en cuenta a la hora de trazar el círculo personal de la unidad productiva, de forma que en el auto de enajenación establezca las reservas oportunas, así como que podrá hacer valer sus derechos utilizando el cauce incidental. Sin embargo, no es un camino fácil, máxime si se llegase a la conclusión de que la decisión que tome al respecto el juez mercantil no puede ser objeto de control en suplicación.

Gran dificultad encierra también el supuesto de hecho que se plantea cuando antes de que se produzca la transmisión de la unidad productiva recae sentencia de los órganos del orden social declarando la nulidad del despido efectuado por la concursada y la persona trabajadora no es readmitida ni afectada al ERE concursal y tampoco figura incluida entre aquellas en cuyos contratos debe subrogarse la entidad compradora, así como el que se produce cuando con posterioridad a la transmisión los órganos de la jurisdicción social dictan sentencia declarando la nulidad del despido por vulnerar derechos fundamentales.

6.2. Proceso de ejecución

6.2.1. Extensión a la adquirente de los efectos del fallo de la sentencia dictada en proceso de despido seguido contra la concursada

La Sentencia de 26 de abril de 2018 (rec. 2004/2016) de la Sala 4.^a del TS estableció la competencia del orden social para conocer de la demanda incidental presentada por un trabajador con la finalidad de que se derivara a la adquirente de la unidad productiva la responsabilidad por las obligaciones inherentes a la calificación del despido acordado por la concursada como nulo, y en el mismo sentido se pronunció la Sala de Conflictos del TS en Auto de 25 de mayo de 2021 (conf. 38/2020).

Si nos ajustamos a las razones expuestas en el epígrafe inicial, habría que concluir que el orden social carece de competencia para conocer de una pretensión como la expuesta, lo

que aboca a un resultado insatisfactorio y que podría resultar incompatible tanto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como con la obligada protección de los derechos fundamentales cuya contravención determinó la calificación de nulidad, salvo que se entienda que el cauce idóneo para solventar la cuestión es el incidente concursal general, lo que generaría la anomalía que entraña que la resolución emitida no fuese recurrible en suplicación.

6.2.2. Despacho o ampliación de la ejecución dineraria del título constituido contra la concursada

En una serie de sentencias –11 de enero, 18 de mayo y 5 de julio de 2017 (recs. 1689/2015, 1645/2015 y 563/2016) y 11 de enero de 2018 (rec. 3290/2015)–, el órgano de casación social declaró la competencia de este orden para conocer del incidente promovido por las personas trabajadoras en el marco de una ejecución dineraria con la pretensión de que se extendiera la responsabilidad a la adquirente de una unidad productiva autónoma determinante de la existencia de una sucesión de empresa. La misma posición mantuvo el TSJ de Galicia en Sentencia de 6 de junio de 2022 (rec. 2141/2021), conociendo de un supuesto en el que la venta de la unidad productiva se produjo con posterioridad al 1 de septiembre de 2020, rechazando la alegación de incompetencia teniendo presente la doctrina jurisprudencial social tradicional.

En este punto, la falta de competencia del orden social, derivada de la reciente reforma, merece las mismas consideraciones realizadas acerca de las reclamaciones de cantidad analizadas inicialmente: por una parte, no comporta la traslación de la competencia al juez del concurso; por otra, su improsperabilidad trae causa del régimen aplicable a la determinación del perímetro de la unidad productiva y a los efectos de la sucesión de empresa en el concurso.

7. Pretensiones ejercitables ante la jurisdicción social

Enlazando con la interpretación que de la regla 4.^a del artículo 52.1 y del 221.2 del TRLC se ha hecho en el epígrafe 4.1.1, la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso lo es para determinar la existencia de una sucesión de empresa derivada de la enajenación de una unidad productiva en el seno del concurso y para, en ese caso, delimitar las relaciones laborales que componen dicha unidad. Se trata, por tanto, de una competencia acotada en los términos previstos legalmente, que no puede interferir en el ejercicio por parte de los órganos de la jurisdicción social de la competencia natural que ostentan para el enjuiciamiento de las controversias que se suscitan entre personas trabajadoras y empresarios como consecuencia del contrato de trabajo y, en particular, de las que se plantean en materia de sucesión de empresa, en las que rige también el principio básico al que alude Martínez Moya (2022) del mantenimiento de la competencia del juzgado de lo social en todas aquellas materias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso.

Entre las contiendas «sucesorias» interesa profundizar en las surgidas con ocasión de otras modalidades de transmisión de empresa distintas de la contemplada en el TRLC, a las que ya se hizo mención en el epígrafe señalado. Al respecto, procede insistir en que entre los litigios en los que opera la regla general de atribución competencial al orden social de los artículos 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 a) de la LRJS, al no existir ningún precepto de rango legal que los exceptúe, cabe citar aquellos en los que la sucesión de empresa cuya declaración y efectos se demandan no se produce como consecuencia de la venta de una unidad productiva en el concurso, sino por otro título jurídico o *de facto*. Y es que aun cuando la sucesión de empresa dimanante de la transmisión de una unidad productiva en el marco del procedimiento concursal constituye la modalidad prototípica de ese instituto laboral en el contexto de la situación de insolvencia, no hay que descartar otras, las cuales quedan sometidas a la ordenación común tanto desde la perspectiva competencial como sustantiva.

Dentro del amplio espectro de situaciones susceptibles de configurar una sucesión de empresa al margen de la vinculada a la venta de una unidad productiva, una de ellas presenta mayor dificultad que el resto en el plano competencial. Concorre cuando se produce la venta judicial conjunta o en globo de activos de la deudora como elementos patrimoniales aislados que no se consideran aptos para conformar una unidad productiva autónoma. En ese supuesto, caben al menos dos hipótesis: la primera, menos probable, es que el juez del concurso, en la resolución por la que autorice la enajenación, declare expresamente que no da lugar a una sucesión de empresa; y, la segunda, que no efectúe ningún pronunciamiento al respecto.

Pues bien, en cualquiera de esas hipótesis, si las personas trabajadoras de la concursada entienden que los medios transmitidos, unidos en su caso a otras vicisitudes anteriores, coetáneas y posteriores a la venta, permiten o han permitido ya a la adquirente continuar con la actividad empresarial que realizaba su empleador, los órganos de la jurisdicción social serán competentes para conocer de las acciones que ejerciten y tengan como fundamento la supuesta sucesión operada, sin que a ello sea óbice que la actividad se hubiese visto interrumpida, y sin que la decisión que les corresponde adoptar esté condicionada por la dada en su caso, con carácter prejudicial al amparo y con los efectos fijados en el artículo 55 del TRLC, por el juez mercantil.

Buena muestra de lo anterior es la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 25 de enero de 2022 (rec. 2270/2021). En el asunto que resolvió, el juez mercantil se limitó a adjudicar un lote de bienes a un tercero, produciéndose al margen del procedimiento concursal la transmisión de los activos esenciales del deudor, como cierta maquinaria y la clientela, para la que el nuevo titular continuó elaborando los mismos productos que su antecesora, clientela que suponía un 85 % de su facturación, además de asumir a 25 de los 37 trabajadores que empleaba su antecesora. El tribunal de suplicación concluyó que no se trataba de una sucesión empresarial operada en el marco de una liquidación traslativa en el proceso concursal, puesto que la sucesión se realizó de espaldas al juez del concurso, lo que excluía la aplicación de los artículos 221 y siguientes del TRLC y

determinaba que se hubiese de confirmar el auto del juzgado de lo social que estimando la demanda incidental de extensión de responsabilidad interpuesta por un antiguo trabajador de la concursada declaró la responsabilidad solidaria de la sucesora en las obligaciones derivadas de la ejecución.

Referencias bibliográficas

- Barros García, M. (2021). Artículo 221. Sucesión de empresa. Comentario. En A. B. Veiga Copo (Dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 1, pp. 1.259-1.266). Civitas-Thomson Reuters.
- Blanco García-Lomas, L. (2020). Sucesión de empresas en la transmisión de la unidad productiva. *Sepin*, noviembre 2020. <https://www.sepin.es/top/boletin.asp?cod=01%2D07Q0H501Z0JQ0FZ1DU0lf1T00G%2D0lp1Gk00%2D0Ef1Jp1Cp06%5F1Jo29307F1Aa1Da>
- Cano Marco, F. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal* (3.ª ed.). Wolters Kluwer.
- Escolá i Besora, M. E. (2022). La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento. En J. Lloret Villota y J. M. Marqués Vilallonga (Coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal* (2.ª ed.). Wolters Kluwer.
- Martínez Moya, J. (2022). El rayo que no cesa: la competencia del juzgado de lo social en el concurso. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6. https://doi.org/10.55104/RJL_00355
- Molina Navarrete, C. (2022). *Aspectos socio-laborales de la nueva reforma concursal*. Bomarzo.
- Morena Corrales, P. de la y Macorra Pérez, B. de la. (2021). En A. B. Veiga Copo (Dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 2). Civitas-Thomson Reuters.
- Muñoz Paredes, J. M. y Díaz Llavona, C. (2022). *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal. Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (Vol. II). Sepin.
- Pérez Pérez, E. (2021). *Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-238
- Rodríguez Achútegui, E. (2021). Artículo 224. Efectos sobre los créditos pendientes de pago. En P. Prendes Carril y N. Fachal Noguera (Dirs.), *Comentario al texto refundido de la Ley concursal: comentario judicial, notarial y registral* (Vol. 1, pp. 1.131-1.138). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rodríguez Achútegui, E. (2022). La reforma de la sucesión de empresa tras la refundición concursal y las leyes posteriores. En *La reforma de la sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 19 a 26 de septiembre de 2022.
- Trinidad Santos, M. T. (2022). El perímetro de la unidad productiva en las transmisiones concursales. En *La reforma de la sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 19 a 26 de septiembre de 2022.

Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen)

Pilar Conde Colmenero

Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad.

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

ESIC Business & Marketing School (València, España)

Universitat Jaume I (Castelló, España)

colmener@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-2199-1969>

Extracto

Debido a la concurrencia de factores de distinta índole, el sector del transporte de mercancías por carretera estaba necesitado desde hace años de una reforma legislativa que afrontase algunos de los principales retos económicos, sociales y medioambientales pendientes en materia de sostenibilidad. En particular, había que hacer frente a ciertas problemáticas sociolaborales que padecen tanto quienes trabajan de manera autónoma como quienes están empleados en empresas transportistas (especialmente, quienes conducen) y, también, era apremiante efectuar avances significativos en la lucha contra el fraude laboral y las malas prácticas desplegadas por las denominadas «empresas buzón». Además, en este contexto, era urgente (so pena de sufrir, en breve, una cuantiosa multa económica por parte de la Unión Europea –UE–) y conveniente (para abordar las dificultades críticas del sector) trasponer a nuestro ordenamiento jurídico interno las exigencias de la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera. Todos estos ambiciosos propósitos son los que se desean acometer con la promulgación de una batería normativa dentro de la que destacan las medidas incorporadas por los Reales Decretos-Leyes 3, 6 y 14/2022, de los cuales el primero fue publicado solo unos días antes de que se desatase en nuestro país la última huelga convocada por el colectivo de transportistas, que provocó una delicada situación en la cadena logística y de suministros.

Palabras clave: sostenibilidad; transporte de mercancías por carretera; personas trabajadoras desplazadas; chóferes profesionales; condiciones laborales; protección social; fraude laboral; sanciones.

Recibido: 08-09-2022 / Revisado: 20-09-2022 / Aceptado: 21-09-2022

Cómo citar: Conde Colmenero, P. (2022). Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 131-159. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.6049>



Necessary and urgent reinforcement of sustainability in the road freight transport sector: improvement of working conditions and social protection of workers (particular reference to the journeys of those who drive)

Pilar Conde Colmenero

Abstract

Due to the concurrence of factors of different kinds, the road freight transport sector has been in need of a legislative reform for years that would face some of the main economic, social and environmental challenges that were pending in terms of sustainability. In particular, it was necessary to deal with certain socio-labour problems suffered by both those who work autonomously and those who are employed by transport companies (especially those who drive) and, also, it was urgent to make significant progress in the fight against labor fraud and bad practices deployed by the so-called "mailbox companies". Moreover, in this context, it was urgent (under penalty of suffering, shortly, a large economic fine from the UE) and convenient (to address the critical difficulties of the sector) to transpose into our internal legal system the requirements of Directive (EU) 2020/1057 of the European Parliament and of the Council, of 15 July 2020, laying down specific rules with respect to Directive 96/71/EC and Directive 2014/67/EU for the posting of drivers in the sector of road transport. All these ambitious purposes are what they want to undertake with the promulgation of a regulatory battery within which the measures incorporated by Royal Decree-Laws 3, 6 and 14/2022 stand out, the first of which was published just a few days before the last strike called by carriers broke out in our country, which caused a delicate situation in the logistics and supply chain.

Keywords: sustainability; road freight transport; displaced workers; professionals drivers; labours conditions; social protection; labor fraud; sanctions.

Citation: Conde Colmenero, P. (2022). Necessary and urgent reinforcement of sustainability in the road freight transport sector: improvement of working conditions and social protection of workers (particular reference to the journeys of those who drive). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 131-159. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.6049>



Sumario

1. Transporte de mercancías por carretera, condiciones laborales y sostenibilidad: un desafío más para el derecho social del siglo XXI
2. El sector del transporte de mercancías por carretera: problemática actual, reivindicaciones del pasado y retos para la sostenibilidad (en su dimensión sociolaboral)
3. Nuevas medidas legales para la mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen)
 - 3.1. Visión panorámica de la remesa normativa: la relevancia del RDL 3/2022, los retoques de protección social del RDL 6/2022 y la urgente trasposición de la Directiva (UE) 2020/1057
 - 3.2. Restricciones a la participación en determinadas operaciones (carga y descarga) por parte de quienes conducen y actualización del régimen sancionador (infracciones relativas a las nuevas limitaciones y a los descansos)
 - 3.3. Establecimiento de normas especiales para las personas conductoras desplazadas en el transporte por carretera (regulación expresa de ciertas exclusiones y exigencia de determinadas obligaciones específicas)
 - 3.4. Actualización del catálogo de infracciones y sanciones en el orden social para combatir los abusos padecidos por las personas desplazadas y para luchar, particularmente, contra las prácticas fraudulentas de las «empresas buzón»
 - 3.5. Aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte por carretera
4. Balance de los progresos logrados y cuestiones pendientes de abordaje

Referencias bibliográficas

1. Transporte de mercancías por carretera, condiciones laborales y sostenibilidad: un desafío más para el derecho social del siglo XXI

Desde 2020 estamos asistiendo a un aluvión de normativa y de decisiones gubernamentales que pretenden asegurar y reforzar la sostenibilidad del sector del transporte terrestre por carretera, de enorme trascendencia estratégica, tanto en España como en el resto del mundo. Tal como viene siendo habitual desde la alarma sanitaria provocada por el coronavirus, la mayoría son disposiciones normativas de urgencia (en forma de reales decretos-leyes), con las que el Gobierno ha decidido hacer frente a la situación extraordinariamente crítica que vive esta rama de actividad y, en particular, al conflicto en el que está sumido el transporte hace meses (Hierro Hierro, 2022, p. 13).

Preocupa, con razón, la viabilidad económica de un sector cuya actividad es nuclear, puesto que representa el 2 % del PIB nacional, emplea a 1,2 millones de profesionales aproximadamente y es responsable del 95 % del transporte terrestre de las mercancías que circulan por nuestro país¹. Además, era apremiante dar respuesta a las numerosas demandas socioeconómicas que, desde hace años, venían exigiendo la gran mayoría de empresas y el colectivo de transportistas españoles para poder garantizar su supervivencia y adaptación al difícil y complejo escenario económico dibujado en las dos primeras décadas del siglo XXI. Las peticiones de reformas legales y de cambios regulatorios que mejorasen la ordenación del modelo de transporte por carretera se habían ido acumulando con el tiempo y, ahora ya sí, tras una demora de años, era urgente que los gobernantes europeos y españoles, de la mano de los representantes sociales, las abordasen. No obstante, era imprescindible que estas históricas reivindicaciones pendientes fueran afrontadas desde la perspectiva del nuevo paradigma de transición económica ecológicamente sostenible y socialmente justa, puesto que no se puede obviar que este sector de actividad se encuentra en el punto de mira de la lucha contra el cambio climático, debido, sobre todo, al elevado impacto contaminante de las emisiones de CO₂ que genera el transporte por carretera. En este sentido, es importante resaltar que el sector del transporte representa el 25 % de las emisiones totales de gases de efecto invernadero en España (englobando aquí el transporte por carretera y otras formas de transporte como la tracción diésel del ferrocarril, el

¹ A tenor de lo expuesto en el preámbulo del Real Decreto-Ley 14/2022, de 1 de agosto.

marítimo nacional y el transporte por tubería) y que, por modos de transporte, la carretera es responsable del 95 % de las emisiones contaminantes².

A esta problemática medioambiental se han sumado un cúmulo de precariedades laborales y profesionales subyacentes, que afloraron de forma alarmante ante la opinión pública en marzo de 2022, a raíz de las nefastas consecuencias económicas y logísticas derivadas de la huelga convocada por los representantes del colectivo de transportistas, que paralizó en gran medida la distribución y suministro de bienes y productos en todo el país. En cualquier caso y a pesar de los fallos de entendimiento entre gobernantes y huelguistas, quedaba claro que el nuevo camino a transitar por parte de todos los agentes implicados en el sector del transporte por carretera debía ser, de un lado, compatible con los requisitos impuestos por la transición energética ecológica, la movilidad sostenible, la digitalización y descarbonización del transporte, y, de otro lado, debía propiciar el trabajo decente y el empleo digno (Lousada Arochena y Ron Latas, 2018, pp. 116-117), evitando con ello la expansión del fenómeno de las «personas trabajadoras pobres» entre quienes conducen o desarrollan su actividad como transportistas. El reto último no podía ser otro que intentar establecer un sector del transporte por carretera que fuese seguro, eficiente y socialmente responsable, para lo que era imprescindible tanto garantizar unas condiciones apropiadas de trabajo y de protección social de las personas trabajadoras (en particular, de quienes se dedican a la conducción) como promover unas condiciones adecuadas para las empresas y para una competencia leal entre el colectivo de transportistas.

El objetivo final a la hora de legislar sobre estas oportunas, complejas y delicadas cuestiones económicas, sociales y medioambientales del transporte de mercancías obedece a razones innegables, de diferente orden, que se han puesto de manifiesto con rotundidad en los últimos tiempos y que es necesario acometer de manera global e integral. En primer lugar, se debe a las singulares características estructurales que presenta actualmente el transporte de mercancías por carretera en España; en segundo lugar, tiene que ver con los difíciles retos económicos y sociales que el sector está teniendo que afrontar en las primeras décadas del siglo XXI (incluida la reciente pandemia de la COVID-19) y, finalmente, también está relacionado con las consecuencias, de distinta índole, que está trayendo la sobrevenida guerra desencadenada en Ucrania a comienzos de 2022. Todas estas circunstancias y coyunturas se han abordado dentro del marco legal abierto en nuestro país, sobre todo, tras la publicación de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (que ha significado un hito jurídico-social en el campo del desarrollo sostenible y un paso decisivo en el cumplimiento del Estado español con los compromisos internacionales adquiridos en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS–³) e inmersas en el contexto planteado por el Plan español de Recuperación,

² Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (<https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/transporte.aspx>).

³ La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible fue aprobada el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución A/RES/70/1) y estableció, para los 193 Estados miembros

Transformación y Resiliencia de abril de 2021⁴ (en conexión con los fondos de recuperación de la UE «Next Generation Europe», para conseguir un nuevo modelo productivo más ecológico, eficiente y justo, acorde con los exigentes postulados de la sostenibilidad y las indiscutibles amenazas que acechan hoy día a nuestro «frágil» planeta y a nuestra sociedad –globalizada y digitalizada–).

Dado el volumen de las disposiciones dictadas (utilizando, sobre todo, la herramienta legislativa del real decreto-ley, con sus correspondientes convalidaciones por parte del Congreso⁵), es conveniente señalar el marco normativo en el que se encuadran las últimas y principales medidas diseñadas en nuestro país para fortalecer la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera. Las normas de referencia son las siguientes:

- Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos.
- Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.
- Ley 13/2021, de 1 de octubre, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres en materia de infracciones relativas al arrendamiento de vehículos con conductor y para luchar contra la morosidad en el ámbito del transporte de mercancías por carretera, así como otras normas para mejorar la gestión en el ámbito del transporte y las infraestructuras.
- Real Decreto 971/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento general de conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo.
- Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se traspone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector

que la suscribieron, una senda de transformación hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental. Asociados a esta Agenda se fijaron 17 objetivos (ODS) y 169 metas que iban a constituir, en los 15 años siguientes, la hoja de ruta en la que estaban llamados a trabajar tanto los Gobiernos como la sociedad civil, el sector privado y las instituciones académicas.

⁴ Gobierno de España (https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf).

⁵ A la fecha de redacción de estas páginas, el Congreso de los Diputados está acordando la convalidación sucesiva de los distintos reales decretos-leyes promulgados en esta materia para dar cumplimiento al procedimiento establecido por el artículo 86.2 de la Constitución española.

del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras⁶.

- Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.
- Real Decreto-Ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.
- Real Decreto-Ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural⁷.
- Orden TMA/370/2022, de 21 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de Apoyo al Transporte Sostenible y Digital en concurrencia competitiva, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba y publica la convocatoria correspondiente al ejercicio 2022.
- Orden TMA/758/2022, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden TMA/370/2022, de 21 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de Apoyo al Transporte Sostenible y Digital en concurrencia competitiva, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba y publica la convocatoria correspondiente al ejercicio 2022.
- Resolución de 6 de mayo de 2022, del organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se establecen procedimientos de control de la jornada laboral de conductores en el sector de transportes por carretera, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2020/1057, de 15 de julio.

Algunas de las problemáticas que presenta el sector del transporte por carretera y ciertas medidas gubernamentales activadas para paliarlas tienen que ver con las difíciles condiciones laborales y de protección social en las que, desde hace años, prestan sus servicios quienes trabajan en esta rama de actividad (sobre todo, los que conducen y, además, se encuentran desplazados). Como sucede en otros sectores, esto es resultado, entre otros factores, de los excesos de un tipo de desarrollo económico marcadamente mercantilista

⁶ Resolución de 17 de marzo de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 3/2022 (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2022).

⁷ Resolución de 25 de agosto de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 14/2022 (BOE núm. 208, de 30 de agosto de 2022).

que, en el plano social y de manera preocupante, ha aumentado los niveles de desempleo, ha agravado las desigualdades y ha disminuido las cotas de trabajo decente (Costa Climent, 2021, p. 5); unas extralimitaciones del neocapitalismo del siglo XXI a las que, lamentablemente, se han sumado circunstancias sanitarias y políticas recientes como la pandemia de la COVID-19 y la guerra de Ucrania.

Estas disfuncionalidades laborales que rodean al transporte por carretera atañen directamente al derecho social, máxime cuando apelamos a una concepción amplia y no reductiva de esta rama jurídica que la concibe como aquella disciplina que se centra en «resolver las nuevas grandes cuestiones sociales y construir sociedades jurídicamente más justas desde el punto de vista del disfrute y distribución de los derechos y bienes sociales, corrigiendo con ello las disfunciones del mercado» (Miñarro Yanini, 2021, pp. 7-8). Es decir, nos encontramos ante temáticas propias de este campo del derecho, claramente implicado en una de las más importantes y complejas cuestiones que actualmente debe afrontar la sociedad: la materialización y aplicación de las iniciativas generadas a nivel mundial por la ONU en su firme apuesta por un «nuevo modelo de desarrollo económico» que sea compatible con el cuidado del planeta y con la construcción de un derecho más justo, sobre todo en el plano sociolaboral.

Lo cierto es que, como resultado de la concurrencia de múltiples factores, el sector del transporte de mercancías por carretera aglutina en la actualidad una serie de patologías sociolaborales (en el plano contractual, preventivo, de protección social...) que, a la postre, han desembocado en unas duras condiciones de trabajo, tanto de las personas empleadas en las compañías de transporte y logística (sobre todo quienes conducen los vehículos a motor) como del colectivo de transportistas autónomos (ya trabajen para sí mismos o estén asociados en cooperativas). Entre estas problemáticas, y dependiendo de que la actividad se ejerza por cuenta ajena (en el marco de un contrato de trabajo, sujeto al art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–) o por cuenta propia (en el marco de un contrato de transporte, ya sea como autónomo o como autónomo dependiente –TRADE–, sujetos a una normativa específica⁸, al margen del ET, según establece la disp. adic. primera y el art. 1.3, letra g), ET⁹), cabe destacar algunas de las más significativas como son, por ejemplo, la dificultad de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, la peligrosidad y penosidad que entraña la conducción por carretera, las singulares condiciones de salud

⁸ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, y se crea el Registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

⁹ «Se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador».

laboral de quienes conducen¹⁰ y su consideración como personas trabajadoras especialmente sensibles (Moreno Márquez, 2013, pp. 329-330), los exiguos salarios en relación con las arduas condiciones de trabajo, la participación en las labores de carga y descarga por parte de aquellos que conducen, los tiempos de espera derivados de la inevitable paralización de los vehículos a motor en las operaciones de carga y descarga, la falta de seguridad en las áreas de descanso en carretera, las exigencias en la ordenación del tiempo de trabajo y de los periodos de descanso, los efectos de la movilidad internacional sobre la salud de las personas que conducen y se encuentran desplazadas (Durán Bernardino, 2021, pp. 135-136), los elevados costes de la formación de acceso a la profesión de transportista y de su cualificación profesional, la ausencia de jubilación anticipada para los profesionales de la conducción, etc. Junto a ello y para agravar la situación, las autoridades inspectoras vienen constatando una generalización exacerbada de ciertas malas prácticas de contratación laboral que han cundido entre las empresas que cubren el transporte transnacional de mercancías dentro de la UE (en referencia al *modus operandi* fraudulento llevado a cabo por parte de algunas entidades mercantiles respecto de las personas conductoras que se encuentran desplazadas en el territorio europeo).

En definitiva, conocer a fondo las singularidades que presenta este sector estratégico, examinar con acierto las distintas razones que motivan cada una de las disfuncionalidades que se han ido generando dentro del mismo y hacer frente de manera efectiva a las complejas problemáticas sociolaborales que lo caracterizan son cuestiones arduas y complejas que constituyen un auténtico desafío para quienes deciden las políticas sociales en el presente siglo y, por ende, para cualquier iuslaboralista comprometido con los modernos postulados del desarrollo sostenible.

2. El sector del transporte de mercancías por carretera: problemática actual, reivindicaciones del pasado y retos para la sostenibilidad (en su dimensión sociolaboral)

La convulsa y turbulenta situación que se estaba viviendo, sobre todo desde diciembre de 2021, en el sector del transporte de mercancías por carretera se puso de manifiesto, de forma abrupta, con la huelga convocada el 14 de marzo de 2022 por parte del colectivo de transportistas y de las pymes, asociados en la Plataforma para la Defensa del Sector del Transporte de Mercancías por Carretera, apenas unos días después de publicarse el Real Decreto-Ley (RDL) 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística

¹⁰ Salud y condiciones de trabajo en el transporte de mercancías por carretera, Instituto de Salud Carlos III, Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Ministerio de Fomento (<https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/9738305C-DF72-4464-9440-12A563A781B9/30360/Saludcondicionestrabajo.pdf>).

(referido en el epígrafe anterior). Aunque esta norma contenía ya algunas iniciativas a las que el Gobierno, con carácter urgente, se había comprometido para intentar acallar algunas de las persistentes reivindicaciones históricas del sector y evitar así la amenaza de paro en plenas Navidades de 2021 (por ejemplo, medidas para la estabilización del precio del gasóleo en los contratos de transporte y de prohibición de la participación en las operaciones de carga y descarga), no obstante, eran medidas insuficientes para aquietar las clamorosas peticiones de los miembros de la plataforma convocante (unas peticiones que, aun así, no eran compartidas por las asociaciones oficiales del sector, como la Asociación del Transporte Internacional por Carretera –ASTIC– y la Confederación Española de Transporte de Mercancías –CETM–, representadas ambas en el Comité Nacional del Transporte por Carretera –CNTC–).

La parada de 20 días de un sector esencial como este (a la que, finalmente, se sumó la Federación Nacional de Asociaciones de Transporte de España –FENADISMER–) provocó graves pérdidas en una parte importante del tejido empresarial español (ya sensiblemente afectado por la pandemia de la COVID-19 y el incremento del precio de la electricidad), incidió negativamente en el contexto económico del país (por las graves pérdidas de la industria agroalimentaria, sobre todo) y alcanzó de lleno al consumo y la compra de bienes de primera necesidad. Tras tensos días de negociaciones, donde quedó evidenciada ante la ciudadanía la división de posturas e intereses existentes dentro del propio sector del transporte (diferencias notables entre las grandes compañías logísticas, de un lado, y, de otro, las pymes y quienes trabajan como autónomos), la huelga quedó suspendida de manera provisional sin que quedasen zanjadas y resueltas las reivindicaciones de la representación del colectivo convocante, aunque con el compromiso político decidido de avanzar en la materialización de más medidas y ayudas.

De nuevo, a finales de junio de 2022, se planteó una posible reactivación de la huelga: se votó sobre la posibilidad de regresar a las paradas de actividad que fueron suspendidas el 2 de mayo de 2022. Finalmente (y a pesar del voto a favor de la huelga de casi la mitad de las personas asociadas a la referida plataforma que instó las movilizaciones), acuciados por la falta de ingresos y la presión mediática, se acordó no retomar el paro y esperar al resultado de las nuevas negociaciones iniciadas desde instancias gubernamentales, sobre todo en relación con la aplicación de la prohibición de la contratación a pérdidas en el transporte y la mejora de las condiciones laborales y de protección social de las personas empleadas en esta actividad. Como resultado, se dictaron nuevas medidas complementarias, entre las que destacan las que contiene el RDL 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural. En la misma línea iniciada con los Reales Decretos-Leyes 3/2022, 6/2022 y 11/2022, el 14/2022 pretende garantizar de manera más eficaz que el precio del transporte sea superior a los costes y gastos individuales efectivos que ha de asumir el responsable de la actividad transportista, a la vez que procura concretar con mayor precisión algunas cuestiones sobre la prohibición general de participación de quienes conducen en aquellas operaciones de carga y descarga y los supuestos excluidos.

Uno de los objetivos principales del referido RDL 3/2022 es revertir la difícil situación de las personas transportistas y mejorar las penosas condiciones de quienes están empleados en las empresas de transporte de mercancías por carretera (particularmente, de quienes están desplazados y se dedican a la conducción), así como combatir el fraude laboral que están llevando a cabo las apodadas «empresas buzón» (empresas que fomentan el *dumping* social y bordean la legalidad al aprovecharse de la libre prestación de servicios transnacionales para contratar a personas trabajadoras en el país de origen donde tienen sede –aunque no tengan actividad real– y desplazarlas a otros países de la UE –donde sí prestan servicios– con la finalidad de reducir costes salariales y de Seguridad Social). En este sentido, el camino legal trazado en nuestro país es coherente con la dimensión sociolaboral del plan de acción diseñado en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y, en particular, con el objetivo 8 («Trabajo decente y crecimiento económico») y el objetivo 5 («Igualdad de género»), así como con las distintas metas vinculadas a la consecución de ambos objetivos (Fernández Liesa y Manero Salvador, 2017, pp. 63-65).

Estas espinosas problemáticas laborales son algunas de las cuestiones de compleja solución que presenta el transporte de mercancías por carretera en España (y, también, en algunos otros países del entorno europeo). Actualmente, el sector se caracteriza por una atomización estructural, ya que se encuentra integrado en gran parte por empresas de reducido tamaño (el 53 % de las empresas con vehículos pesados cuentan con un solo vehículo), que a la postre tienen escaso poder de negociación con los clientes y han de batallar con la excesiva carga administrativa imperante en el sector, lo que está suponiendo todo un desafío a la hora de afrontar entornos desfavorables como los que se están acumulando en las primeras décadas del siglo XXI; además, desde 2020, las personas transportistas han tenido que afrontar un notable incremento del precio del gasóleo (sin IVA) y desempeñan su actividad en un contexto de elevada morosidad, que pone en riesgo la viabilidad de muchas de las empresas que prestan este servicio (según reconoce el mismo preámbulo del RDL 3/2022).

Al analizar los factores que inciden en la actividad de las empresas transportistas de nuestro país, es fácil concluir que la grave carencia de personas dedicadas a la conducción de camiones y vehículos a motor (se estima que son necesarias unas 15.000¹¹) está directamente ligada con la penosidad de las condiciones laborales que no hace atractiva, hoy por hoy, esta profesión. Uno de los elementos que acentúa la dureza de las condiciones de trabajo de quienes transportan mercancías es la participación activa de estos en las operaciones de carga y descarga de las mismas, lo que, sumado a otras circunstancias que ya hemos anunciado antes (como la falta de seguridad en las áreas y lugares de descanso, las dificultades de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, o el acceso a la compleja

¹¹ A tenor de las cifras de 2021 manejadas por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y la Organización Internacional del Transporte por Carretera (IRU). Según los expertos, se trata de un problema global, no solo de España, puesto que a nivel mundial el 24 % de los puestos de conductores no se cubren.

y costosa formación para ser transportista, etc.), disuade a muchas personas de la pertenencia a este colectivo profesional. Estos factores, además, dificultan gravemente la incorporación de las mujeres a un grupo profesional *per se* masculinizado, donde la presencia femenina (a pesar de la elevada oferta de puestos para la conducción) no supera el 2 %¹². El desequilibrio de género está servido, y lo está, paradójicamente, en un colectivo donde no incide el desempleo. Pese a la gran necesidad actual de personas que cubran estos puestos, no hay suficientes hombres ni, sobre todo, mujeres que decidan incorporarse al sector. Una problemática de género que colisiona frontalmente con el espíritu de la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que, tras las últimas novedades legislativas en materia de no discriminación y planes de igualdad, sitúa a las empresas de transportes y logística en la necesidad de diseñar medidas para corregir la infrarrepresentación femenina en estos puestos de trabajo y eliminar dicha segregación ocupacional.

Por añadidura, dichas circunstancias entorpecen el relevo generacional entre quienes se dedican profesionalmente a la conducción y transporte de mercancías, que presentan una media de edad bastante alta (unos 55 años, aproximadamente), y una plantilla notablemente envejecida, entre otras cosas, por las dificultades de incorporación de los que tienen una edad más joven (hombres y mujeres). Precisamente, la mejora del acceso de dichas personas a estos puestos de trabajo es una de las razones que se encuentra detrás de la reforma de la edad mínima para obtener el permiso de conducción de camiones (tanto el permiso C, para camiones rígidos, como el C+E, para camiones rígidos con remolques pesados), que se ha visto reducida de 21 a 18 años, merced a la obligada trasposición de normativa europea que ha efectuado el Real Decreto 971/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento general de conductores¹³. Con esta medida se han pretendido atender, además, viejas reivindicaciones de las asociaciones del sector del transporte, relativas a la edad y la cualificación profesional de quienes se dedican a la conducción, que no buscaban sino facilitar el ejercicio de la profesión de transportista en nuestro país y la adaptación a la exigente normativa de la UE en materia de transportes terrestres de mercancías. En cualquier caso, ante los persistentes niveles de desempleo juvenil y con el favor de la norma laboral sobre la edad mínima de acceso al trabajo (tasada en los 16 años por el art. 6.1 ET), era indiscutible que había que aprovechar el nicho de empleo existente en la industria del transporte.

Otra cuestión importante que hay que tener en cuenta atañe a las condiciones de las personas que conducen y se encuentran desplazadas temporalmente en el territorio de la UE. Ciertamente, desde 1993, se ha producido un notable incremento de las prestaciones

¹² Son datos de los que alerta la ASTIC.

¹³ Directiva (UE) 2018/645 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de abril de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/59/CE, relativa a la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte de mercancías o de viajeros por carretera, y la Directiva 2006/126/CE sobre el permiso de conducción, en lo que respecta a esta última Directiva 2006/126/CE [art. 2 Directiva (UE) 2018/645].

de servicios transnacionales dentro de la UE. Algo que, con el tiempo, ha dado lugar a una circulación de trabajadores nueva, no tan relacionada con la tradicional libertad de circulación para acceder al empleo: se trata de los desplazamientos temporales de personas trabajadoras. Así, cuando una empresa comunitaria ha tenido que desplazarse en el marco de una prestación de servicios a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento, lo ha hecho acompañada de sus propios empleados y empleadas, desplazándolos al territorio del país donde debían prestarse los servicios por el tiempo de duración, por definición limitada y temporal, de dicha prestación. Esta realidad ha crecido exponencialmente asociada a la actividad del transporte de mercancías por carretera, donde desgraciadamente en ocasiones se están produciendo actividades laborales fraudulentas y de competencia desleal, debido sobre todo a la mala praxis de determinadas compañías mercantiles, cuya actividad se encuentra en el punto de mira de las autoridades inspectoras.

Efectivamente, no es posible obviar ciertas malas prácticas de contratación laboral que se han extendido en el sector del transporte de mercancías por carretera, debido a fenómenos como la influencia de las «empresas buzón», la proliferación de «los falsos autónomos» (referido a personas que trabajan simuladamente en régimen autónomo) y la actividad de cooperativas ficticias; lo que está provocando una preocupante expansión del fraude social y laboral en esta rama de actividad. Se trata de un acuciante problema que están intentando paliar, uniendo sus esfuerzos, tanto la Inspección de Transporte Terrestre como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). En relación con las denominadas «empresas buzón», una de las mayores dificultades que afrontar es el carácter transnacional de la actividad de estas compañías, el desplazamiento temporal de quienes conducen los camiones a lo largo del territorio de la UE y las dificultades para llevar a cabo una labor inspectora eficaz por la carencia de medios, de conocimientos específicos y de normas (o de aplicación de las mismas) que padecen los distintos organismos con competencias de fiscalización (las dos inspecciones implicadas).

En cuanto al fenómeno de las falsas cooperativas (sobre todo, las de trabajo asociado de transportes), inquieta el uso fraudulento de esta forma societaria para evitar la aplicación de la normativa laboral, es decir, el intento por parte de algunas entidades de aprovechar el régimen jurídico cooperativista «para precarizar aún más las condiciones de trabajo de personas que deberían estar contratadas como asalariados en la empresa, para la que, principalmente, o en exclusiva, trabaja la cooperativa» (Fajardo García, 2019, p. 356). Este controvertido tema ha sido clarificado recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 2263/2018, de 18 de mayo, que al analizar la posible aplicación de la normativa laboral a un trabajador, socio colaborador de una cooperativa vasca de transportes (cooperativa de trabajo asociado del transporte –CTA–), unifica la doctrina existente en la materia¹⁴ decantándose por mantener la existencia de una auténtica

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de junio de 2015 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016.

relación de trabajo entre ambas partes contratantes (sin que rija, por tanto, para este supuesto la excepción de los TRADE, prevista en el art. 1.3, letra g), ET), a tenor de la carencia de actividad de la cooperativa.

3. Nuevas medidas legales para la mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen)

En el presente trabajo van a ser objeto de análisis pormenorizado aquellas nuevas medidas legales que tienen un componente laboral y de protección social, con especial referencia a las novedades que afectan a quienes conducen y se encuentran desplazados temporalmente.

3.1. Visión panorámica de la remesa normativa: la relevancia del RDL 3/2022, los retoques de protección social del RDL 6/2022 y la urgente trasposición de la Directiva (UE) 2020/1057

Dentro de la batería normativa dictada por el Gobierno para asegurar y reforzar la sostenibilidad del sector del transporte terrestre por carretera, destacan las distintas y variadas medidas sociolaborales incorporadas por el RDL 3/2022, de 1 de marzo, así como los puntuales retoques que realiza el RDL 6/2022, de 29 de marzo, en materia de Seguridad Social. De igual modo, hay que señalar que se ha llevado a cabo una urgente labor de trasposición de la normativa europea sobre el desplazamiento de las personas trabajadoras dedicadas a la conducción y el transporte de las mercancías, con el fin de apuntalar la protección que se les venía dispensando y para combatir de manera efectiva el fraude laboral en el transporte transnacional. Unas y otras reformas legales se examinan a continuación.

Como hemos referido líneas atrás, la crítica coyuntura que está atravesando actualmente el sector, las improrrogables reivindicaciones de las asociaciones del colectivo de transportistas y, además, la premura por trasponer la Directiva (UE) 2020/1057¹⁵ (so pena de sufrir importantes sanciones económicas de manera acelerada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–) han abocado al Gobierno de España a la promulgación

¹⁵ La denominación completa de la norma europea es: Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012.

de varias normas que pretenden robustecer la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y conseguir un adecuado funcionamiento de la cadena logística, permitiendo además una actuación más eficaz de la Administración frente a las malas prácticas laborales y de competencia desleal llevadas a cabo por las denominadas «empresas buzón» en relación con los desplazamientos de quienes conducen los camiones.

En concreto, la actividad de estas «empresas buzón» se encuentra bajo sospecha desde hace tiempo y sus operaciones están siendo analizadas por la Administración con la finalidad de aumentar la eficacia de la labor inspectora sobre ellas. Con este propósito, fueron definidas ya en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020¹⁶ como:

[aquellas] empresas sin actividad económica real en el país donde tienen su sede y donde contratan a los trabajadores, pero con actividad en otros Estados miembros de la Unión Europea donde realmente prestan sus servicios, utilizando fraudulentamente la figura de los desplazamientos transnacionales para eludir las normas que resultan de aplicación y abaratar costes salariales, tributarios y de Seguridad Social, con los graves perjuicios que tales prácticas ocasionan.

La lucha contra este tipo de compañías ha sido uno de los ejes centrales del Protocolo de actuación contra el fraude en las contrataciones de trabajadores en el sector del transporte, suscrito por la Inspección de Transporte Terrestre y la ITSS en 2021¹⁷, y, más recientemente, el propio Gobierno ha priorizado el control sobre ellas, en el Plan de Inspección de Transporte por Carretera para 2022¹⁸, con el fin de combatir la competencia desleal, la economía sumergida, el *dumping* social y la deslocalización que generan en este campo de actividad, y en un intento por favorecer un modelo de transporte más justo y competitivo.

Con la vista puesta en todas estas cuestiones apuntadas, el RDL 3/2022 incorpora un conjunto sistemático de medidas concretas que pretenden obtener efectos reales y tangibles a la hora de reducir los factores que inducen un estrés perjudicial en la prestación del servicio de transporte de mercancías por carretera y que colocan, a veces, a muchas empresas del sector en situaciones que rayan la desaparición y el cierre. Algunos de estos factores tienen que ver, como ya hemos apuntado, con los riesgos para la seguridad de quienes conducen, el recrudescimiento de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en el transporte o la creciente competencia desleal que plantean en la prestación del transporte las citadas «empresas buzón».

¹⁶ BOE núm. 95, de 19 de abril de 2018.

¹⁷ <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/sala-de-prensa/noticias/vie-23072021-1520>

¹⁸ https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/plan_inspeccion_de_transporte_por_carretera_2022.pdf

Derivado de la introducción del elenco de medidas de corte sociolaboral que establece el RDL 3/2022, se ven afectadas varias normas generales de nuestro ordenamiento jurídico que, o bien ordenan la actividad del transporte por carretera, o bien inciden directamente sobre la misma. Entre ellas se encuentran la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (RDleg. 5/2000, de 4 de agosto –LISOS–) y la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOSITSS).

Las medidas planteadas para mejorar las condiciones laborales y de protección social de los profesionales del transporte de mercancías por carretera y de las personas que conducen (desplazadas temporalmente) giran en torno a los varios ejes tratados en los epígrafes siguientes.

3.2. Restricciones a la participación en determinadas operaciones (carga y descarga) por parte de quienes conducen y actualización del régimen sancionador (infracciones relativas a las nuevas limitaciones y a los descansos)

Una destacada (y esperada) novedad es la introducción de una disposición adicional decimotercera en la LOTT por medio de la cual se restringe, de manera importante, la participación activa en las operaciones de carga y descarga de las mercancías y de sus soportes, envases, contenedores o jaulas por parte de quienes se dedican a la conducción profesional. La prohibición de participación activa va a afectar a todas aquellas operaciones que se realicen en territorio español, siempre que el vehículo de transporte tenga más de 7,5 toneladas de masa máxima autorizada. Solo se exceptúan de esta limitación aquellas situaciones en las que esté justificado que sea el propio «conductor» (según el término legal utilizado) quien lleve a cabo dichas tareas, ya sea por razones de eficiencia de la operación (por ejemplo, mudanzas y grúas de auxilio en carretera) o de su propia seguridad (dado el específico tipo de transporte o condiciones concretas en que dicha actividad se desempeña; por ejemplo, vehículos cisterna). En total, se declaran seis exclusiones expresas –letras a) a f) disp. adic. decimotercera LOTT–, más una remisión a aquellos supuestos con normativa reguladora de determinados tipos de transporte en los que se establezca específicamente otra cosa –letra g) disp. adic. decimotercera LOTT– y una cláusula abierta a la posible inclusión reglamentaria de otros supuestos de exclusión –letra h) disp. adic. decimotercera LOTT–.

En el espíritu de esta medida, incorporada por el RDL 3/2022, prima la protección de la persona trabajadora como parte débil más vulnerable en el proceso y la prevención de su seguridad, ya que, por un lado, es quien sufre directamente la imposibilidad de las empresas transportistas de pactar en otro sentido la responsabilidad de realizar las operaciones de carga y descarga y, por otro lado, es quien ve comprometida en muchas ocasiones su

seguridad personal por la propia dinámica del mercado de transporte. No en vano, la participación de las personas que conducen en este tipo de operaciones es una de las actividades que supone un aumento de la peligrosidad y penosidad del puesto, a efectos de seguridad y salud en el trabajo. En consecuencia, la medida ha sido aplaudida por las distintas asociaciones profesionales del sector que la venían reivindicando reiteradamente.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que estaba previsto que esta prohibición de participación en la carga y descarga entrase en vigor a los 6 meses de la publicación del RDL 3/2022 en el BOE (según su disp. final octava, que establece para esta medida una *vacatio legis* particular hasta el día 2 de septiembre de 2022). A la vez, se contemplaba el desarrollo reglamentario de algunos de los supuestos excluidos, cosa que no se habría llevado a cabo en los meses siguientes a la publicación del RDL 3/2022 y de lo que se ha tenido que ocupar, *in extremis*, el RDL 14/2022. Así, el citado RDL 14/2022 modifica la letra e) del apartado 1 de la disposición adicional decimotercera de la LOTT para añadir los condicionantes particulares en los que no opera la excepción de participación de los conductores y conductoras en la descarga para el caso concreto del:

[...] transporte de carga fraccionada entre el centro de distribución y el punto de venta, servicios de paquetería y cualesquiera otros similares que impliquen la recogida y reparto de envíos de mercancías consistentes en un reducido número de bultos que puedan ser fácilmente manipulados por una persona.

Estos requisitos exigen que dicha actividad no afecte al periodo de descanso de la persona trabajadora, que se realice dentro de la jornada diaria de la misma, que sea posible su regreso al centro operativo habitual de trabajo o a su lugar de residencia, y que, además, se realice dentro de un contrato de duración igual o superior a 1 año entre la empresa que realiza la carga y la empresa porteadora. Se trata de una precisión que era importante realizar puesto que incide en un tipo de operaciones de transporte de mercancías que es cada vez más usual y económicamente relevante y porque la inobservancia de los requisitos legales sobre las limitaciones de la participación de las personas conductoras en la carga y descarga (en este y en los demás supuestos) puede conllevar importantes sanciones económicas (entre los 4.001 y 6.000 € de multa).

En efecto, como consecuencia de la prohibición general incluida en la LOTT y de la gravedad de su incumplimiento, el RDL 3/2022, de un lado, refuerza los medios de inspección (competencia de la Inspección de Transporte Terrestre) que garanticen la observancia de las nuevas disposiciones y, de otro, realiza una actualización global del catálogo de infracciones del régimen sancionador de la LOTT, para adecuarlo a las nuevas obligaciones impuestas por el Reglamento (CE) 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, que están vigentes desde agosto de 2020. Las cinco nuevas infracciones ahora recogidas tienen que ver con el incumplimiento empresarial de los descansos de quienes conducen y la falta de organización del trabajo que impida el regreso de estos a

su lugar de residencia en los plazos preceptivos. Por ejemplo, según la nueva redacción del artículo 140.37.11 de la LOTT, se considera infracción muy grave que no se realice a quien conduce la compensación de los dos descansos semanales reducidos consecutivos, en el marco de un transporte internacional de mercancías, precediendo al siguiente periodo de descanso semanal normal y unido a este.

También cabe resaltar una significativa novedad con relación a la noción de «paralización» del vehículo a motor. El RDL 3/2022 rebaja en 1 hora (antes eran 2 horas) el plazo a partir del cual se considera que se produce esta situación de inmovilización del vehículo, por lo que se disminuye el tiempo que la persona transportista ha de esperar para que concluya la carga y descarga del vehículo desde su puesta a disposición para este fin, y, por tanto, para que tenga derecho a una indemnización. Hay que tener en consideración que la regulación de la duración de estos tiempos de espera es una cuestión bastante determinante, ya que no solo afecta al posible resarcimiento económico que pueda percibir quien realiza el transporte (que es importante para compensar el coste de su inactividad), sino que incide directamente sobre las horas no productivas de las personas trabajadoras y, en consecuencia, sobre sus condiciones laborales y las circunstancias de mayor penosidad en las que se desarrolla su desplazamiento temporal (descanso, vuelta a casa, dificultades de conciliación, etc.).

3.3. Establecimiento de normas especiales para las personas conductoras desplazadas en el transporte por carretera (regulación expresa de ciertas exclusiones y exigencia de determinadas obligaciones específicas)

Como era de imaginar, la incorporación de unas normas especiales en relación con el desplazamiento de conductores y conductoras en el transporte por carretera se lleva a cabo mediante la correspondiente modificación de la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Así es, el RDL 3/2022 establece la inclusión ex profeso de un capítulo en dicha norma (el capítulo V), dispuesto específicamente para quienes trabajen en la conducción dentro del sector en el transporte por carretera.

El objetivo principal perseguido con esta medida (según lo expuesto en el preámbulo del RDL 3/2022) es evitar situaciones de competencia desigual entre empresas comunitarias y combatir las actividades de las «empresas buzón». Ahora bien, la incorporación de estas novedades obedece, ante todo, a una cuestión primera relativa al vencimiento de plazos: es necesario trasponer de manera urgente los contenidos de la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera. En efecto, visto el nuevo escenario dibujado por el Tratado de Lisboa de 2007 en relación con

los incumplimientos de trasposición en plazo, España se encontraba en grave riesgo de multa, puesto que el pasado 2 de febrero de 2022 era la fecha límite impuesta por la propia directiva para adoptar y publicar las disposiciones necesarias que diesen cumplimiento a lo establecido en ella –art. 9 Directiva (UE) 2020/1057–. Por tanto, conforme al artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, estaban rebasados con creces los 3 meses previos al plazo límite de trasposición y dictado de la correspondiente norma con rango de ley, y se acrecentaba la posibilidad de que la Comisión pidiese al TJUE la imposición de una importante sanción económica de manera acelerada. En definitiva, era urgente que el Gobierno español actuase aprobando los instrumentos legislativos necesarios para acoger las referidas previsiones de la UE, tal como finalmente hizo, a primeros de marzo de 2022, con la promulgación del RDL 3/2022.

En segundo lugar y en cuanto al contenido, era imprescindible incorporar a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto por la Directiva (UE) 2020/1057 para dar continuidad al camino iniciado por la UE en lo relativo a la garantía de los derechos laborales de las personas trabajadoras desplazadas. Hace unas décadas, merced a la Directiva 96/71/CE, el Parlamento Europeo y el Consejo comenzaron a legislar para evitar el fenómeno del *dumping* social y combatir los abusos laborales detectados en los desplazamientos de las personas trabajadoras¹⁹ –tanto de corta como de larga duración– (Molina Navarrete, 2016, pp. 11-13); con posterioridad, se sucedieron otras directivas que fueron mejorando el modelo inicial de protección laboral de quienes trabajaban desplazados y que, en particular, se encargaron de reforzar el control de la aplicación de la normativa social en el transporte por carretera²⁰; ahora, una vez que la movilidad internacional en el transporte ha seguido aumentando, era necesario dar un paso más allá y se ha hecho dictando unas normas sectoriales que pretenden favorecer unas adecuadas condiciones laborales y de protección social de los conductores y conductoras desplazados y, a la par, garantizar la libertad de las empresas transportistas (en su mayoría, pequeñas compañías) para prestar servicios transnacionales, sin que estos tengan que sufrir barreras administrativas desproporcionadas ni controles discriminatorios, pero que les permitan el cumplimiento fiel de la legislación social (contribuyendo así a combatir las prácticas fraudulentas de las «empresas buzón»).

Por uno y otro motivo, alineado con las previsiones de la Directiva (UE) 2020/1057, el flamante capítulo V de la Ley 45/1999 se dedica a regular tanto el ámbito de aplicación de las nuevas normas especiales para las personas dedicadas a la conducción (que posee distintos supuestos de exclusión) como la imposición a las empresas transportistas de dos obligaciones asociadas específicamente al desplazamiento de conductores y conductoras en el transporte por carretera (una relativa al contenido que deben tener las comunicaciones

¹⁹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

²⁰ Directiva 2006/22/CE, Directiva 2014/67/UE y Directiva 2018/957/UE (que modifica la Directiva 96/71/CE).

sobre el desplazamiento y otra referente a la distinta documentación que pueden solicitar las autoridades inspectoras). Veamos separadamente ambas cuestiones.

En lo que respecta al ámbito de aplicación de estas normas sectoriales de nuevo cuño, conviene comentar que afectan a las personas trabajadoras desplazadas temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo (que es el ámbito general de aplicación de la Ley 45/1999), aunque (hay que insistir en señalarlo) solo en el caso de que estos profesionales se dediquen a la conducción en el transporte por carretera (y no otro tipo de personas empleadas), trabajen por cuenta ajena y actúen bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España –art. 18 Ley 45/1999, que remite al art. 2.1.1.º, letra a), de la misma norma–. Al margen de las referidas normas especiales, este tipo de trabajadores se regirán por las demás disposiciones de la Ley 45/1999, con la salvedad de que les serán de aplicación las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario, cualquiera que sea la duración del desplazamiento –art. 18 Ley 45/1999–.

Hay que señalar que, como se ha mencionado antes, las referidas normas especiales ahora establecidas conocen ciertas exclusiones en relación con el transporte bilateral (arts. 19 y 20), tanto de mercancías (operaciones de transporte bilateral de mercancías basado en un contrato de transporte desde el Estado miembro de establecimiento hasta España o bien desde España al Estado miembro de establecimiento, y otros supuestos previstos en el art. 19 Ley 45/1999) como de viajeros (operaciones de transporte bilateral de viajeros a que se refiere el Reglamento CE/1073/2009). Para vigilar el cumplimiento de la adecuada aplicación de las normas especiales a quienes realmente estén obligados, se establece un sistema de control de las referidas exclusiones y de los documentos de comprobación que serán exigidos por las autoridades del Estado miembro de acogida (art. 24 Ley 45/1999): bastará que las personas conductoras conserven y faciliten, si se les requiere en carretera por parte de las autoridades, la prueba (en papel o formato electrónico) que justifique el tipo de transporte que estén desarrollando –como son la carta de porte electrónica e-CMR u otras fórmulas de acreditación previstas en el art. 8.3 Reglamento (CE) 1072/2009–. Además, el artículo 21 de la Ley 45/1999 introduce una aclaración importante respecto al transporte de cabotaje, para indicar que en todo caso se considerará «trabajador desplazado» al «conductor» que realice dicho tipo de transporte, según la definición contenida en los Reglamentos (CE) 1072/2009 y 1073/2009.

En lo relativo a las obligaciones asociadas específicamente al desplazamiento de conductores y conductoras en el transporte por carretera, una está referida a las comunicaciones sobre el desplazamiento –que deben incluir la identidad de la empresa transportista, los datos de contacto de un gestor de transporte, la identificación, domicilio y número de permiso de conducir del conductor, la fecha de inicio del contrato de trabajo del conductor

y la legislación aplicable al mismo, las fechas de inicio y fin del desplazamiento, la matrícula del vehículo a motor, el tipo de servicio de transporte prestado especificando si es de mercancía, viajes, cabotaje o transporte internacional— y otra tiene que ver con la documentación necesaria puesta a disposición, conservación y facilitación en controles de carretera y ante la ITSS o la Inspección de Transporte Terrestre —comunicación de desplazamiento, carta de porte electrónica, datos del tacógrafo, símbolos de país de los Estados miembros en que el conductor estuvo presente al realizar las operaciones de transporte, etc.—.

Precisamente, para robustecer la colaboración y el auxilio con la ITSS se efectúa también ahora una modificación del artículo 16 de la LOSITSS, por la que se introduce la obligación expresa de que las autoridades competentes en materia de transporte terrestre faciliten a aquella toda la información necesaria para vigilar el cumplimiento de lo previsto en este nuevo capítulo V de la Ley 45/1999. Además, en el intento por fortalecer la coordinación entre las dos autoridades inspectoras y de involucrar aún más a la ITSS en los controles regulares sobre el sector del transporte (tanto los que se realicen en la propia carretera como los que se desarrollen en los locales de las empresas) y, particularmente, en los controles de la jornada laboral en los locales de las empresas, se ha dictado la Resolución de 6 de mayo de 2022, del organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se establecen procedimientos de control de la jornada laboral de las personas que se ocupen de conducir en el sector de transportes por carretera (de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2020/1057). No hay que olvidar que la ordenación y vigilancia de los tiempos de trabajo de las personas que se ocupan de la conducción en el transporte por carretera es de capital importancia y ha sido objeto de sucesivos cambios regulatorios²¹, sobre todo por la incidencia que tienen los aspectos relativos a la jornada y los descansos sobre su seguridad y salud, así como sobre la siniestralidad laboral (CC. OO., 2020, pp. 14-18).

Por último, no debe pasar desapercibida otra de las novedades que introduce el RDL 3/2022 para cumplir con las previsiones de la Directiva (UE) 2020/1057 y que tiene que ver con una cuestión delicada como es la duración de los desplazamientos de las personas trabajadoras y las garantías que se establecen para los periodos de más de 1 año. Debido a la gran movilidad del sector del transporte, es común que quienes conducen se desplacen por periodos menos prolongados que los concertados en otros sectores, motivo por el que la citada directiva entendió que era necesario aclarar las circunstancias en las que no se les aplican a los conductores las normas sobre desplazamientos de larga duración (y donde, por tanto, las empresas de transporte no estarían obligadas a garantizar ciertas condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española). Para efectuar dicha clarificación, el ejecutivo español opta por incorporar un nuevo precepto en la Ley 45/1999: el artículo 25, donde se establece una regla particular para efectuar el cómputo del periodo de desplazamiento y

²¹ El Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, y el Real Decreto 1635/2011, de 14 de noviembre, modifican el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera y en materia de tiempo de presencia en los transportes por carretera, respectivamente.

determinar su duración en el caso de que la persona trabajadora sea alguien que conduce y transporta mercancías (conforme a los criterios establecidos en el art. 3.8 de la misma ley para los desplazamientos superiores a 12 meses²²). Según el tenor literal de dicho precepto:

[...] se considerará que un desplazamiento finaliza cuando el conductor deja el Estado miembro de acogida como parte de su actividad de transporte internacional de mercancías o de pasajeros. Dicho periodo de desplazamiento no se acumulará a periodos de desplazamiento previos en el contexto de tales operaciones internacionales realizadas por el mismo conductor o por otro conductor al que haya sustituido (en transcripción del art. 1.8 Directiva 2020/1057/UE).

Vista la modificación llevada a cabo, hay que celebrar que se haya ganado en seguridad jurídica, puesto que queda mejor explicada la forma de realizar el cómputo de la duración del desplazamiento para los conductores y conductoras (en cuanto al momento de determinar su finalización y a su no acumulación a periodos de desplazamiento previos) y, además, para el caso de no estar ante periodos largos, se aligera a las empresas transportistas de dar garantía sobre algunas condiciones de trabajo añadidas.

En resumen, según lo descrito (y teniendo presente el objetivo arriba señalado de evitar situaciones de competencia desigual entre empresas comunitarias), hay que recordar que la Ley 45/1999 establece unas condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus personas trabajadoras que se encuentren desplazadas temporalmente a España en el marco de una prestación de servicio transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato. Por lo tanto, con las novedades introducidas por el RDL 3/2022, lo que se hace es regular separadamente dentro de la misma norma (la Ley 45/1999) ciertas reglas pensadas únicamente para quienes se dedican a la conducción en el sector del transporte por carretera (no aplicables al resto de personas trabajadoras desplazadas de otros sectores de actividad), dadas las particularidades de la actividad de este colectivo profesional, la necesidad urgente de adaptar el ordenamiento interno a las previsiones europeas sobre la materia y el deseo de quienes legislan por avanzar en la lucha contra las problemáticas de competencia desigual que rodean a este tipo de transporte en la UE. Y para afrontar esa ordenación singular, se marcan también ahora algunos significativos casos de inaplicación de las normas especiales y se adaptan las obligaciones generales de las empresas respecto de las personas trabajadoras desplazadas a la actividad propia de las empresas transportistas (confrontar las obligaciones señaladas en los arts. 5 y 6 Ley 45/1999 con las particulares obligaciones exigidas a las empresas transportistas respecto de las personas que conducen y están desplazadas, conforme a los arts. 22 y 23 de la misma norma).

²² Para dichos desplazamientos de larga duración, las empresas están exentas de garantizar las condiciones de trabajo previstas por la legislación española en materias relativas a: a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo (incluyendo las cláusulas de no competencia); b) los regímenes complementarios de jubilación.

3.4. Actualización del catálogo de infracciones y sanciones en el orden social para combatir los abusos padecidos por las personas desplazadas y para luchar, particularmente, contra las prácticas fraudulentas de las «empresas buzón»

En consonancia con las medidas comentadas en los epígrafes anteriores y continuando la actuación contra el fraude propagado por las «empresas buzón» y otras entidades que desarrollan su actividad clandestina en el sector del transporte de mercancías, el RDL 3/2022 modifica tanto la LISOS (para incorporar sanciones relativas a las nuevas obligaciones establecidas y a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social) como la LOSITSS (para ordenar y reforzar la imprescindible colaboración entre las autoridades de transporte terrestre y la ITSS a la hora de compartir información relevante sobre el desplazamiento de quienes se dedican a la conducción de vehículos a motor). Una y otra reforma legislativa eran necesarias para, de un lado, intentar persuadir a determinadas empresas de realizar prácticas abusivas y, de otro lado, facilitar la trascendental labor de vigilancia y control que han de efectuar las entidades inspectoras competentes.

Concretamente, en el ámbito sancionador social se actúa en dos planos:

- Plano laboral: se adecua el tenor de las infracciones, calificadas como muy graves, que sean debidas al incumplimiento de las obligaciones sobre el desplazamiento a España de personas trabajadoras en el marco de una prestación de servicios transnacional –art. 10.3, letras a) y b), LISOS–. Ahora, se va a considerar de mucha gravedad tanto la ausencia de comunicación de los desplazamientos como la falsedad u ocultación de cualquier dato de la misma. Tendrán también esta severa calificación los desplazamientos fraudulentos llevados a cabo por las «empresas buzón», es decir, las actuaciones engañosas de aquellas compañías que operan *de facto* fuera de sus Estados de establecimiento beneficiándose, sin embargo, de costes fiscales y laborales más bajos.

En idéntico sentido, el RDL 3/2022 refuerza el régimen específico de responsabilidades empresariales en materia laboral (art. 42.4 LISOS), estableciendo una responsabilidad solidaria con la empresa transportista para responder de las infracciones muy graves de nuevo cuño. Así, responderán solidariamente determinados agentes involucrados en las obligaciones para con las personas conductoras desplazadas que trabajen en el transporte de mercancías en lo atinente a la obligación de comunicar el desplazamiento, como son los «cargadores, que, en el marco de una actividad empresarial, contraten la realización de transportes de forma habitual, los transportistas, los operadores de transporte y los intermediarios del transporte de viajeros» (según determina el nuevo art. 22.4 Ley 45/1999).

- Plano de protección social: respecto a las infracciones muy graves cometidas por las empresas en materia de Seguridad Social, serán calificadas en este alto grado, los incumplimientos de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social, en lo que se refiere a la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable a las situaciones de movilidad laboral intraeuropea, ya sea porque dicha inobservancia provoque la inscripción o alta en el sistema de Seguridad Social español de empresas, trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, o trabajadores y trabajadoras por cuenta propia, o ya sea porque dé lugar a la falta de alta y cotización en nuestro sistema de personas desplazadas a España desde otro Estado miembro de la UE (ya trabajen por cuenta ajena o por cuenta propia) –art. 23.1, letras l) y m), LISOS–.

En justa medida y aplicando la modulación pertinente, a las infracciones muy graves les corresponderán sanciones más severas (arts. 39, 40 y 41 LISOS, sobre criterios de graduación de las sanciones, cuantía de las sanciones y reincidencia, respectivamente). Tengamos, pues, en consideración que todas las infracciones de nuevo cuño que introduce el RDL 3/2022 se ubican dentro de las muy graves y que deben estar armonizadas con las exigencias impuestas por el armazón normativo europeo, por lo que habrá que aplicarlas siempre con escrupuloso ajuste al principio de proporcionalidad instaurado en el derecho de la UE, para no correr el riesgo de dejar sin efecto las sanciones y, tal vez, la normativa que las impone.

Precisamente, en relación con los nuevos planteamientos sancionadores y con la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las multas, conviene tener presente las últimas y más recientes tendencias jurisprudenciales del TJUE en interpretación y aplicación de la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, con particular referencia a las obligaciones de declaración de trabajadores y de conservación de documentación laboral y las sanciones impuestas por la normativa nacional.

Apenas pasados unos días desde la publicación en el BOE del RDL 3/2022, se dicta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2022 (asunto C-205/20). Este pronunciamiento del TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria (Austria) que tiene por objeto la interpretación del artículo 20 de la citada Directiva 2014/67/UE. La petición fue presentada en el contexto de un litigio donde la Administración austriaca sanciona a una empresa (NE, representante de Convoi) con una elevada multa (de 54.000 €) por el incumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por la normativa nacional en materia de derecho laboral relativas a la declaración de las personas trabajadoras y a la conservación de documentación laboral.

El referido artículo 20 contiene una prohibición expresa de adoptar sanciones desproporcionadas y, en este sentido, la citada sentencia del TJUE resuelve cuestiones prejudiciales planteadas en un doble sentido: a) establecer que el artículo 20 tiene efecto directo y, por tanto, puede

ser invocado por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales frente a un Estado miembro que lo haya traspuesto incorrectamente; b) determinar que el principio de primacía del derecho de la UE ha de interpretarse en el sentido de que impone a las autoridades nacionales la obligación de dejar inaplicada una normativa nacional que en parte contraviene la exigencia de proporcionalidad de las sanciones establecida en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE, únicamente en cuanto sea necesario para permitir la imposición de sanciones proporcionadas.

Una vez vigente el RDL 3/2022, esta ha de ser la pauta jurisprudencial que seguir a la hora de aplicar la renovada LISOS por parte de las autoridades inspectoras y administrativas en lo que respecta a la actual regulación de las condiciones laborales de quienes se dedican a la conducción de vehículos a motor, las nuevas obligaciones establecidas para con ellos, los posibles incumplimientos empresariales y la imposición de sanciones proporcionadas frente a los mismos.

3.5. Aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte por carretera

Entre las variadas medidas urgentes que establece el RDL 6/2022 para paliar las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, se recogen algunas que están pensadas expresamente para beneficiar al sector del transporte por carretera. Aparte del sistema de ayudas directas a empresas y profesionales especialmente afectados por la subida de precios del carburante y de los créditos extraordinarios para financiar dicho sistema, hay que subrayar las decisiones tomadas en el campo de la protección social, que tienen por objeto auxiliar (levemente, según nuestra consideración) a las empresas y a las personas autónomas en el tiempo del que disponen para realizar el abono de determinados costes sociales. En particular, el artículo 28 del RDL 6/2022 regula el aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte por carretera, estableciendo un conjunto de reglas particulares a las que debe ajustarse tal moratoria.

De partida, este mecanismo aprovecha con amplitud a todas las empresas que tengan personas trabajadoras de alta en el régimen general de la Seguridad Social y a quienes estén incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera (CNAE 4931, 4932, 4939, 4941 y 4942). Para beneficiarse de la medida es necesario, lógicamente, estar al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social y no tener otro aplazamiento en vigor. La solicitud de aplazamiento la podrán realizar, bien directamente, o bien a través de sus autorizados para actuar a través del sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED). Los importes susceptibles de aplazamiento serán, únicamente, los que se devenguen entre los meses de abril a julio de 2022 para las empresas, y los meses de mayo a agosto de 2022 para el caso de las personas que presten servicio por cuenta propia.

De otra parte, las particularidades en cuanto a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa tienen que ver con el plazo para efectuar la solicitud (antes del transcurso de los 10 primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas de los meses de 2022 antes señalados), el interés devengado por el principal de la deuda, los recargos y las costas del procedimiento que sean objeto de aplazamiento (será del 0,5 %, en lugar del previsto en el art. 23.5 texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social), la decisión de la concesión (una única resolución, independientemente de los meses de aplazamiento solicitados), la amortización (mediante pagos mensuales y con un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 16 mensualidades), el plazo de abono (el primer pago se producirá a partir del mes siguiente a aquel en que se haya dictado la resolución de aplazamiento) y las consecuencias anexas a la solicitud de aplazamiento (determinará la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las cuotas afectadas por el mismo y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución).

Si bien hay que aplaudir la apuesta por una medida de aplazamiento de las cuotas a la Seguridad Social, lo cierto es que parece una decisión parca, poco ambiciosa y cicatera en relación con las graves problemáticas socioeconómicas, de viabilidad y morosidad que padecen muchas de las empresas y personas autónomas del sector, y respecto de otras medidas más generosas que se podrían haber adoptado (bonificaciones, exoneraciones o moratorias más amplias). Esta prórroga, por tanto, no cambia de manera sustancial el delicado panorama que vive el transporte de mercancías por carretera, ya que, en realidad, no alivia el montante de los costes sociales y, además, circunscribe su alcance a un periodo breve de 4 meses, con una rebaja exigua en los intereses devengados (Hierro Hierro, 2022, p. 41).

4. Balance de los progresos logrados y cuestiones pendientes de abordaje

Tal como hemos planteado en el propio título de este trabajo y como hemos ido analizando en cada uno de sus epígrafes, era «necesario y urgente» afrontar la situación crítica que atraviesa el sector del transporte de mercancías por carretera, haciéndolo además desde las exigencias y compromisos marcados por el desarrollo sostenible. En ese sentido, el balance general sobre las modificaciones acometidas por el legislador es favorable, puesto que no cabía prorrogar por más tiempo el diseño y despliegue de medidas eficaces. Así, hay que valorar positivamente que, por fin, el Gobierno se haya decidido (aunque sea *in extremis*) a trasponer los improrrogables avances que la normativa europea ya había establecido en 2020 en relación con el desplazamiento de las personas trabajadoras dedicadas a la conducción y el transporte de mercancías por carretera.

En concreto, el establecimiento en la Ley 45/1999 de unas normas sectoriales de nuevo cuño aplicables particularmente al desplazamiento de conductores y conductoras en el

transporte por carretera, así como la exigencia de determinadas obligaciones específicas, refuerza la protección social de quienes se dedican a la conducción, además de dar continuidad al camino iniciado por la UE con la Directiva 96/71/CE, sobre garantías de los derechos laborales de las personas trabajadoras desplazadas. Por tanto, las medidas legales dispuestas en 2022 han venido a reforzar la protección que ya se venía dispensando a estas personas, no cargan de trabas administrativas excesivas ni de controles discriminatorios a las empresas transportistas y, a la vez, están permitiendo una lucha más efectiva contra el fraude laboral en el transporte transnacional, contribuyendo al ansiado modelo de transporte justo y competitivo.

Especial mención requiere la actualización del catálogo de infracciones y sanciones en el orden social que se ha llevado a cabo con la incorporación en la LISOS de sanciones relativas a las nuevas obligaciones establecidas en el desplazamiento de quienes conducen y a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Todo ello sirve, en verdad, para combatir los abusos padecidos por las personas desplazadas, para disuadir a las empresas de realizar prácticas irregulares (so pena de recibir severas penalizaciones) y para facilitar la labor de las autoridades inspectoras frente a las expandidas y preocupantes prácticas fraudulentas de las «empresas buzón». Sin embargo, en la aplicación de tales novedades y la imposición de sanciones proporcionadas, las autoridades inspectoras y administrativas no deberán perder de vista las más recientes tendencias jurisprudenciales del TJUE en esta materia (Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 8 de marzo de 2022 –asunto C-205/20–).

La limitación de la participación en las tareas de carga y descarga (y la regulación sucesiva de ciertas exclusiones) constituye uno de los logros más significativos de la reforma efectuada en el sector, ya que la modificación de la LOTT mejora las penosas condiciones laborales de quienes conducen y transportan mercancías por carretera y comporta, además, para ellos mayores niveles de seguridad y salud en el trabajo. Aun así, hay que hacer notar que la medida llega con retraso, ya que llevaba bastante tiempo en la lista de las reivindicaciones laborales del sector transportista.

También es de agradecer la revisión que se ha realizado del concepto de «paralización» y la correspondiente reducción en 1 hora del plazo para la consideración de inmovilización del vehículo. Aunque, de otro lado, creemos que la apuesta por una medida de aplazamiento de las cuotas a la Seguridad Social se queda corta frente a la delicada situación económica que sufren muchas de las empresas y personas autónomas del sector.

Otra modificación que consigue una crítica favorable es el refuerzo de la colaboración y el auxilio entre la ITSS y las autoridades competentes en materia de transporte terrestre (con el pertinente cambio en la LOSITSS), ya que era imprescindible conseguir un mayor nivel de entrelazamiento en la actuación de ambas.

En consecuencia, siendo verdad que las varias normas de urgencia dictadas han supuesto ciertos avances en la mejora de las condiciones laborales y la protección social de los trabajadores del transporte de mercancías por carretera y que han comportado reformas oportunas

de nuestro ordenamiento jurídico-laboral en materia de contratación, condiciones de trabajo, infracciones y sanciones y Seguridad Social; no obstante, del análisis realizado se desprende que las modificaciones acometidas son aún insuficientes para resolver todas las disfuncionalidades sociolaborales diagnosticadas en el sector y para dar respuesta a las propuestas reivindicativas acuñadas por las asociaciones de transportistas desde tiempo atrás. En definitiva, no todas las problemáticas sociolaborales del sector han sido atajadas ni resueltas en las distintas normas aprobadas por el Gobierno español, por lo que quedan pendientes de abordaje cuestiones controvertidas que ahora se dejan apuntadas, a grandes rasgos:

- Arbitrar mecanismos para superar las particulares dificultades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar que tienen quienes se dedican a la conducción de vehículos a motor en el transporte de mercancías, ya sea mediante especificaciones legales, convencionales o de buenas prácticas empresariales.
- Reflexionar sobre las singulares condiciones de seguridad y salud laborales de las personas conductoras en el desempeño de su trabajo, particularmente por las patologías y dolencias que padecen como consecuencia de los riesgos laborales asociados a la movilidad internacional, a la circulación de vehículos a motor, a la inseguridad vial, etc. (fatiga y somnolencia, trastornos musculoesqueléticos como el dolor de espalda, exposición a niveles elevados de ruido y vibraciones, trastornos del sueño, ansiedad, estrés, exposición a humos, trastornos nutricionales como la obesidad y la diabetes...). Meditar sobre estas cuestiones relativas a la mejora de la prevención de riesgos laborales y a la reducción de la siniestralidad en el sector del transporte por carretera puede suponer, a su vez, el análisis de otros aspectos relativos a la protección social:
 - Valorar la posibilidad de incluir en el cuadro de enfermedades profesionales determinados padecimientos que sufren las personas dedicadas a la conducción como consecuencia directa del trabajo desarrollado en su puesto.
 - Valorar la posibilidad de reconocimiento de la jubilación anticipada a los conductores y conductoras, y la cobertura legal de coeficientes reductores que les correspondiera, dadas las condiciones de peligrosidad, insalubridad, toxicidad y penosidad que concurren en su puesto de trabajo. Este beneficio lo disfrutaban personas que trabajan en otros sectores de actividad (por ejemplo, personal de vuelo, personas trabajadoras de la minería, personal ferroviario) y recientemente se ha debatido en sede parlamentaria su ampliación a colectivos como el de quienes se dedican a la extinción de fuegos forestales. No sería descabellado plantear la posibilidad de extrapolar esta protección a las personas que se dedican a la conducción y transporte de mercancías por carretera.
- Replantear los costes de la formación de acceso a la profesión y de la cualificación profesional exigida al colectivo de transportistas.

Referencias bibliográficas

- CC. OO. (2020). *Informe sobre salud laboral y siniestralidad en el sector del transporte por carretera. Accidentes de trabajo y factores de riesgo*. <https://madrid.fsc.ccoo.es/6c01413c5f43fa5b51721147e1d9616e000050.pdf>
- Costa Climent, J. (2021). *Multicapitalismo. Por un capitalismo que nos ayude a crear empleo, proteger el clima y frenar la desigualdad*. Deusto.
- Durán Bernardino, M. (2021). Movilidad internacional de trabajadores y riesgos laborales. La influencia de los riesgos transnacionales en la salud del trabajador. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 57, 135-166.
- Fajardo García, G. (2019). Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, n.º 2263/2018, de 18 de mayo. *Revista de Derecho Mercantil*, 313, 355-386.
- Fernández Liesa, C. y Manero Salvador, A. (2017). *Análisis y comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Hierro Hierro, F. J. (2022). Algunas notas sobre la regulación de urgencia reciente: Reales Decretos-Leyes 4, 5 y 6/2022. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 253, 13-50.
- Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2018). La integración del trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211, 113-139.
- Miñarro Yanini, M. (2021). Introducción: el papel del derecho para garantizar una transición ecológica socialmente justa. En M. Miñarro Yanini (Ed.), *Cambio climático y derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva* (pp. 7-13). Colección IVRA, UJA Editorial.
- Molina Navarrete, C. (2016). Libertades económicas y norma laboral: ¿Stop «dumping social»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 401-402, 5-18. <https://bit.ly/3rtVg8Y>
- Moreno Márquez, A. (2013). Incumplimiento de la normativa sobre descansos respecto del trabajador especialmente sensible. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 9, 327-337.

El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022,**
de 6 de octubre

Margarita Miñarro Yanini

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

Universitat Jaume I (Castelló, España)

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

Extracto

El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al convenio aplicable de las personas trabajadoras de empresas contratistas y subcontratistas, establece una regla general y varias excepciones. Con ello, la reforma laboral ha introducido en la norma las pautas jurisprudenciales, a fin de evitar las prácticas abusivas y desleales.

Palabras clave: convenio colectivo aplicable; empresas multiservicio; reforma laboral.

Recibido: 24-10-2022 / Aceptado: 25-10-2022

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2022). El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 161-169. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7255>

The collective agreement in outsourced work: the Supreme Court applies the new article 42.6 of the Workers' Statute

Commentary on Supreme Court Ruling 815/2022, October 6

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The new article 42.6 of the Workers' Statute, relative to the applicable agreement for workers of contractor and subcontractor companies, establishes a general rule and several exceptions. In this way, the labor reform has introduced the jurisprudential guidelines in the norm, in order to avoid abusive and unfair practices.

Keywords: applicable collective agreement; multiservice companies; labor reform.

Citation: Miñarro Yanini, M. (2022). The collective agreement in outsourced work: the Supreme Court applies the new article 42.6 of the Workers' Statute. Commentary on Supreme Court Ruling 815/2022, October 6. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 161-169. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7255>

1. Marco normativo aplicable: una reforma laboral que proyecta en la ley el derecho de precedentes jurisprudenciales

Aunque el sistema y práctica de negociación colectiva españoles llevan necesitando largo tiempo de una reforma modernizadora profunda que les dé mayor coherencia y solidez, la de 2021 no afronta tal desafío. Se ha limitado a realizar en este ámbito una reforma parcial, puntual, «quirúrgica», reduciéndose a seleccionar y corregir sus principales patologías. Entre ellas, como es sabido, destaca el mal uso de las unidades convencionales de empresas contratistas y subcontratistas, utilizadas para fomentar la competencia desleal en numerosos sectores de servicios, mediante la negociación salarial a la baja. A ello responde la reforma del [artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), que es más limitada de lo esperado y que presenta ciertos «puntos antinómicos».

Así, podemos comprobar cómo, en esencia, las tres reformas legales que afectan a la negociación colectiva (arts. [84.2](#), [42.6](#) y [86 ET](#)) comparten un mismo fin: recuperar para el convenio colectivo de sector la función de garantía y promoción de la competencia leal, como mejor forma de evitar la devaluación salarial, y también de incentivar la innovación empresarial, buscando una ventaja competitiva en la calidad del producto y organización del proceso, y no solo en el menor coste de la mano de obra. De este modo, no solo cumplen una función laboral, sino también una importante función económica, al servicio de los intereses generales. Siendo esta la idea básica común, como es lógico, el estudio de cada precepto plantea problemas singulares.

La nueva norma legal ex [artículo 42.6 del ET](#) presenta una estructura compleja y enrevesada. Por una parte, establece una regla general (de aplicación no condicionada a la concurrencia del requisito de la «propia actividad» ex [art. 42.1 ET](#)), respecto de la que el propio texto establece dos excepciones, a las que se suma una tercera, prevista en la [disposición adicional vigesimoséptima del ET](#) (no contemplada en el acuerdo a tres bandas, pero introducida por decisión del Gobierno en el momento de la publicación del [RDL 32/2021](#)).

Dispone el artículo 42.6 del ET que:

El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, [1] salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, [2] cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.

Para entender parte de la apuntada complejidad del texto, es oportuno conectarlo con el derecho de precedentes jurisprudenciales. La regla general opta por uno de los tres criterios utilizados hasta el momento por el Tribunal Supremo (TS) para la selección del convenio colectivo en el trabajo externalizado, que es una operación muy compleja y conflictiva cuando se trata de empresas multiservicios. No obstante, evidenciando el carácter transaccional de la reforma, esta no ha querido cerrar completamente el tratamiento de esta cuestión.

Por ello, se deja abierta la posibilidad de aplicar otros posibles criterios, como es el convenio colectivo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios –criterio tradicional– (actividad ejecutada por la persona trabajadora de la contrata en la empresa cliente –Sentencia del TS [STS] de 11 de noviembre de 2021, rec. 3330/2019–). Queda descartada así una aplicación automática del convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando se trate de servicios propios de la actividad principal, pudiéndose acudir a él, sin embargo, en virtud de la primera y enigmática excepción contemplada por el nuevo texto legal. Por otra parte, la nueva [disposición adicional vigesimoséptima del ET](#) (introducida por el art. 1.15 [RDL 31/2021](#)) excluye del [artículo 42.6 del ET](#) los casos de contratas y subcontratas con centros especiales de empleo, que, aunque haya subrogación de empresa, habrán de continuar aplicando el convenio de discapacidad hasta tanto se negocie y se apruebe un nuevo convenio.

En cuanto a la segunda excepción, que supone la exclusión del convenio sectorial en caso de que exista convenio propio (no se especifica si ha de ser de empresa o bastaría de centro de trabajo, si se supera el obstáculo del principio de correspondencia), supone una importante concesión a la precedente política favorecedora del convenio de empresa. En realidad, salvo la cuestión retributiva, por la razón indicada, la reforma de 2021 sigue apostando por el significativo papel de esta unidad, aunque aspectos tales como la contratación, en especial la fijeza discontinua, se remita al convenio sectorial, en concreto, el estatal. Con todo, importantes materias siguen encomendadas a la autonomía colectiva empresarial, incluso yendo en aumento, como es el caso de la corresponsabilidad, de trascendencia en las actuales políticas y prácticas de gestión de los tiempos de trabajo. En todo caso, a las empresas multiservicios, un convenio propio les garantiza, por ejemplo, que no se les apliquen las reglas subrogatorias previstas en el convenio superior al de la empresa. Asimismo, y en función de la inmodificada regla del [artículo 84.1 del ET](#), en virtud del *prior tempore* convencional, un convenio propio garantiza la preferencia aplicativa del salario, al igual que el resto de las condiciones. Precisamente, en ausencia de estos convenios propios, la práctica evidencia subterfugios o prácticas elusivas para procurarse esta preferencia (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 22 de febrero de 2022, rec. 319/2021, sobre la que se volverá).

Ha de destacarse que la existencia de un convenio colectivo propio de empresa neutralizará el [artículo 42.6 del ET](#), pues la reforma no ha querido, o no ha podido, alterar las reglas de preferencia/prioridad aplicativa respecto de los convenios conforme al [artículo 84.1 del ET](#) (cuya vigencia debe atemperarse al debilitamiento de la misma por la jurisprudencia que asume el tiempo de ultraactividad como de libertad concurrencial convencional –[STS de 13 de enero de 2021, rec. 191/2019](#)–). Así, el convenio de empresa previo al sectorial siempre será

de aplicación preferente *in toto*, mientras que el sobrevenido lo será únicamente en los términos del [artículo 84.2 del ET](#), que incluye todas las materias previstas con anterioridad, a excepción de la retributiva, a las que hay que sumar la corresponsabilidad de la vida laboral y familiar.

En definitiva, la naturaleza cambiante de las empresas multiservicios y las excepciones legalmente previstas a la regla general ex [artículo 42.6 del ET](#) pueden erosionar, incluso neutralizar, una novedad importante de la reforma, al abrir vías de vaciamiento. Es por ello necesario que tanto la negociación colectiva como, por lo que aquí ahora más interesa, la doctrina jurisprudencial identifiquen prácticas convencionales y criterios interpretativos que proyecten los objetivos de la reforma, que debe ser la pauta orientadora.

En todo caso, debe ponerse de manifiesto que el valor de la reforma es más limitado en la práctica de lo esperable, pues, aunque supone trasladar a la ley una doctrina jurisprudencial precedente, esta no era suficientemente unívoca. De este modo, criterios típicos como la «actividad preponderante», usual en la doctrina del TS hasta el año 2020, aunque cada vez más anticuado ([STS de 29 de enero de 2002, rec. 1068/2001](#)), no se han abandonado para dilucidar la cuestión de elegir el convenio de aplicación cuando una empresa realice varias actividades económicas, pero tenga una especialmente destacada, no por su objeto social (forma), sino por la práctica real (principio de realismo). Aunque, es evidente, la complejidad de estas cuestiones, cada vez más, exige atender a criterios más seguros y precisos, como ahora pretende ser el de «actividad [real] desarrollada en la contrata».

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Sacyr Facilities, SA (antes Valoriza Facilities, SA), es la actual adjudicataria del servicio de limpieza y lavandería en las residencias para personas mayores que el organismo autónomo adscrito a la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias «Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias» (ERA) tiene en Oviedo (CPR El Cristo y CPR La Tenderina), Avilés (CPR El Nudo) y Lastres, habiendo asumido el personal de la anterior concesionaria. En la contrata se emplean unas 80 personas, que realizan en todos los centros tareas similares, pero a las que se aplican convenios colectivos diferentes. La mayor parte de los contratos están regidos por el convenio sectorial de limpieza, pero a 14 de las personas trabajadoras les es de aplicación el convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. UGT de Asturias (con representación en el comité provincial de la empresa), tras fracasar la correspondiente mediación solicitada al SASEC (Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos), presentó una demanda de conflicto colectivo a fin de que se declarara el derecho de las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de dicho conflicto a que se les aplicara el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, así como a que se les abonaran las diferencias salariales generadas por la no aplicación de dicha norma convencional desde septiembre de 2019.

La demanda fue parcialmente estimada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Asturias 20/2020, de 18 de noviembre, que concluye que las relaciones de trabajo con la empresa en los centros de Oviedo debían regirse por el Convenio del sector de limpieza de locales y edificios del Principado de Asturias, retrotrayendo los efectos que derivan del reconocimiento a septiembre de 2019 (año anterior a la presentación de la paqueta de conciliación).

Planteado recurso de casación ordinaria por la empresa, con fundamento en diversos motivos ex [artículo 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), tanto procesales como de fondo, el TS rechaza algunos de los primeros para centrarse en el tercero y de fondo ex [artículo 207 e\) de la LRJS](#) (pretendida infracción de los arts. 1, 3 y 5 Convenio estatal de dependencia, así como de lo establecido por el [art. 84.1 ET](#) y arts. [1.281](#) a [1.289](#) Código Civil), desestimando el recurso.

3. Doctrina jurisprudencial establecida: síntesis argumental de la decisión

Frente a la posición de la defensa empresarial, según la que las personas trabajadoras afectadas por el conflicto lo estarían tanto por el convenio colectivo de dependencia como por el convenio de limpieza, conforme a una situación de concurrencia a resolver ex [artículo 84.1 del ET](#), dando prioridad al primero por aplicación de la regla *prior tempore*, el TS considera que no se plantea un problema de concurrencia, puesto que solo hay un convenio colectivo aplicable en atención a los ámbitos funcionales. Así, en aplicación de su derecho de precedentes, en particular del criterio establecido por la [STS 438/2020, de 11 de junio](#), señala que ha de estarse al convenio cuyo ámbito funcional comprenda «la actividad realmente desempeñada» por las personas trabajadoras en el marco de la prestación de servicios desarrollada en la contrata por la empresa multiservicios en interés de la empresa cliente.

En el caso, estas son las actividades de limpieza, pues las personas trabajadoras afectadas no realizan tarea alguna de atención a las personas dependientes. Además, la empresa aplica el convenio colectivo de limpieza a la mayoría del personal que emplea, sin que consten razones objetivadas y suficientes para dar al restante un tratamiento distinto.

4. Trascendencia de la sentencia más allá del caso: la reforma laboral consolida y clarifica la doctrina jurisprudencial precedente

A la vista de este razonamiento que se limita a remitirse al derecho de precedentes y al fallo desestimatorio del TS, pudiera pensarse que la sentencia comentada carece de especial trascendencia teórica, incluso práctica, por su previsibilidad y reducido ámbito personal

aplicativo. Con todo, profundizando más en sus razonamientos, puede comprobarse que hay una decisión mucho más relevante y que implica dotar a la reforma del [artículo 42.6 del ET](#) de una doble importante virtualidad, pues, por una parte, consolida el criterio jurisprudencial del que la regla legal trae causa y, por otra, clarifica el derecho de precedentes, que hasta ahora no era unívoco. Es por ello por lo que, pese a no ser aplicable por razones temporales, el TS ya aplica la reforma laboral de 2021.

Recuerda así que el vigente [artículo 42.6 del ET](#) convierte en ley –aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata– la previa pauta jurisprudencial ([STS 438/2020, de 11 de junio](#)). Dado que no concurre en el caso ninguna de las tres excepciones previstas tras la reforma –que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el [título III ET](#), o convenio colectivo propio, o que se trate de centros especiales de empleo–, debe ser de aplicación la regla general.

Es cierto que no es ninguna novedad que una reforma legal se limite básicamente a normativizar un criterio jurisprudencial, incluso varios criterios cuando la doctrina que recibe presenta una notable complejidad, como es este caso. Así sucedió también, entre otros, en el [artículo 43.2 del ET](#), en relación con los criterios calificativos de una cesión como ilegal, diferenciándola de la relación triangular legal consistente en la subcontratación ex [artículo 42 del ET](#) (reforma [RDL 5/2006, de 9 de junio](#)).

Sin embargo, no debe infravalorarse la utilidad práctica del criterio legislativo en términos de eficacia del fin de garantía de la competencia leal, al menos retributiva y también de seguridad jurídica. Así, por una parte, deja claro que la pauta interpretativa predominante debe ser la de evitar todo tipo de estrategia o práctica elusiva de la regla general. Como ilustra la ya mencionada [SAN de 22 de febrero de 2022 \(rec. 319/2021\)](#), las empresas multiservicios siguen siendo un caladero de fórmulas elusivas del convenio colectivo efectivamente aplicable. En ese caso, como en el examinado por la sentencia analizada, la empresa multiservicios acordó con el único representante de las personas trabajadoras abonar el salario mínimo interprofesional (SMI), constatada la ausencia de convenio colectivo aplicable. Dado que existían reclamaciones individuales salariales, el órgano de representación de las personas trabajadoras formuló una demanda de conflicto colectivo para exigir el respeto de lo acordado, allanándose –sorprendentemente– la empresa. La AN entendió que, en estas circunstancias, el allanamiento constituye un fraude a los intereses laborales, y tras un detenido recorrido por la doctrina jurisprudencial sobre el convenio aplicable, así como por el contenido del [artículo 42.6 del ET](#) (y la obligación de aplicar el convenio colectivo de la actividad desarrollada en la principal), el principio de correspondencia y la ausencia de prioridad aplicativa ex [artículo 84.2 del ET](#) de un acuerdo de empresa, sostiene:

[...] lo que se pretende es obtener una sentencia que produzca cosa juzgada en los distintos conflictos individuales que puedan suscitarse o estén en trámite en los que se reclame por los trabajadores de la empresa un salario superior al SMI por resultar un determinado convenio sectorial de aplicación y en perjuicio del interés general de los trabajadores de la empresa.

Por otra parte, ha de destacarse que esta reforma normativa tiene la virtud de apuntalar prácticas convencionales que han venido desarrollando estrategias a favor de la competencia leal y en aras de evitar la precarización laboral. Esta línea de política convencional cuenta con el favor jurisprudencial, como ilustra, entre otras, la [STS 718/2022, de 13 de septiembre](#), que rechaza la legitimación de varias empresas multiservicios para impugnar por ilegalidad y/o por lesividad el Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas. Sobre el relato de hechos, muy brevemente, puede señalarse que, respecto del artículo 1.2 del Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas, las cuatro empresas demandantes (tres de ellas multiservicio) entienden que su inclusión, que conlleva la aplicación de las tablas salariales que contiene, les provoca graves perjuicios económicos y organizativos. De las cuatro empresas demandantes, una carece de convenio colectivo propio y se encuadra en el ámbito funcional del convenio sectorial de limpieza, mientras que las tres restantes, multiservicios, tienen convenio de empresa, de vigencia anterior al convenio controvertido. El TS desestima este recurso por entender que no concurre ni ilegalidad ni lesividad, pues el hecho de que tres de las cuatro demandantes ostenten convenio propio anterior al convenio controvertido y que tengan preferencia aplicativa *ex artículo 84.1 del ET* impide que les pueda provocar perjuicio alguno y, por este motivo, «carecen de legitimación activa para impugnar el convenio por lesividad, toda vez que no han acreditado perjuicio alguno por su formalización». En cuanto a la empresa que no dispone de convenio colectivo propio, a partir de la interpretación literal del artículo 1.2 controvertido y, en especial, de su finalidad, permite concluir que «los únicos destinatarios de la obligación controvertida son los empresarios principales». En definitiva, dado que la obligación convencional se dirige directamente a las empresas principales, pues, así lo acordaron sus representantes en la negociación:

[...] no cabe alegar quebranto o perjuicio real y efectivo, que justifique la declaración de lesividad del convenio, cuando ambas mercantiles, eludiendo dicha obligación convencional, suscriban contratos mercantiles en los que se eluda el cumplimiento del compromiso pactado convencionalmente [...]. De este modo, una vez pactado legitimante en el convenio la equiparación mencionada, las empresas principales, cuando pretendan externalizar servicios, actividades o tareas propios del servicio de hostelería, incluidos los servicios generales de limpieza, conscientes de que las empresas contratistas deben aplicar el convenio, no pueden, sin contravenir lo pactado, convenir condiciones inferiores a dicho compromiso, asumiendo los correspondientes costes, en cuyo caso no se producirán quebrantos o perjuicios para las empresas contratistas o subcontratistas.

En definitiva, el [artículo 42.6 del ET](#) y la doctrina jurisprudencial comentada en estas páginas parecen decididos a poner coto a estos usos desleales de los convenios en el seno del trabajo externalizado, a fin de garantizar tanto una retribución decente como una recta competencia. Ello se trata de llevar a efecto tanto consolidando el recurso a unos criterios realistas y de efectividad del convenio aplicable, por encima de las formas y las voluntades elusivas, cuanto apostando por una ampliación, aun indirecta, de ámbitos funcionales

de los convenios colectivos de empresas clientes hacia los multiservicios en ausencia del propio, y mediante la imposición de condiciones de contratación. Así pues, ley, convenio y jurisprudencia actúan en la misma dirección para maximizar la reforma y, en consecuencia, ahuyentar, o reducir a su mínima expresión, las vías de neutralización de este fin que el propio [artículo 42.6 del ET](#) establece a través de las excepciones. No obstante, se considera que queda pendiente un nuevo avance, como es la garantía del efecto útil de la [Directiva 2008/104/CE](#) en el marco de las empresas multiservicios –que a menudo actúan del mismo modo que una empresa de trabajo temporal (ETT)–, que exige apostar por la aplicación del convenio propio de la principal, como apunta la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de diciembre de 2019 \(rec. 48/2018\)](#), que destaca que «el esquema es el mismo, a saber, el trabajador presta servicios en una empresa que externaliza su actividad, vía ETT vía empresa multiservicios».

Derecho fundamental empresarial a la prueba tecnológica eficaz versus derecho a la protección de datos de la persona trabajadora

A propósito de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre**

José María Moreno Pérez

*Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

Abogado

jomoreno@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

Extracto

El complejo, y creciente, conflicto entre el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras y el derecho empresarial a la prueba de las infracciones laborales de aquellas mediante cámaras de vigilancia ha conocido un nuevo episodio en el Tribunal Constitucional. Por una exigua mayoría, el Tribunal de Garantías ha optado por favorecer el derecho de la empresa frente al derecho de la persona trabajadora. Al margen de qué razones se consideren más convincentes, las del voto mayoritario o las del voto discrepante, lo cierto es que la sentencia hace un flaco favor a su función pedagógica y ejemplarizante, al normalizar los incumplimientos del derecho a la información previa y desincentivar el cumplimiento.

Palabras clave: protección de datos; intimidad; tutela judicial efectiva; prueba tecnológica; video-cámaras; relaciones laborales; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; justicia constitucional.

Recibido: 26-10-2022 / Aceptado: 27-10-2022

Cómo citar: Moreno Pérez, J. M. (2022). Derecho fundamental empresarial a la prueba tecnológica eficaz versus derecho a la protección de datos de la persona trabajadora. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 170-179. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7263>

The fundamental business right to effective technological testing versus the right to data protection of the worker

Regarding Constitutional Court Ruling 119/2022, September 29

José María Moreno Pérez

Abstract

The complex, and growing, conflict between the right to data protection of workers and the business right to proof of labor infractions by means of surveillance cameras has known a new episode in the Spanish Constitutional Court. By a slim majority, the Court of Guarantees has chosen to favor the right of the company over the right of the worker. Regardless of which reasons are considered more convincing, those of the majority vote or those of the dissenting vote, the truth is that the sentence does a disservice to its pedagogical and exemplary function, by normalizing breaches of the right to prior information and discouraging the compliance.

Keywords: data protection; privacy; effective judicial protection; judicial evidence; video surveillance; labor relation; European Court of Human Rights; constitutional justice.

Citation: Moreno Pérez, J. M. (2022). The fundamental business right to effective technological testing versus the right to data protection of the worker. Regarding Constitutional Court Ruling 119/2022, September 29. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 170-179. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7263>

El coche patrulla está equipado con un sistema OCR. Varias cámaras situadas en el techo, en el salpicadero y el guardabarros escanean las matrículas de los coches con los que se encuentran, y las cotejan con las bases de datos del CISVI. Por si acaso. No vaya a ser. El sistema es imperfecto, pero a veces salta el aviso. [...]. –No entiendo nada –se extraña Osorio– [...].

J. Gómez-Jurado (*Rey blanco*)

1. La voluntad legislativa multinivel: un marco normativo, estatal y comunitario, jurisprudencialmente infravalorado

El control tecnológico-digital de nuestros mundos de vida, en lo que tiene de [oportunidad para la mejora del bienestar](#) e incluso de progreso socioeconómico, pero también en lo que conlleva de amenaza para nuestra intimidad, es un signo del tiempo que nos ha tocado vivir e irá a más en el futuro. La cuestión no es ya si debe aceptarse o no, pues su difusión es inexorable, en los espacios públicos y en los privados, desde luego en los sociales, como representa el mundo del trabajo. La clave de bóveda se sitúa en cuáles han de ser los límites jurídicos a esa expansión de la tecnología como forma de control de nuestras conductas, a fin de, al tiempo, garantizar que se producen en consonancia igualmente con nuestras obligaciones y deberes, de ciudadanía (por ejemplo, pago de impuestos, de cuotas sociales) y profesionales (por ejemplo, obligaciones contractuales). Como siempre, la virtud estará en el equilibrio entre los derechos fundamentales que se ven afectados.

Cierto, no es nada fácil en la práctica, porque asistimos a una doble tendencia muy enfrentada: la de quienes hacen del derecho a la protección de datos personales un muro que sirve para justificar todo tipo de negativas a dar información, pese a existir razonables títulos, incluso de interés social, que legitimarían el acceso a la información, de un lado, y la de quienes, al contrario, entienden que, en un mundo de exhibicionismo en las redes de todo tipo de datos personales, debe primar la transparencia y la eficacia en la gestión, de otro. Por eso, y para ceñirnos al ámbito jurídico-laboral, en el que está situado este comentario, dirigir nuestra mirada a la ley debe ser una hoja de ruta muy atendible, no solo por la vinculación de todas las personas a sus dictados ([art. 9.1 Constitución española –CE–](#)), sino porque también es un buen canal para la resolución de conflictos antes incluso de que surjan. En este sentido, cuando la empresa quiera valerse de videocámaras para el control de la actividad laboral, el [artículo 89.1 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD),

al que remite el [artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), y, para el trabajo a distancia, el [artículo 17 de la Ley 10/2021, de 9 de julio](#):

Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica [el mero distintivo informativo genérico suficientemente visible].

Aunque la norma estatal no tiene un referente directo en la regulación europea de la que trae causa, por tratarse de una previsión específica del derecho español para el ámbito sociolaboral, sí que tiene unos inequívocos condicionantes previos en el nivel comunitario. A saber: los artículos 11, 12 y 13 del [Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos –RGPD–). En ellos quedan claras, por lo que aquí interesa, dos cosas al menos:

- La obligación de informar (transparencia) del sistema de control de datos ha de ser previa a su ejercicio y específica, incluyendo: «los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales» así como su «base jurídica» (título legítimo de tratamiento).
- No contempla ninguna excepción expresa a esta regla, sin perjuicio, como es lógico, del recurso a los principios generales que deben regir este subsector del ordenamiento jurídico y entre los que se sitúan otros derechos de índole fundamental, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)), así como el juicio de razonabilidad en virtud del principio de proporcionalidad.

Justamente, este *modus operandi* del eventual conflicto entre los derechos de rango fundamental enfrentados fue el acogido, en la aplicación del artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos \(CEDH\)](#), por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la célebre sentencia López Ribalda y que tanta conmoción ha creado en la experiencia española en esta materia. Una sentencia que, fuente de importantes giros jurisprudenciales,

en unos escenarios interpretativos ya muy convulsos desde hace tiempo, en el empleo privado y en el público¹, se sitúa en el ámbito del derecho europeo del Consejo de Europa, no en el del derecho de la Unión Europea, del que prescinde, en este caso, por completo. Una advertencia que nos parece muy importante para situar el contexto previo al análisis del último –por el momento– hito conflictivo de esta saga interminable: la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 119/2022, de 29 de septiembre.

2. Relato de hechos: síntesis de circunstancias e itinerario jurisdiccional ordinario

Constatado por el gerente de una empresa, el día anterior, lo que puede tenerse como un «hallazgo casual», consistente en el descubrimiento de una bolsa con el signo identificativo de una empresa de la competencia, situada en una zona interior del mostrador de atención al público y con un producto de su empresa, que el día después había desaparecido, decidió visualizar las grabaciones de las cámaras existentes y anunciadas mediante un cartel colocado en el exterior del centro, en el que constaba la mención a «zona videovigilada». Al revisar tales imágenes descubrió que un trabajador de la empresa la había sustraído y, en consecuencia, ante la irregularidad de la situación y la consideración de un incumplimiento grave y culpable ex artículo 54 del ET (transgresión de la buena fe contractual), procedió al despido de dicho trabajador.

No consta que en la empresa el personal hubiese recibido información previa y expresa de la posibilidad de un uso disciplinario de la instalación (videocámaras). Pero sí podría considerarse un hecho notorio, porque en el año 2014 se produjo una situación análoga. El trabajador ahora afectado llevaba en la empresa desde 2007. La conducta imputada en la carta de despido se fundamentaba exclusivamente en las citadas imágenes. Presentado el correspondiente recurso, la instancia valida el despido, declarado procedente, si bien en suplicación se revocó, declarándose improcedente, por tratarse de un despido basado en una prueba tecnológica inconstitucional (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, rec. 956/2020). Para la sala, aunque la situación tiene entidad suficiente como para justificar la aplicación del «supuesto de excepcionalidad, en el que la información clara y precisa al trabajador puede suprimirse por la actuación ilícita del mismo», el hecho de que la empresa no haya «regularizado» su sistema conforme a lo que le exige la LOPDGDD, dando una información clara y precisa sobre los fines de este sistema, no debe perjudicar a las personas empleadas, sino a la propia empresa. Una vez más, el conflicto quedará huérfano de unificación al no pasar el filtro del artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. El TC admitirá el recurso de amparo, porque «puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes».

¹ Vid. Molina Navarrete, C. (2022). *Digitalización y protección de datos en el empleo público: normas y prácticas*. Bomarzo.

3. La doctrina constitucional aplicable: la licitud de la prueba tecnológica por mor de la jurisprudencia del TEDH

Como suele ser habitual, a mayores expectativas creadas, mayor la decepción. El TC no solo no aprovecha la oportunidad de cambiar su doctrina o actualizarla conforme a los importantes cambios normativos, en especial la LOPDGDD y su relación con el RGPD, sino que vuelve a su visión más tradicional al respecto (STC 39/2016), ahora apoyado en la doctrina del TEDH (asunto López Ribalda). De ahí que estime el recurso de amparo interpuesto por la empresa. Tras un extenso (tanto como estéril) repaso de la doctrina del TEDH, así como de las leyes estatales en materia, concluiría que:

La instalación y uso del sistema no requerirá el consentimiento de los trabajadores, pero sí exige un deber de informar a estos con carácter previo y de forma expresa sobre su existencia y finalidad. La ubicación de las cámaras habrá de respetar la intimidad propia de los lugares destinados al descanso o esparcimiento, o que tengan un carácter reservado. No obstante, la utilización de las imágenes captadas para verificar o acreditar la comisión flagrante de un acto ilícito no exigirá el previo deber de información, que podrá entenderse cumplido cuando se haya colocado en lugar visible un distintivo informativo de la existencia del sistema, de su responsable y de su finalidad.

Consecuentemente, si no hay vulneración de derecho fundamental alguno propio de la persona trabajadora (ni del art. 18.1 –intimidad– ni del 18.4 CE –protección de datos–), mientras que sí habría ejercicio legítimo de un derecho fundamental de la empresa (el derecho a la prueba eficaz ex art. 24 CE), porque la medida estaría justificada (indicios suficientes de una conducta irregular laboral) y resultó proporcionada (no solo idónea, necesaria también, porque no hay otra vía menos invasiva para acreditar con eficacia la infracción laboral), la sentencia de suplicación social debe anularse y ganar firmeza la de instancia social. Así:

La ausencia de un verdadero motivo jurídico para reputar ilícita la grabación audiovisual mencionada, toda vez que no se habían producido las vulneraciones de derechos sustantivos alegadas por el trabajador, trajo consigo que, al haber acordado la sala competente en suplicación la exclusión de aquella prueba del material de convicción del proceso, la entidad demandante de amparo vio vulnerado su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) (FJ 6.º, letra d).

Una valoración jurídica radicalmente contraria a la que, en cambio, efectuará el voto particular, al que se adhieren nada menos que 5 integrantes del TC, por lo que la mayoría resulta pírrica –pero mayoría–, conforme al cual el recurso debió ser desestimado. Para acreditar su posición se lleva a cabo un detenido y fundado razonamiento –no necesariamente mejor que el de la mayoría, pero desde luego de calado crítico atendible–, uno de cuyos argumentos se dirige a limitar el papel del TC en este amparo. Así:

[...] al no quedar comprometido ningún derecho fundamental sustantivo de la entidad demandante de amparo en la obtención de la prueba videográfica, las posibilidades de intervención [...] quedan limitadas a verificar si la resolución judicial impugnada [...] ha cometido algún defecto constitucional de motivación.

Deber que el voto particular considera perfectamente cumplido, sin que sea misión del TC entrar en la interpretación de la legalidad ordinaria, so pena de extralimitarse en su función de jurisdicción subsidiaria y de «mínimos». De lo contrario, el TC se deslizaría por una senda contraria «a la jurisprudencia de este tribunal formulada a veces bajo la técnicamente discutible etiqueta de la prohibición del "contraamparo"» e implicaría:

[...] en última instancia y contrariando la voluntad del poder constituyente, una alteración de la naturaleza del recurso de amparo, cuyo objeto no es garantizar la correcta aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales, sino la tutela frente a las vulneraciones de estos derechos.

Asimismo, rechazará que haya justificación suficiente para aplicar la doctrina del TEDH en este asunto, porque no habría indicios suficientes de sospecha de una conducta irregular grave. Así:

[...] no podemos compartir que la excepción prevista en el art. 89.1 de la Ley orgánica 3/2018 para posibilitar la modulación del específico deber de información a los trabajadores permita una interpretación como la pretendida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia de habilitar el uso de las imágenes captadas a partir de meras sospechas, por muy razonables que estas puedan parecer.

En consecuencia, en apretada síntesis, entiende el voto particular que debió primar la regla general del [artículo 89.1 de la LOPDGDD](#) sobre la excepcional, atendida la afectación que esta materia supone para derechos fundamentales sustantivos, tanto ex [artículo 18.1](#) cuanto ex [artículo 18.4](#) de la CE. Por lo que el voto particular reprocharía a la –exigua– mayoría una selección errónea del asunto para dar la interpretación constitucionalmente adecuada a esta excepción, con un alto precio: ha creado el riesgo de una «perniciosa brecha en el sentido constitucional del recurso de amparo». Crítica procesal constitucional a la que sumaría la sustantiva sobre el sentido y alcance del derecho de información previa y específica como un contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, vaciándolo de efecto práctico:

[...] frente a la pretensión del legislador orgánico de establecer un justo equilibrio entre todos los intereses constitucionales implicados [...], la jurisprudencia constitucional no ha respondido en este caso a la altura de las circunstancias históricas en que se encuentra el desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal frente al desafío de la vertiginosa evolución de las tecnologías del

control personal, dejando desatendida la tutela del derecho a la protección de datos de carácter personal en un ámbito de especial sensibilidad como es el de las relaciones de trabajo.

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: una puerta abierta a la nueva intervención del TEDH

A la vista del intenso debate interno en el TC sobre este asunto, su importancia, sea en el plano teórico, sea en el práctico, queda fuera de toda duda. Ciertamente, es difícil aportar nuevos argumentos, a favor o en contra, de las posiciones enfrentadas. Este trabajo de argumentación y contraargumentación ya lo ha hecho la propia sala.

Y los/las comentaristas más avezados ya se están posicionando, a favor y en contra del fallo, a favor y en contra del nutrido voto particular –de momento posición mayoritaria en la crítica de [doctrina científica](#)–. Por mi parte, este primer análisis de tan relevante pronunciamiento constitucional merece, al menos, las siguientes observaciones críticas que paso a enunciar. A saber:

1) La doctrina constitucional mayoritaria refuerza su alineamiento recurrente (por ejemplo, [STC 160/2021, de 4 de octubre](#)), y alienta una creciente comprensión interpretativa devaluadora del derecho a la protección de datos personales en las relaciones de trabajo en favor del derecho fundamental de las empresas a una prueba eficaz de la infracción laboral a través del uso de las tecnologías digitales.

Como pusieron de relieve [la profesora Margarita Miñarro y el profesor Cristóbal Molina en el número precedente de esta revista](#), en sus diálogos de derecho vivo, el último ejemplo, por el momento, de esta política jurisdiccional del derecho a la protección de datos en el mundo del trabajo lo representa la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS 692/2022, de 22 de julio](#), dictada sin voto particular, en la que se defiende una «excepción doméstica» en materia de protección de datos personales si median sospechas de infracción laboral. En este asunto, el TS casa la sentencia de suplicación que había apreciado la improcedencia del despido por ilicitud de la prueba de videovigilancia sin información previa (aquí sin distintivo incluso, por ser un ámbito personal, el hogar familiar), revocando, a su vez, la de instancia social, que sí validó tal prueba convalidando la procedencia del despido. Consciente la sala de que se está situando en un terreno resbaladizo y espinoso, trata de poner de manifiesto que se está en el ámbito del casuismo jurisdiccional e insiste en la excepcionalidad, sin sentar reglas generales que supongan la predeterminación de casos futuros análogos, y en que:

[...] se trata de examinar la validez probatoria de la videovigilancia efectuada en un juicio por despido, a la vista de la carga de la prueba que corresponde al empresario [...] no de otras consecuencias que la conducta empresarial puede tener

desde [...] la legislación de protección de datos en su conjunto. En efecto, una cosa es que [...] la ausencia de información no deba obligadamente conducir a la nulidad de la prueba de videovigilancia, necesaria para acreditar el incumplimiento y su autoría, y, otra, que la empresa no pueda ser declarada responsable de un posible incumplimiento de la legislación de protección de datos con las posibles consecuencias administrativas o civiles, o de otra naturaleza [...] (FJ 3.º, punto 5).

Línea restrictiva de la efectividad del derecho de la protección de datos de la persona empleada (parte débil de la relación contractual) y expansiva del derecho a la prueba eficaz de la empresa (parte fuerte) que hallamos en otras sentencias recientes. Sería el caso, entre otras, de la [STS 503/2022, de 1 de junio](#), también estimatoria del recurso de casación en unificación de doctrina (legítima el despido disciplinario de un trabajador a partir de la conducta infractora denunciada por un cliente y verificada a través de las cámaras de videovigilancia sin la información específica previa, solo el distintivo oficial).

Parece claro que, ante esta deriva jurisdiccional devaluadora, la negociación colectiva debería recoger el testigo de la LOPDGDD y profundizar en estas garantías del derecho a la protección de datos personales, evitando que puedan neutralizarse en la práctica. No parece que los convenios colectivos más recientes vayan lejos en este fin, limitándose, por lo general, a recoger literalmente o con escasas precisiones lo previsto en los artículos 87 a 90 de la LOPDGDD (por ejemplo, [Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio](#); [Convenio colectivo para la industria fotográfica](#), etc.). De ahí que sea halagüeño lo que apunta algún convenio, que incluso crea comisiones específicas de protección de datos personales para avanzar en la concreción de estas garantías en el futuro, insistiendo en la necesidad de información previa (por ejemplo, [IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal](#)).

2) Cualquiera que sea la valoración que se tenga de la sentencia mayoritaria, lleva razón el voto particular cuando le reprueba que ponga en el mismo plano la regla que la excepción, porque eso supone no solo desprestigiar el funcionamiento del criterio hermenéutico que encierra la relación regla –interpretación expansiva– y excepción –interpretación restrictiva–, sino que vacía de efecto útil el precepto. Además, se prescinde de la dimensión comunitaria de esta regulación, que va más allá de la protección inespecífica establecida en el ámbito del CEDH.

3) Es evidente que, al margen de la mayor o menor corrección normativa de una lectura –mayoritaria– u otra –minoritaria–, la sentencia tiene un efecto pernicioso en el principio de maximización de la efectividad de las leyes que se dirigen a la protección de derechos fundamentales, en este caso la protección de datos.

La razón es muy sencilla de entender: pese a que la empresa ha tenido 8 años para regularizar su política de uso del control tecnológico, desde el caso de 2014, y han pasado

4 años desde la entrada en vigor de la LOPDGDD, no ha hecho nada para mejorar la información, cuando es contenido esencial del derecho y tiene una previsión legal específica. En consecuencia, el mensaje de la doctrina constitucional desincentiva de una forma incomprensible la efectividad de las normas al normalizar el incumplimiento de las normas especiales en el ámbito laboral en favor de las genéricas. Por supuesto, no ignoramos que tampoco las personas trabajadoras son «inocentes» e «inconscientes» y no conocen que si hay cámaras se pueden utilizar para descubrir infracciones, como ya ha ocurrido. Pero la cuestión jurídica no reside en quién hace «más trampas» entre las dos partes de la relación, sino en quién tiene mayor facilidad para el cumplimiento de una obligación y es evidente que a la empresa le hubiese bastado con difundir, tras el año 2014, una circular donde se recuerde que las cámaras también tienen usos o fines disciplinarios, más tras la LOPDGDD.

En suma, los tribunales no solo deben atender a la visión de estricta normatividad, sino al enfoque prospectivo y al efecto útil, como dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de sus decisiones. Como diría el profesor Molina Navarrete, estando en un sistema multinivel de protección de derechos fundamentales, ni el TS ni el TC son «infalibles» ni tienen la última palabra, y ahora, de nuevo, es el turno del TEDH.

Negociación colectiva y previsión social complementaria: ¿cerco a los viejos «premios de jubilación», oportunidad para los «planes de pensiones de empleo»?

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Supremo 603/2022, de 5 de julio**

Cristóbal Molina Navarrete

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

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

La negociación colectiva en el empleo público ha venido estableciendo incentivos para anticipar la jubilación (premios de jubilación). Las últimas reformas legales en el ámbito de las pensiones públicas incentivan, en cambio, el retraso en la edad de jubilación. En consecuencia, estos premios de jubilación contrastan con las políticas legales, aunque no son ilegales. En este escenario cambiante, los premios de jubilación están siendo sometidos a una conflictividad muy intensa en sede judicial. En este análisis se da cuenta de esta conflictividad judicial, y la incertidumbre jurídica creada, y se plantea como alternativa futura la sustitución de los premios de jubilación por la promoción de planes de pensiones del sistema de empleo, que gozan hoy del favor legal, con importantes beneficios fiscales para las empresas y también mejoras para las personas trabajadoras.

Palabras clave: premios de jubilación; planes de pensiones; negociación colectiva; pensión de jubilación; jubilación forzosa; previsión social complementaria; fondos de pensiones.

Recibido: 26-10-2022 / Aceptado: 27-10-2022

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). Negociación colectiva y previsión social complementaria: ¿cerco a los viejos «premios de jubilación», oportunidad para los «planes de pensiones de empleo»? Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2022, de 5 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 180-191. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7261>

Collective bargaining and supplementary social security: close to the old "retirement awards", opportunity for "occupational pension schemes"?

At the occasion of the Supreme Court Ruling 603/2022, July 5

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Collective bargaining in public employment has provided incentives to retire early (retirement bonuses). The latest legal reforms in the field of public pensions encourage, instead, the delay in the retirement age. Consequently, these prizes go against the current legal policies, although they are not illegal. In this changing scenario, retirement awards present intense judicial conflict, which has created great legal uncertainty. This study analyzes these problems and proposes as a future alternative the substitution of retirement awards for the promotion of pension plans of the employment system, which today enjoy legal favor, with important tax benefits for companies and improvements for working people.

Keywords: retirement awards; pension plans; collective bargaining; retirement pension; forced retirement; complementary social security; pension funds.

Citation: Molina Navarrete, C. (2022). Collective bargaining and supplementary social security: close to the old "retirement awards", opportunity for "occupational pension schemes"? At the occasion of the Supreme Court Ruling 603/2022, July 5. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 180-191. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7261>

Y es que [como Jano] la imprenta también posee dos caras. Para unos, es algo divino, esto es, digno de haber sido creado o revelado al hombre por Dios; para otros, en cambio, es algo diabólico, obra de Satanás, y, por lo tanto, digno de ser quemado y perecer en el infierno.

L. García Jambrina (*El manuscrito de niebla*)

1. Un marco legal evolutivo: de la obsolescencia -no ilegalidad- de los «premios de jubilación» a la promoción de los «planes de pensiones de empleo»

1.1. Que la edad es una condición personal protegida normativamente frente a todo tipo de discriminación, tanto en el ámbito interno como en el comunitario, es de evidencia. Así se refleja en los «clásicos» preceptos del derecho antidiscriminatorio nacional ([art. 14 Constitución española](#); [art. 4.2 c\) Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–) y comunitario ([art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#); [arts. 10 y 19 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#); [Directiva 2000/78/CE](#)); también en los más modernos (por ejemplo, [art. 2 Ley 15/2022, de 12 de julio](#); por cierto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 20 de octubre de 2022, asunto C-301/21, ha vuelto a recordar que el derecho derivado antidiscriminatorio comunitario solo protege frente a las causas que prevé expresamente, sin vis expansiva). La jurisprudencia comunitaria es constante (por ejemplo, [STJUE de 2 de junio de 2022, asunto C-587/20, HK/Danmark](#)), reeditándose en la interna, como la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3.ª, 1196/2022, de 27 de septiembre, de conformidad con la cual:

Si bien entra dentro de lo razonable y proporcionado una distribución de tareas u organización de la policía que responda a las circunstancias físicas derivadas de la edad, constituye discriminación el establecimiento de una mayor retribución por la realización de servicios en horario nocturno por los funcionarios con más años [...] (FJ 6.º).

Ahora bien, no es menos cierto que la edad es uno de los ámbitos donde la fractura entre la normatividad (lo que debe ser) y la efectividad (lo que es) adquiere –junto con la discapacidad– una mayor distancia. Las brechas de edad, más allá de las concretas situaciones de discriminación (constatándose mayor margen de apreciación de causas justificativas

de la desventaja en aras de laxos objetivos de política económica y social –por ejemplo, SSTJUE de [15 de abril de 2021, asunto C-511/19](#), para las diferencias retributivas, y de [27 de febrero de 2020, asuntos acumulados C-773/18, C-774/18 y C-775/18](#), para el ámbito de las pensiones en el empleo público–), marcan una gran parte de nuestras vidas. Y hoy está muy presente, incluso agriamente, en un amplio número de cuestiones de la máxima trascendencia económica, social y cultural, por tanto, de política jurídica. Una vez más de forma paradójica, a veces incluso contradictoria, cuanto más se necesita de la solidaridad intergeneracional (en términos de reparto tanto de las oportunidades como de los riesgos y sacrificios) para hacer frente a los desafíos de la humanidad, mayor es la [tensión entre la cuestión social del «relevo generacional» y la –más utópica– del «envejecimiento activo»](#).

Sin duda, el avivamiento del conflicto entre personas jóvenes y mayores, a propósito de la revalorización de las pensiones al 8,5 % (conforme al [art. 58 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS– y según el Proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para 2023) en un escenario sea de rechazo empresarial a una subida salarial que compense la alta inflación sea de una [caída de la renta de los jóvenes al nivel más bajo respecto del de sus padres](#), es una de las muestras más tangibles al respecto. No sería solo una trifulca más entre «profesionales de la política», sino que el riesgo de fractura generacional se advierte (¿y alienta?) por las autoridades de la gobernanza económica (Comisión, Banco de España, AIReF), cuando piden reformar la sostenibilidad de las pensiones sin comprometer, hipotecando, el futuro de las personas trabajadoras más jóvenes (cotizantes). A mi juicio, el planteamiento es tan errado (se crea de manera artificial, falso, pues el problema real de la desprotección de las personas jóvenes no está en comunicar la desprotección a sus abuelos/as, sino en la falta de satisfacción eficaz de los derechos-expectativa que les corresponden) como errático (al tiempo sigue la apuesta de la modernización de las empresas mediante el rejuvenecimiento de las plantillas, por lo que el empleo de las personas jóvenes se carga sobre la salida prematura de las más «viejas», lo que es otro [error deliberado](#)), sin embargo, [se alimenta interesadamente](#).

En todo caso, la necesidad de solidaridad intergeneracional para la sostenibilidad de las pensiones, sin que sufra en exceso la suficiencia prestacional, está muy presente en dos de las reformas más recientes emprendidas a tal fin. En primer lugar, la prolongación de la edad efectiva de jubilación, penalizando la jubilación, anticipando e incentivando la demorada ([Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#)). En segundo lugar, el reforzamiento de las pensiones de jubilación basadas en la técnica de la previsión social complementaria (sistema de empleo), en detrimento del ahorro individual ([Ley 12/2022, de 30 de junio](#)).

1.2. En las dos líneas de política de reforma del derecho de pensiones de jubilación tiene reservado, por lo que en este diálogo-glosa de derecho vivo atañe, un papel relevante, aunque desigual, la autonomía colectiva. En el primer ámbito, la [disposición adicional décima del ET](#) ha recibido una nueva regulación que, orillando la prohibición de las –demandadas por las empresas– cláusulas de «jubilación forzosa», sí ha dado una vuelta de tuerca más

a la habilitación, neutralizando en la práctica el valor de estas cláusulas, limitadas, para las suscritas desde el 1 de enero de 2022, a personas de 68 años o más, salvo el régimen especial de incentivo del empleo de las mujeres, reduciéndose a 67 años, y siempre que concurren otros requisitos económicos (las preexistentes tienen fecha de caducidad: 3 años; [disp. trans. novena ET](#)). Asimismo, se espera que, aunque tampoco se prohíben, las cláusulas convencionales que, paralelamente, se vienen manteniendo para el incentivo de la jubilación, anticipada y forzosa, los «premios de jubilación» (por ejemplo, art. 61 [Convenio estatal de empresas de mediación de seguros](#); arts. 68 y 69 [Convenio de las cajas y entidades financieras](#), etc.), se reorienten en la dirección de las nuevas leyes.

En el segundo ámbito, la negociación colectiva está llamada a ser el canal principal para que realmente se implanten los promocionados planes de pensiones del sistema de empleo simplificados (PES), a incluir en los nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública (FPEPP) y cuyos principales objetivos son tanto las pequeñas y medianas empresas (pymes) (para el empleo privado) como las entidades locales (para el empleo público). El tercer colectivo llamado a este salto cuantitativo en el fomento de la previsión social complementaria para la jubilación es el de las personas trabajadoras autónomas (informa de beneficios fiscales la [Orden HFP/823/2022, de 24 de agosto](#) –modelo 345: «Declaración informativa. Planes, fondos de pensiones y sistemas alternativos»–), en cuyo caso el principal papel de promoción lo tendrán, como ya ha sucedido, las asociaciones profesionales del sector (por ejemplo, [ATA ha constituido uno](#)). Para el empleo privado en las pymes, que son el gran objeto del deseo de la reforma, el artículo 4.1 a) del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones ([RDleg. 1/2002, de 29 de noviembre](#) –TRLRFPF–) prevé, de forma novedosa –y algo enigmática– una suerte de –difuso– deber de negociación de planes de pensiones de empleo ([más rentables](#) que los individuales: aportan más interés a las personas partícipes –trabajadoras–): «Las empresas deberán negociar y, en su caso, acordar con los representantes legales de las personas trabajadoras sistemas de previsión social de empleo en la forma que se determine en la legislación laboral».

En esta dirección, hay convenios sectoriales estatales de gran trascendencia que ya han recogido el reto. Es el caso del interesante nuevo [Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción](#) (VI CCGC).

1.3. De forma expresa, las tres organizaciones firmantes (CNC, CC. OO. del Hábitat y UGT-FICA) resaltan el equilibrio entre las obligaciones contraídas con las contraprestaciones obtenidas, a fin de «compartir los costes de las dificultades que empresas y personas trabajadoras debemos afrontar». En esta óptica, valoran:

[...] el paso decisivo que representará para las personas trabajadoras del sector que el próximo convenio general introduzca, en su caso, un plan de pensiones colectivo que actúe como complemento al sistema público, apoyando así el contenido económico-laboral del mismo con otro pilar que [...] incorporará [...] una [...] mejora histórica [...] social.

Especialmente reseñables, a tal fin, sus artículos 52.4 y 52 bis. El primero establece una «cláusula de garantía [revisión] salarial» (de especial actualidad, precisamente porque brillan por su ausencia en un momento en el que los salarios crecen muy por debajo de la inflación) que, bajo ciertas condiciones, ordena distribuir los aumentos por mitades: 50 % para «las tablas salariales» y «el otro 50 % a contribución al plan de pensiones de las personas trabajadoras en alta en la empresa a dicha fecha de 1 de enero de 2025», en los términos del nuevo libro tercero del convenio (art. 52 bis VI CCGC). Se ordena a la comisión negociadora del convenio reunirse para analizar el impacto de la citada Ley 12/2022, así como, dada su importancia para la implementación efectiva de los nuevos planes de pensiones del sistema de empleo, del desarrollo reglamentario, «para, en su caso, iniciar los trámites necesarios para formalizar, a nivel estatal, uno de estos planes».

Justamente, el 20 de octubre de 2022 entró en vigor el Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones (RD 304/2004). De este modo, el Gobierno avanza –parcialmente– en la citada implantación, al menos en el plano normativo, en el práctico se precisa la complicidad de otras fuentes, de los FPEPP y de los PES. El planteamiento finalista de esta reforma es claro, pues, como advierte el preámbulo de la Ley 12/2022 –y se experimentará no a corto, pero sí a medio plazo–:

La disponibilidad de ahorro acumulado a lo largo de la vida laboral puede contribuir a mejorar las condiciones de vida tras la jubilación al atender las necesidades de gasto de los individuos, por lo que fomentar el ahorro mediante el desarrollo de esquemas de previsión social para la vejez constituye un pilar relevante para mejorar el bienestar de los ciudadanos al llegar a la jubilación.

De este modo, la decisión de jubilación se asocia a la cobertura del riesgo de vejez integrando en el concepto de suficiencia de renta pensional la pensión de previsión social complementaria, como ha sucedido en todos y cada uno de los sistemas estatales europeos que han ido en esta dirección (aunque esto se oculta en la norma). Con la introducción de un nuevo título VI («Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos», arts. 102 a 107 y una disp. adic. décima), el Gobierno solo afronta la parte aplicativa de la estructura institucional del sistema (régimen de funcionamiento de la Comisión promotora y de seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública, arts. 103 y 104; actuaciones preparatorias de la Comisión de control, arts. 105 y 106; y retribuciones de las entidades gestoras y depositarias, art. 107 –no superarán el 0,30 % anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse–). Por tanto, quedan pendientes de desarrollo aspectos claves.

Aunque, como se anticipaba, la verdadera condición de éxito (además de la mejora de los incentivos fiscales y de seguridad social, aumentados mucho con Ley 12/2022) del programa reformador será que sea tomado en serio por la autonomía colectiva, en línea con lo que abandera el citado convenio colectivo sectorial general de la construcción. Sin necesidad de entrar en más detalles, bastará con dar algunas cifras al respecto: el plan de pensiones del sector gestionará 2.500 millones en 10 años, beneficiará a unos 600.000 profesionales,

incluso de carácter autónomo –en determinadas condiciones–, y del 10 % de la subida de salarios pactada hasta 2024, casi el 4 % se destinará a la contribución al plan de empleo. En ese tiempo, la empresa –que tendrá importantes beneficios fiscales y de seguridad social– **aportará unos 650 euros por persona trabajadora.**

Ahora singular, en pocos años auguramos que constituirá una pionera muestra de una práctica más extendida, pese a los recelos sindicales, en la cumbre, en torno a esta reforma y a la conveniencia de promover planes de pensiones de empleo, por el riesgo de que terminen encubriendo una menor tasa de sustitución de la pensión pública (lo que, como se dijo, ha sucedido en todas las experiencias nacionales de tal guisa). Esta política convencional sectorial ilustra dilemas más generales al respecto. La construcción ha venido siendo uno de los convenios que imponían la jubilación llegada la edad legal (66 años y 2 meses). Ahora, atendiendo a los cambios legales, valora y plasma en su texto normativo, de un lado, que acepta mantener las cláusulas, adaptando, claro, el contenido de las nuevas a la **disposición adicional décima del ET**. De otro, que siendo las personas de menores rentas (más precariedad) las que pueden verse obligadas a retrasar su jubilación por la pérdida de renta, el complemento de la pensión pública con la mensualidad del plan de pensiones de empleo puede compensar su retirada, permitiéndoles una mayor libertad real de elección de esa edad de jubilación, conforme a las posibilidades legales.

En consecuencia, el convenio de la construcción apuesta por el relevo generacional, pese a la carencia de personal (art. 96 **VI CCGC**), por lo que todas las modalidades de jubilación e incentivos se mantienen. Y ello, sobre la base de que van «encaminadas a mejorar la calidad en el empleo» y que «podrán ser adoptadas por las empresas dentro de las figuras que jurídicamente lo permitan». Y, al tiempo, ha decidido promover los planes de pensiones de empleo de carácter sectorial para garantizar la suficiencia de la pensión de jubilación futura con mayor capacidad de elección real de las personas del momento, previo o posterior a la edad legal, de jubilación.

1.4. Un planteamiento innovador y adaptativo al que son también llamadas las Administraciones públicas, en especial las de menor tamaño, respecto del empleo público, no solo laboral. En este sentido, la autonomía negociadora en estos sectores también muestra el favor tanto por las cláusulas de jubilación forzosa (en el empleo público laboral, pues en el funcional lo es por ley, **art. 67.4 Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–**) como por los premios de jubilación. Así como, en menor medida, por los planes de pensiones del sistema de empleo. Pero en este ámbito persisten ciertas peculiaridades que mantienen distorsiones y obstáculos para esta evolución.

En efecto, durante mucho tiempo las leyes presupuestarias y de función pública alentaron la inclusión en los convenios colectivos (personal laboral) y pactos colectivos (personal funcional) de medidas de incentivo de las jubilaciones anticipadas, a fin de propiciar la racionalización de las plantillas públicas y su rejuvenecimiento (**disp. adic. vigesimoprimera Ley 30/1984, de 2 de agosto**, de medidas para la reforma de la función pública, introducida

por la [Ley 22/1993, de 29 de diciembre](#)). La negociación colectiva en el empleo público hizo un uso masivo de este tipo de habilitaciones. La inercia convencional hizo el resto: durante prácticamente 30 años se han mantenido este tipo de cláusulas de «jubilación anticipada premiada» como si nada hubiese cambiado ni en las leyes ni en la realidad. Pero sí hubo notables cambios, legales y de realidades.

Por su parte, la [disposición final segunda del TRLRFPF](#) autoriza al sector público (administrativo y empresarial) a promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones, lo que se implementó entre 2004 y 2012, aunque buen número de personal funcional ni llegara a enterarse de ello, al menos en la [Administración General del Estado](#). Y ello pese a que su plan de pensiones del sistema de empleo [ha resultado entre los más rentables](#) de los constituidos en el sector público administrativo territorial.

Poco más tarde vendrían restricciones. Con carácter estructural, los artículos [23](#), [24](#) y [37](#) del EBEP establecieron mayores condiciones a la negociación colectiva pública que implicara el aumento del gasto retributivo, exigiendo un estricto principio de legalidad, aunque sí es materia negocial la previsión social complementaria (en línea con el [art. 43 LGSS](#): mejoras voluntarias). Por su parte, en época de las leyes de austeridad, las normas presupuestarias expresaron gran recelo hacia este tipo de compromisos económicos convencionales, hasta suspender su vigencia (arts. [1.2](#) y [16](#) RDL 20/2012, de 13 de julio), que también afectó a las aportaciones a los fondos para planes de pensiones. Una suspensión que, en este caso, se levantó, tras el correspondiente acuerdo con los sindicatos, en 2018 ([Ley de presupuestos generales del Estado 2018](#)).

En este escenario legal complejo, cambiante e incierto, en el ámbito del empleo público local, mientras los planes de pensiones del sistema de empleo son *rara avis* (a diferencia de la Administración General del Estado y de las Administraciones autonómicas, donde están muy presentes y se han relanzado), tienen una extraordinaria resiliencia las cláusulas sobre premios de jubilación. Sin embargo, estas últimas se han vuelto especialmente conflictivas en sede judicial, tanto contencioso-administrativa como social, sin que la doctrina resultante sea segura, inequívoca. Al contrario, los pronunciamientos, que se multiplican, generan una enorme inseguridad sobre su suerte, sin que la posición de la Sala 3.^a del TS y su Sala 4.^a sean coincidentes. Ni siquiera en el seno de cada una de las salas la doctrina fijada puede decirse pacífica o cierta. Un ejemplo ilustrativo de estas contradicciones lo ofrece la sentencia de referencia aquí elegida para analizar, más globalmente, el estado del arte interpretativo para esta importante y conflictiva cuestión, la [STS 603/2022, de 5 de julio](#).

2. El relato de hechos: síntesis de circunstancias fácticas para la solución del caso

El caso es muy prototípico de las situaciones que se producen abundantemente en los últimos años. Una persona trabajadora de un ayuntamiento se jubila y pide que se le abone

el premio de jubilación, en este caso conforme al artículo 25.2 del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Santa Brígida (Las Palmas). En él se establece que la corporación, en su presupuesto de cada año, consignaría una cantidad destinada a jubilación (también a la invalidez permanente o fallecimiento) consistente en 1 mes por cada quinquenio de antigüedad de acuerdo con un informe anual del servicio de personal, no pudiendo exceder la cantidad designada a una sola persona trabajadora de 6.000 euros. En octubre de 2012, la comisión negociadora del convenio acordó la suspensión de las cláusulas económicas para los años 2012 y 2013. En los presupuestos municipales para 2012, 2013 y 2014 no se incluyó partida presupuestaria alguna relativa a la vigencia del referido artículo 25.2 del convenio colectivo. En marzo de 2016, el trabajador se jubila y reclama el referido premio por tal motivo, siéndole denegado.

En instancia social fue estimada su demanda, condenando al ayuntamiento al pago de 5.206,26 euros en concepto de «mejora voluntaria de la pensión de jubilación», porque la suspensión convencional tenía un horizonte temporal limitado (2014), sin que se probara la existencia de causa grave de índole económica que impida aplicar el convenio a partir de 2014 ([art. 38.10 EBEP](#)). Asimismo, el citado [Real Decreto-Ley 20/2012](#) no sería aplicable a este asunto. En suplicación social se confirma el fallo, insistiendo en la inaplicación de esta norma de coyuntura, porque se dirigiría a altos cargos públicos, dado que las más altas retribuciones sí explicarían las reglas de incompatibilidad y suspensión de este tipo de cláusulas premiales, no con carácter general para el personal de empleo público. La abogacía del ayuntamiento presentará recurso de casación para la unificación doctrinal, invocando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Andalucía/Granada de 12 de enero de 2017 \(rec. 1641/2016\)](#)), en la que se desestimó la reclamación del premio previsto en la disposición adicional sexta del Acuerdo económico, social y sindical del personal laboral del ayuntamiento.

3. La doctrina jurisprudencial aplicable: razonamientos para el fallo

El TS desestimaré el recurso de casación para la unificación de doctrina, entendiendo que no hay contradicción entre ambas resoluciones. Para fundamentar su decisión trae a colación su precedente [Auto del TS de 10 de julio de 2019 \(rec. 4821/2018\)](#), al considerar que analiza un supuesto «sustancialmente igual al presente», ya que afecta a un empleado municipal del mismo consistorio. La sentencia referencial en este caso fue distinta ([STSJ de Castilla y León/Burgos 234/2017, de 18 de abril](#)), que también confirmó la denegación del premio de jubilación pretendido, en aplicación del [art. 1 RDL 20/2012](#)), pero este dato no se tiene como significativo para la Sala 4.^a. Aunque, en virtud del [artículo 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) debió inadmitirse el recurso, al no haberse hecho así, se dicta una sentencia desestimatoria, aun sin entrar en el fondo ([STS 434/2017, de 16 de mayo](#)). Para esta sentencia, la razón de decidir difiere, porque la recurrida se centra

en que el acuerdo de suspensión de las cláusulas económicas del convenio colectivo del ayuntamiento dejó de estar vigente una vez transcurrido el plazo establecido, siendo solo *obiter dicta* la referencia al [Real Decreto-Ley 20/2012](#). En cambio, en las referenciales, la inaplicación de esta norma fue decisiva.

4. Trascendencia de la doctrina en un contexto legal y socioeconómico mutado: ¿el premio de jubilación ha muerto, viva el plan de pensiones de empleo?

4.1. Las contradicciones silenciadas en la Sala 4.^ª: la artificialidad del criterio de la sentencia analizada

Quizás pudiera pensarse que la desestimación por razones procesales, no de fondo, de este recurso le resta valor, teórico y práctico. Sin embargo, apenas se repare en cuál es la –caótica– situación generada por esta sentencia, a mi entender, se comprobará que se trata de una decisión de gran calado, aunque errada y creadora de una doctrina muy errática del TS, por las razones que de inmediato se expondrán. En primer lugar, porque el TS ha elegido, aquí, un argumento extremadamente artificial para descartar dictar un criterio de fondo, porque las semejanzas existentes entre ambos casos son de evidencia, como la propia sentencia expresa, aunque banalice. No solo se está juzgando un análogo premio de jubilación como mejora voluntaria de la Seguridad Social ex [artículo 43 de la LGSS](#), sino que, en realidad, la clave para la razón de decidir en todos los casos está en cuál es la vigencia estimada del [artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012](#), atendiendo a su ámbito personal. De hecho, el TS desliza una posición de fondo: si en 2013 y 2014 la vigencia de este real decreto-ley es innegable, tiene más dudas de que lo esté en 2016.

Buena prueba de esta artificialidad del razonamiento de no contradicción sería, en segundo lugar, que el [Auto del TS de 10 de julio de 2019](#) no fue atendido en la precedente [STS 546/2022, de 15 de junio](#). En ella se rechaza la obligación de hacer efectivo a un empleado público laboral municipal de la villa de Santa Brígida (Las Palmas) el premio de jubilación previsto en el convenio colectivo. Esto es, del mismo ayuntamiento. Ahora sí el TS afirma con rotundidad –quizás excesiva, incluso errada– la vigencia del [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), considerándolo extensible a todo el personal de empleo público. Curiosamente, la [STS 603/2022, de 5 de julio](#), que aquí analizamos, ni la menciona.

De manera que no puede decirse que haya un criterio realmente unificado, menos convincente, en torno a si resulta o no aplicable esta norma y, por tanto, a si existe o no vivo este derecho a cobrar efectivamente los premios de jubilación. En consecuencia, sin razones jurídicas de peso, incluso contradictorias, en todo caso evanescentes, una persona empleada puede cobrar el premio y otra de la misma entidad pública (en principio, para las

empresas privadas no hay cuestionamiento legal alguno) no. Mal servicio a la justicia, igualdad y seguridad jurídica en una materia tan relevante.

4.2. Las contradicciones entre salas del TS según el tipo de personal público y de producto convencional regulador de los premios

Pero si analizamos el asunto comentado con una mirada más amplia, proyectada al conjunto del personal de empleo público, comprobaremos que las incertidumbres y las contradicciones son aún mayores, enfrentándose claramente las posiciones de la Sala 3.^a y de la Sala 4.^a del TS en torno a un mismo asunto. En efecto, la Sala 3.^a ha puesto en cuestión la legalidad de todos estos premios de jubilación. Para esta sala carecerían de fundamento legal, al no ser previsión social complementaria o mejoras voluntarias de la Seguridad Social, sino retribuciones que carecen de referendo legal [ex artículo 37 del EBEP](#).

En este sentido se pronuncia la [STS, Sala 3.^a, 1183/2021, de 29 de septiembre](#) (en la misma línea, [STS, Sala 3.^a, 421/2022, de 5 de abril](#)). A su juicio, tratándose de una gratificación supondría:

[...] una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera [...] los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153.1 del Real Decreto legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986 (FJ 2.^o).

En cambio, ningún problema ve la Sala 3.^a con el [Real Decreto-Ley 20/2012](#), que ni atiende, por considerar que no es la norma aplicable. Por tanto, no puede haber más incertidumbre y equivocidad en la materia, sin que la naturaleza jurídica diferente del vínculo –laboral o funcional–, ni el diverso marco normativo, sea en este caso justificación suficiente de la diferencia, porque, en realidad, las normas de aplicación son las mismas, al tratarse de una materia típica de la Seguridad Social, como es la jubilación. Buena prueba de ello es que el [artículo 67.4 del EBEP](#) se reformó en 2015 para remitir la cuestión de la jubilación forzosa a la legislación de Seguridad Social, al tiempo que el [artículo 37 del EBEP](#) abre a la negociación colectiva funcional (como el [art. 43 LGSS](#) a la negociación colectiva laboral, pública y privada) las cuestiones relativas a la previsión social complementaria.

4.3. La solución de futuro inmediato: de los inactuales premios de jubilación a los renovados planes de pensiones de empleo simplificados

En este escenario de dinamismo legislativo e incertidumbre interpretativa, lo único cierto es que se ha generado una extraordinaria tensión en el seno de todas las Administraciones

públicas en torno a la suerte de estos premios de jubilación¹, sin que haya una pauta común entre ellas a fin de afrontar un mismo o análogo problema, de gran importancia para la gestión de personal en estos tiempos. En la medida en que el fundamento de estos premios es análogo, una negociación conjunta para el personal funcional y el laboral, que luego se plasma, por razones legales, y de jurisdicción diversificada para el control, en diversos productos de autorregulación normativa convencional (convenios para el laboral, pactos y acuerdos colectivos para el funcional), también las soluciones deben ser únicas. Al igual que la cuestión de los planes de pensiones del sistema de empleo promovidos por la nueva regulación también debe afrontarse, en especial en el ámbito local, igualmente en otras Administraciones públicas, como las universidades –sector en el que este problema presenta gran conflictividad reciente–, de forma unitaria. La propia regulación legal penalizadora de la jubilación anticipada, de un lado, e incentivadora de la demora de jubilación, de otro, tiene como campo aplicativo a todo el personal de empleo público, asimismo, tanto el laboral como el funcional.

Desde esta óptica de gestión unitaria, y teniendo en cuenta que han de adaptarse las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, también en las Administraciones públicas, ha llegado un tiempo en el que la autonomía colectiva debe salir de su inercia y renovarse. Y, a mi juicio, la mejor forma de renovación es mutar los premios de jubilación por una política de fomento de planes de pensiones del sistema de empleo, como ya están afrontando algunas entidades pioneras. Veremos qué suerte encuentra.

¹ Ampliamente, Molina Navarrete, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas*. La Ley (pp. 285 y ss.).

Influencia de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo en la relación laboral: un análisis empírico

Vicente Roca Puig

*Catedrático de Organización de Empresas.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

roca@uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-6742-472X>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Recursos Humanos.

El jurado ha estado compuesto por: doña Ana María Calles Doñate, doña Charo García González, don Juan Sánchez Rodríguez, don Jesús Torres Mateos y don José Ángel Zúñiga Vicente.

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

Extracto

Hay un consenso generalizado en subrayar la importancia de entender la naturaleza de la relación laboral, que se define como un proceso dinámico de intercambio social entre empleadores y empleados. Adicionalmente, se defiende que dicha reciprocidad puede verse modificada por diversos factores contextuales. Paradójicamente, se echan en falta estudios empíricos que la hayan delimitado convenientemente y examinado su dependencia de otros elementos. El propósito de esta investigación es subsanar estas carencias. Desde la teoría del intercambio social y usando una amplia muestra de 35.911 empresas españolas durante el periodo 2015-2019, se diseña un modelo longitudinal de ecuaciones estructurales en el que se configura una relación bidireccional entre los incentivos y las compensaciones que reciben respectivamente empleadores y empleados. Asimismo, se examina esta relación laboral en función de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo. Se confirma la presencia de una reciprocidad relativa en las empresas españolas, más intensa en medianas y grandes empresas ubicadas en municipios con una reducida pobreza, aunque solo equitativa en pequeñas empresas ubicadas en municipios con una elevada pobreza. Por regla general, la norma de reciprocidad rige en mayor medida en los empleados. Se presentan las implicaciones teóricas y prácticas de este estudio.

Palabras clave: norma de reciprocidad; relación laboral; pobreza social; tamaño organizativo; empresa y sociedad; inversión en recursos humanos; productividad laboral.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022

Cómo citar: Roca Puig, V. (2022). Influencia de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo en la relación laboral: un análisis empírico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 193-231. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3329>



Effect of poverty in cities and organizational size on the employment relationship: an empirical analysis

Vicente Roca Puig

Abstract

The importance of understanding the nature of the employment relationship, defined as a dynamic process of social exchange between employers and employees, is widely accepted. It is also argued that this bond of reciprocity can be modified by various contextual factors. Paradoxically, there is a lack of empirical studies that delimit this relationship and examine its dependence on other elements. This research aims to fill these gaps. Drawing on the social exchange theory and using a large sample of 35,911 Spanish companies during the period 2015-2019, a longitudinal structural equation model is designed in which a bidirectional relationship is configured between the incentive and the compensation received by employers and employees, respectively. Likewise, this employment relationship is examined according to municipal poverty and organizational size. Results confirm the presence of a relative reciprocity in Spanish companies, which is more intense in medium and large companies located in municipalities with low poverty, although only equitable in small companies located in municipalities with high poverty. Generally, the norm of reciprocity applies more to employees. The theoretical and practical implications of this study are presented.

Keywords: norm of reciprocity; employment relationship; social poverty; organizational size; business and society; human resource investment; labor productivity.

Citation: Roca Puig, V. (2022). Effect of poverty in cities and organizational size on the employment relationship: an empirical analysis. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 193-231. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3329>



Sumario

1. Introducción
 2. Marco teórico
 - 2.1. La teoría del intercambio social
 - 2.2. La visión contextual de la teoría del intercambio social: la pobreza poblacional y el tamaño organizativo
 - 2.2.1. La pobreza poblacional
 - 2.2.2. El tamaño organizativo
 3. Metodología
 - 3.1. Fuentes de información
 - 3.2. Variables
 - 3.3. Procedimiento estadístico
 4. Resultados
 5. Conclusión
 - 5.1. Implicaciones teóricas y prácticas
 - 5.2. Limitaciones y líneas de investigación futuras
- Referencias bibliográficas
- Anexo

Nota: esta investigación fue posible gracias a la colaboración e inestimable ayuda de los técnicos del INE y de la empresa Informa DB (Marta de la Fuente y Javier Heras), y fue financiada por el Programa Estatal de Generación de Conocimiento del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-099040-B-I00 [MCIU/AEI/FEDER, UE]).

1. Introducción

A finales del año 2021 se estrenó la película *El buen patrón*, que fue galardonada con seis premios Goya en su edición de 2022, entre los cuales destacan los de mejor película y guion original. Este filme centra la atención en cómo es la relación laboral actual en las empresas españolas y realiza una reflexión y crítica social acerca de la compleja interdependencia que existe entre los intereses de empleados y empresarios (*i. e.*, empleadores). Ambos actores son conscientes de este vínculo inherente a la propia definición de relación laboral, así como de la necesaria reciprocidad y pertinente equilibrio que deben regular la contraprestación que respectivamente reciben los unos de los otros. En el propio cartel que anuncia esta película se retrata la relación laboral por medio de una balanza con dos platillos; en uno de ellos se sitúa al patrón y en el otro a los trabajadores. De forma ostensible, esta balanza no aparece compensada en este cartel; el platillo en el que está el patrón pesa mucho más, se representa en un primer plano y más grande, en comparación con el platillo en el que están los trabajadores. Obviamente, es una película que retrata con humor y cierto toque de caricatura el mercado laboral español, y en la que se reprueba el papel que desempeñan los dos actores principales de una relación laboral, en especial el de los empresarios. Aunque se trata de una dramatización, la cuestión de fondo que plantea esta película es sustancial y precisa de una contestación más rigurosa y académica: ¿existe realmente una relación laboral recíproca en las empresas españolas? Adicionalmente, puede que la relación laboral no sea homogénea en todas las empresas españolas, sino que se presenten diferencias en las contraprestaciones que reciben respectivamente empleados y empresarios en función de determinadas peculiaridades del entorno empresarial y/o de la propia empresa. Por consiguiente, esta observación lleva a plantear la siguiente cuestión: ¿existe una relación laboral uniforme en las empresas españolas? Paradójicamente, a pesar de la trascendencia de ambas cuestiones, se echan en falta estudios empíricos que las hayan examinado en profundidad.

El propósito de esta investigación es dar respuesta a estas preguntas basándose en la teoría del intercambio social que, desde el punto de vista del empleador, examina el vínculo empleado-empleador adoptando un nivel de análisis organizacional (Coyle-Shapiro y Shore, 2007; Coyle-Shapiro *et al.*, 2016; López Cabrales y Valle Cabrera, 2020). Este marco conceptual se fundamenta en las nociones clásicas de «norma de reciprocidad» (Gouldner, 1960), «teoría del equilibrio» (Barnard, 1968) y «modelo incentivo-contribución» (March y Simon, 1958), argumentando que empresarios y empleados deben ser examinados en una relación de intercambio social en la que cada parte hace ciertas demandas a la otra, mientras proporciona algo a cambio. En una relación laboral, los empleadores realizan incentivos o

inversiones para los empleados y, como contraprestación, reciben compensaciones o contribuciones de los empleados a la organización reflejadas en una mayor productividad laboral. Además, este marco teórico defiende la posibilidad de que el contexto en el que se desarrolla la relación laboral influya en ese mecanismo de intercambio entre empleados y empleadores (Coyle-Shapiro y Shore, 2007; Cropanzano y Mitchell, 2005; March y Simon, 1958). Desde esta aproximación contextual al estudio de la relación laboral, esta investigación introduce la pobreza poblacional y el tamaño organizativo como factores contingentes que pueden modificar la reciprocidad empleador-empleado.

Para contrastar empíricamente la naturaleza de este proceso de intercambio social y su carácter contingente, se confecciona una original y extensa base de datos, cuya unidad de análisis es la organización, que reúne información procedente del Instituto Nacional de Estadística (INE) y del Sistema de análisis de balances ibéricos (SABI). El INE recoge datos acerca del nivel de pobreza de los municipios españoles y SABI recoge información sobre diversas características de las empresas españolas que permite medir el tamaño organizativo y las contraprestaciones que se producen en una organización entre empleados y empleador. Mediante el procedimiento estadístico de «modelo de ecuaciones estructurales» (*structural equation modeling*, SEM) para datos de panel, se diseña una relación dinámica de intercambio (*i. e.*, bidireccional) entre los incentivos para los empleados que realizan los empleadores (*i. e.*, la inversión en recursos humanos –RR. HH.–) y la contribución de los empleados a la organización (*i. e.*, la productividad laboral). Esta base de datos consta de 35.911 empresas españolas, distribuidas entre 2.436 municipios, de las que se obtiene información en cinco momentos de tiempo o anualidades (2015-2019).

Diversas son las novedades que aporta esta investigación al estudio de la relación laboral. Primera, como advierten Coyle-Shapiro y Kessler (2002) y Subramony *et al.* (2008), a pesar del notable desarrollo teórico sobre el funcionamiento del mecanismo de intercambio que regula la relación laboral en las organizaciones, la investigación empírica en este campo de conocimiento generalmente adopta una visión unidireccional (por ejemplo, Batt y Colvin, 2011; Roca Puig *et al.*, 2021; Shaw *et al.*, 2009), que se enfoca en cómo los empleados responden a los incentivos e inversiones del empleador (*i. e.*, inversión en RR. HH. → productividad laboral), sin tener en cuenta la respuesta posterior del empleador a las contribuciones del empleado (*i. e.*, productividad laboral → inversión en RR. HH.). Como consecuencia, existe cierto consenso sobre el hecho de que las inversiones ofrecidas a los empleados predican los niveles de contribución de los empleados a la organización, pero falta acuerdo y evidencia empírica sobre en qué medida las contribuciones de los empleados son la fuente de la cual la organización (empleador) fabrica las inversiones ofrecidas a los empleados (Subramony *et al.*, 2008). «Esto representa una prueba clave de si la norma de reciprocidad rige la relación de intercambio. En otras palabras, debe haber una influencia bidireccional entre las dos partes del intercambio que refleje la interdependencia conjunta de sus interacciones» (Coyle-Shapiro y Kessler, 2002, p. 74).

Adicionalmente, es de subrayar que una relación laboral es inherentemente dinámica, porque se desarrolla año tras año. Las relaciones de intercambio social implican intercambios recurrentes de beneficios entre las partes a lo largo del tiempo (Coyle-Shapiro y Shore, 2007) y, por lo tanto, este «sistema cooperativo es incesantemente dinámico» (Barnard, 1968, p. 59). La relación de intercambio entre el empleado y el empleador podría caracterizarse como un ciclo repetitivo continuo de otorgar beneficios que a su vez inducen una obligación de recompensa (Coyle-Shapiro y Kessler, 2002). No obstante, la mayoría de las investigaciones empíricas ignoran esta pauta longitudinal en la relación laboral, porque los incentivos y compensaciones no se miden repetidamente en diferentes momentos de tiempo (Coyle-Shapiro y Conway, 2004; Pitariu y Ployhart, 2010), limitándose a realizar estudios transversales (en un momento de tiempo determinado). Ambos sesgos (análisis unidireccional y transversal de la relación laboral) persisten en nuestros días, siendo necesario para subsanarlos la formulación y análisis longitudinal de una relación de intercambio bidireccional entre las respectivas contraprestaciones de empleador y empleado. En nuestro conocimiento, esta investigación es la primera que observa ambas peculiaridades en el ámbito de la literatura sobre relaciones laborales.

Segunda, como diversos autores reconocen (por ejemplo, Coyle-Shapiro y Conway, 2004; Gouldner, 1960; Sahlins, 2013), existen varias interpretaciones de lo que es reciprocidad, dependiendo de si se entiende que la norma de reciprocidad que regula la relación laboral estipula que el valor de las contraprestaciones a realizar por ambas partes sea más o menos equivalente. Una primera concepción más flexible y condescendiente sería entender que el valor de lo intercambiado entre empleador y empleados fuese manifiestamente apreciable, aunque no necesariamente igual. En términos estadísticos, que la intensidad de la relación bidireccional positiva entre inversión en RR.HH. y productividad laboral en las empresas fuese significativa (reciprocidad relativa). Esta idiosincrasia atiende a la forma de «reciprocidad generalizada» identificada por Sahlins (2013), en la que dentro de un ambiente extendido y altruista de reciprocidad se admite cierta desproporción entre lo intercambiado, debido a que alguna de las partes presenta limitaciones que le impiden corresponder apropiadamente. Este tipo de reciprocidad generalizada puede amparar la existencia de un flujo unidireccional prevalente en la relación laboral. Una segunda concepción más restrictiva y exigente sería entender que esa reciprocidad tiene que ser exacta, es decir, el valor de lo intercambiado debe ser igual (reciprocidad equitativa). En términos estadísticos, además de la presencia de una relación bidireccional positiva entre inversión en RR.HH. y productividad laboral, se exige que ambas relaciones causales (*i. e.*, inversión en RR.HH. → productividad laboral; productividad laboral → inversión en RR.HH.) sean similares. En general, los investigadores tienden a suponer que la «reciprocidad equilibrada» gobierna la relación laboral, aunque rara vez lo hayan examinado empíricamente (Coyle-Shapiro y Conway, 2004). Por lo tanto, es importante enmendar este olvido para precisar con rigurosidad la naturaleza de la relación laboral, la cual se determina en esta investigación por dos características básicas, a saber, la intensidad y la equidad de ese proceso de reciprocidad.

Tercera, diversos factores del entorno empresarial y características organizativas pueden afectar a la relación laboral (Barnard, 1968; Coyle-Shapiro y Shore, 2007; Cropanzano y Mitchell, 2005; March y Simon, 1958). En otras palabras, las propiedades de intensidad y equidad que definen la naturaleza de la relación laboral dependen del contexto en el que desarrolla su actividad una organización. A pesar de esta indicación, Vincent *et al.* (2020) y Boxall (2021) advierten que la aproximación contextual a la relación laboral ha recibido una escasa atención empírica. Por este motivo, en la actualidad urgen estudios que integren la reciprocidad empleador-empleado con el contexto externo e interno de la organización (Boxall, 2021). Dos interesantes excepciones son los recientes estudios de Roca Puig *et al.* (2021) y Sheehan y Garavan (2021), quienes analizan, respectivamente, cómo la relación laboral se ve alterada por un entorno socioeconómico pobre y por el tamaño organizativo. En particular, Roca Puig *et al.* (2021), sobre una muestra de 2.192 empresas industriales españolas durante el periodo 2006-2011, examinan la influencia de la pobreza regional (comunidad autónoma) en el efecto de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral (*i. e.*, inversión en RR. HH. → productividad laboral). Por su parte, Sheehan y Garavan (2021), para una muestra de 284 empresas industriales y de servicios de Reino Unido, realizan un análisis comparativo entre pequeñas y medianas empresas de la relación bidireccional entre inversión en RR. HH. y la productividad laboral durante el periodo 2007-2017. Ambos estudios son referentes básicos en esta investigación, la cual los amplía dado que: a) completa el estudio de Sheehan y Garavan (2021) al introducir como marco explicativo de esa relación bidireccional la literatura sobre relaciones laborales; y b) complementa el estudio de Roca Puig *et al.* (2021) al añadir la influencia de la pobreza poblacional sobre el efecto de la productividad laboral en la inversión en RR. HH. (*i. e.*, productividad laboral → inversión en RR. HH.). Por otra parte, a diferencia de Roca Puig *et al.* (2021), en esta investigación se adopta un ámbito territorial más específico y próximo a las empresas para evaluar la pobreza de su entorno, a saber, la ciudad en la que se ubican. El término «pobreza poblacional» alude al nivel de pobreza que atesoran los municipios.

2. Marco teórico

2.1. La teoría del intercambio social

La teoría del intercambio social es un marco científico esencial para examinar la relación laboral (Coyle-Shapiro y Conway, 2004; Coyle-Shapiro *et al.*, 2016; López Cabrales y Valle Cabrera, 2020; Rincón Roldán y López Cabrales, 2022), el cual argumenta que el éxito de una organización depende de la gestión del intercambio recíproco y cooperativo que se da entre empleados y empleadores. Los empleados reciben de la organización incentivos a cambio de los cuales hacen contribuciones a la organización y las contribuciones proporcionadas por los empleados son la fuente a partir de la cual la organización produce el incentivo ofrecido a los participantes. March y Simon (1958) caracterizan a este proceso de

intercambio social como aquel en el que la organización ofrece incentivos a cambio de las contribuciones de los empleados. Su modelo incentivo-contribución captura la naturaleza interdependiente de la relación laboral, por lo que la contribución de un empleado satisface las metas de un empleador, mientras que los incentivos del empleador satisfacen las metas de los empleados. Asimismo, en este modelo subyace la idea de reciprocidad (Gouldner, 1960), donde los incentivos que brinda la organización generan un sentido de obligación por parte del empleado, quien, para sostener la relación, corresponde con comportamientos que promueven el logro de las metas de la organización (Coyle-Shapiro y Shore, 2007). Los empleados, al cumplir con sus obligaciones con el empleador, están descargando temporalmente esas obligaciones e imponiendo al empleador la obligación de corresponder en el futuro. Esto crea un sentimiento de obligación mutua y confianza interpersonal entre las partes que se consolida en el tiempo. La confianza es una condición necesaria para construir una relación de intercambio social que asegure la cooperación y colaboración entre empleados y empleadores (Coyle-Shapiro *et al.*, 2016; Hom *et al.*, 2009).

Esta reciprocidad puede tomar la forma de obligaciones por parte del empleador de continuar proporcionando a los empleados salarios y otros valores no económicos, y por parte de los empleados puede tomar la forma de menor absentismo y rotación o una mayor productividad laboral (March y Simon, 1958). Una de las obligaciones del empleado es ser productivo, por lo que la productividad laboral es uno de los criterios de realización fundamentales para evaluar la contribución de los empleados a la organización (March y Simon, 1958; Subramony *et al.*, 2008). Como contrapartida, una de las obligaciones del empleador es invertir en los empleados, por lo que el paquete de salarios y beneficios sociales (cotizaciones sociales, pensiones y otros gastos sociales), normalmente recogido en la partida de gastos de personal de la empresa, es uno de los criterios básicos más disponibles y usados para evaluar la inversión en RR. HH. (Vithana *et al.*, 2021).

Este proceso de intercambio social es un sistema de doble entrada y salida en el que cada parte contribuye con algo al intercambio y, a cambio, recibe algo. La entrada de una parte es la salida para la otra, y viceversa. Por consiguiente, cabe plantear una relación bidireccional positiva, de beneficio mutuo, entre las dos partes del intercambio que define la interacción de la relación laboral entre empleadores y empleados (Coyle-Shapiro y Kessler, 2002; Cropanzano y Mitchell, 2005). Esta es la característica clave en una relación de intercambio social. En este sentido, Coyle-Shapiro y Kessler (2002) describen en el tiempo un intercambio recíproco típico, en el que el cumplimiento por los empleados de sus obligaciones en el momento 1 estará relacionado positivamente con las obligaciones percibidas del empleador en el momento 2 y, por reciprocidad, los empleadores crearán una relación positiva entre el cumplimiento de sus obligaciones en el momento 2 y las obligaciones percibidas de los empleados en el momento 3. En esencia, la parte A proporciona recursos a la parte B con la expectativa de que la parte B proporcione recursos a la parte A en un momento posterior y, de forma viceversa, la parte B proporciona recursos a la parte A con la expectativa de que la parte A proporcione recursos a la parte B en el futuro. Asimismo, Subramony *et al.* (2008) concretan esta relación bilateral dinámica entre incentivos y

contribuciones cuando explican que los empleadores utilizan las contribuciones obtenidas de los empleados en forma de mayor productividad laboral para reinvertirlas en la provisión de futuras inversiones en RR.HH. y los empleados, por su parte, asumen que su mayor eficiencia en el trabajo será recompensada en la provisión de futuras inversiones en RR.HH. por parte de los empleadores. En resumen, la visión bidireccional entre incentivos y compensaciones es el fundamento básico de la relación laboral y, con base en este principio, se propone la siguiente hipótesis:

H₁: «Existe una relación bidireccional positiva entre la inversión en RR.HH. y la productividad laboral, de tal forma que a) la inversión en RR.HH. presenta un impacto positivo en la productividad laboral y, recíprocamente, b) la productividad laboral presenta un impacto positivo en la inversión en RR.HH.».

La anterior hipótesis defiende la noción de reciprocidad relativa, que requiere la presencia de un proceso de intercambio entre incentivos y compensaciones con un valor significativo para las respectivas partes de una relación laboral. No obstante, como advierte Gouldner (1960), podría interpretarse que la reciprocidad precisa además que el valor de lo intercambiado entre empleadores y empleados fuese similar. Bourgeois (1981) defiende esta noción más exigente de reciprocidad cuando sugiere que en el modelo de March y Simon (1958) el ratio entre lo aportado y lo recibido por las partes en una relación laboral tiene que ser igual a 1, es decir, el valor de las respectivas contrapartidas tiene que ser el mismo. En este sentido, March y Simon (1958) subrayan que los empleados tienen que percibir que el valor de la compensación que ellos reciben de los empleadores tiene que ser igual (o superior) para continuar con su relación laboral en la organización, puesto que en caso contrario optarían por rescindir dicha relación. Esta noción de reciprocidad equitativa parece ser la más extendida y aceptada por los investigadores dentro del campo de la teoría del intercambio social (Coyle-Shapiro y Conway, 2004). Así, por ejemplo, Hom *et al.* (2009, p. 280) afirman que cuando los empleadores ofrecen amplios incentivos, en respuesta esperan una «reciprocidad equitativa» por parte de los empleados. Obviamente, desde el punto de vista de los empleados podría realizarse un razonamiento paralelo. Cuando los empleados ofrecen una significativa contribución, en correspondencia, esperan una reciprocidad equitativa por parte de los empleadores. En definitiva, si el valor de lo intercambiado no es apreciado como similar o equitativo por alguna de las dos partes, la relación laboral finalizará, aumentando así la rotación laboral en la empresa. Por consiguiente, se defiende la presencia de una relación de intercambio social entre empleadores y empleados que no solo sea positiva, de ganancia mutua para ambas partes, sino también equitativa, lo cual lleva a plantear la siguiente hipótesis:

H₂: «Existe una relación bidireccional positiva y equivalente entre la inversión en RR.HH. y la productividad laboral, de tal forma que la intensidad de las dos relaciones causales que la configuran es similar».

2.2. La visión contextual de la teoría del intercambio social: la pobreza poblacional y el tamaño organizativo

Como se ha argumentado con anterioridad, la confianza entre empleadores y empleados es una condición necesaria para construir una relación de intercambio social (Coyle-Shapiro *et al.*, 2016; Hom *et al.*, 2009). Por consiguiente, si el contexto en el que se desarrolla este proceso de reciprocidad se distingue por poseer alguna característica que favorezca, o por el contrario obstaculice, la confianza interpersonal, esto repercutirá directamente sobre la intensidad de la relación laboral. El modelo empleado-empleador depende del contexto socioeconómico en el que se realizan los intercambios entre estas dos partes (Coyle-Shapiro y Shore, 2007; Coyle-Shapiro *et al.*, 2016; Cropanzano y Mitchell, 2005; Hannah e Iverson, 2004). A este respecto, la literatura sobre relaciones laborales defiende que las condiciones de vida de la sociedad en la que se desenvuelve una organización, en particular su nivel de pobreza, y el tamaño de la propia organización son dos factores contextuales que afectan negativamente a la relación laboral. Cuanto mayores sean los niveles de pobreza poblacional y tamaño organizativo menor será la confianza social que enmarca a una relación de reciprocidad y, en consecuencia, cabe esperar que la intensidad de relación bidireccional positiva entre empleados y empleadores se reduzca.

2.2.1. La pobreza poblacional

La gestión de la relación laboral en las organizaciones no puede entenderse completamente aislada de las condiciones de vida de la sociedad (desigualdad, pobreza, etc.) en la que desarrollan su actividad económica (Dundon y Rafferty, 2018; Roca Puig *et al.*, 2021). La pobreza hace referencia a determinadas privaciones o carencias que padecen las personas en un determinado territorio y ponen en peligro su bienestar (Atkinson, 1998; Bapuji, 2015). La pobreza material denota una falta de medios económicos para satisfacer las necesidades humanas básicas en una sociedad y es una indicación clave que advierte de unas malas condiciones de vida de la población. El concepto de pobreza se define de acuerdo con el contexto socioeconómico de una población, identificándose en función del porcentaje de personas que viven por debajo del nivel de renta (umbral de pobreza) que una determinada sociedad considera mínimo para mantener la dignidad. Por lo general, en países desarrollados el nivel de pobreza material recoge el porcentaje de personas que viven por debajo del 60 % de la mediana de la renta de ese país (INE, 2022). Este indicador de pobreza relativa considera que una persona es pobre cuando se encuentra en una situación clara de desventaja socioeconómica respecto al resto de personas de su entorno y, por esta razón, esta concepción de pobreza está muy ligada a la noción de desigualdad.

Kim y Wright (2011), Roca Puig *et al.* (2021) y Geary y Signoretti (2021) sugieren que la norma de reciprocidad y los valores sociales de lealtad y cooperación establecidos en la sociedad son recreados dentro de las organizaciones favoreciendo el desarrollo de relaciones

cooperativas de largo plazo entre empresarios y trabajadores. En el caso de que estos valores se degraden en la sociedad, entonces esta peculiaridad se transmite a las organizaciones ubicadas dentro de este territorio. Precisamente, un grado elevado de pobreza de la población se relaciona negativamente con la confianza social, definida como un valor moral que se deriva de normas culturales compartidas en una comunidad que describe un contexto donde las personas tienden a ser generosas e incluso altruistas. La confianza social trae beneficios para las sociedades como medio de cooperación social y lealtad. La pobreza material deteriora la confianza social al generar aprensión en las personas y favorecer comportamientos oportunistas e individuales que intentan maximizar sus propios intereses, degradando la cooperación entre las personas. Cuando una persona experimenta la falta de reciprocidad en la población en la que vive, lleva sus efectos a todos los demás colectivos sociales a los que pertenece, en especial a la organización en la que trabaja (Bapuji, 2015). Los empleados y empleadores no pueden aislarse en la empresa de la coyuntura socioeconómica en la que se ven inmersos en su entorno. Por lo tanto, en un contexto de elevada pobreza, su sentimiento de obligación de responder ante el incentivo proporcionado por la contraparte de una relación laboral será menor.

En definitiva, la pobreza en la sociedad produce empleados y empleadores desconfiados, comportamientos organizativos egoístas y falta de participación en el trabajo que, en última instancia, debilitan la intensidad de la relación laboral en las organizaciones (Bapuji, 2015; Kim y Wright, 2011; Roca Puig *et al.*, 2021). En otras palabras, la pobreza de la población afecta negativamente a la relación bidireccional entre inversión en RR.HH. y productividad laboral, disminuyendo la fuerza o intensidad de esa relación laboral, de tal forma que se enuncia la siguiente hipótesis:

H₃: «En comparación con un contexto de reducida pobreza poblacional, en un contexto de elevada pobreza poblacional a) el efecto positivo de la inversión en RR.HH. en la productividad laboral será menor y b) el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR.HH. será menor».

2.2.2. El tamaño organizativo

Las pequeñas empresas representan un porcentaje muy significativo de los puestos de trabajo que actualmente existen en el sector privado de muchos países, por lo que es vital entender mejor la naturaleza de las relaciones laborales que se desarrollan dentro de este contexto empresarial en comparación con las medianas y grandes empresas (Allen *et al.*, 2013; Sels *et al.*, 2006; Sheehan y Garavan, 2021). En las pequeñas empresas es más fácil que se descubra un sentimiento familiar y de pertenencia fuerte entre empleados y empleadores que potencia la confianza interpersonal y el apego entre ellos (Allen *et al.*, 2013; Wilkinson, 1999). La mayoría de las empresas pequeñas tienen una estructura de estilo familiar que presenta interacciones verbales directas entre el empresario y los empleados (Della Torre

et al., 2021). Este vínculo emocional crea una identificación personal de los empleados con la organización y genera una serie de lazos afectivos en el lugar de trabajo que integra a todas las personas, empleados y empresario. Los empleados con un fuerte sentido de pertenencia interiorizan los objetivos clave de la organización y están dispuestos a esforzarse siendo más eficientes y productivos en su trabajo; en correspondencia, los empresarios con un fuerte sentido de pertenencia reconocen los objetivos de los empleados, se preocupan por su bienestar, les brindan un mayor apoyo organizativo y están dispuestos a incrementar su remuneración. Las pequeñas empresas suelen pagar más a los trabajadores cuando se alcanzan los objetivos y la productividad laboral es elevada (Cardon y Stevens, 2004).

Adicionalmente, las pequeñas empresas suelen tener una mayor preferencia por la gestión informal de la relación laboral (Della Torre *et al.*, 2021; Sels *et al.*, 2006). Debido al menor número de empleados, las pequeñas empresas ofrecen más oportunidades de interacción y comunicación directa entre empleados y empleador y, en tales contextos, la informalidad y el contacto estrecho potencian las relaciones interpersonales y un enfoque más colaborativo en el lugar de trabajo (Della Torre *et al.*, 2021; Sheehan y Garavan, 2021). El mayor número de empleados en las medianas y grandes empresas hace imposible que los empresarios gestionen las relaciones laborales únicamente a través de la comunicación directa y las interacciones personales. Los empleados en las pequeñas empresas suelen reportar altos niveles de satisfacción y motivación debido al clima de cooperación y alto nivel de confianza entre empleados y empresarios encontrado en este contexto organizativo.

En síntesis, en comparación con las medianas y grandes empresas, la mayor familiaridad e informalidad que caracteriza a las pequeñas empresas potencia el grado de cooperación y confianza interpersonal entre empleados y empleador que se necesita para construir una relación de intercambio social intensa. Por esta razón, cabría esperar que la relación laboral fuese más positiva en las pequeñas empresas que en las medianas y grandes empresas. En otras palabras, el tamaño empresarial afecta negativamente a la relación bidireccional entre inversión en RR.HH. y productividad laboral, de ahí que se postule la siguiente hipótesis:

H₄: «En comparación con las pequeñas empresas, en las medianas y grandes empresas a) el efecto positivo de la inversión en RR.HH. en la productividad laboral será menor y b) el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR.HH. será menor».

3. Metodología

3.1. Fuentes de información

Para contrastar las hipótesis se usan principalmente los datos de dos fuentes de información: 1) el Atlas de distribución de renta de los hogares (ADRH) elaborado por el INE (2022)

y 2) el SABI elaborado por la empresa Informa D&B en colaboración con Bureau Van Dijk (Informa D&B, 2022). El ADRH es un innovador proyecto experimental que recientemente ha elaborado el INE para todo el territorio español en el que se plantea la construcción de indicadores estadísticos de nivel y distribución de renta de los hogares a nivel municipal a partir de datos tributarios proporcionados fundamentalmente por la Agencia Tributaria¹. Según el INE, a finales de 2022, el ADRH dejará de figurar como estadística experimental y estos datos se integrarán en el propio Censo de población y viviendas, que proporcionará esta información como parte de las variables de contexto. Por su parte, SABI es una base de datos web que permite el acceso a diversa información general y a las cuentas anuales de más de 2,7 millones de empresas españolas y más de 800.000 portuguesas. Desde el año 2019, el INE ha ido publicando periódicamente los datos disponibles en el ADRH y en la actualidad se dispone de información de cinco anualidades, correspondientes al periodo 2015-2019, para municipios con más de 500 habitantes. En consonancia con los datos disponibles en el ADRH, en esta investigación se recopilan de SABI los datos anuales del periodo 2015-2019 de las empresas españolas.

La información de ambas bases de datos se fusiona usando como unidad de análisis la empresa. Esta reunión precisa identificar el municipio en el que las empresas desarrollan su actividad económica para asignarle a cada caso (*i. e.*, empresa) sus respectivos indicadores del entorno socioeconómico municipal procedentes del ADRH. Para realizar esta fusión es necesario seleccionar solo empresas que estén ubicadas en un único municipio y, por lo tanto, no tengan delegaciones (comerciales o industriales) en diversos municipios. Además, solo se seleccionan empresas englobadas dentro de las diferentes clasificaciones de pequeña, mediana y gran empresa en función del tamaño organizativo. En otras palabras, no se incluyen las denominadas microempresas, organizaciones con menos de 10 empleados. Por último, se eliminan las empresas que en SABI presentan algún dato perdido en cualquiera de las variables organizativas durante el periodo de tiempo examinado (2015-2019). En términos estadísticos, la muestra de empresas está compuesta de casos completos.

3.2. Variables

En cuanto a las medidas de las dos variables organizativas que conforman una relación laboral, en primer lugar, la inversión en RR. HH. se evalúa por medio del coste medio de los empleados (gastos de personal/número de empleados). En la partida de gastos de personal se incluyen sueldos y salarios, indemnizaciones, cotizaciones sociales, aportaciones al

¹ Inicialmente no se incluían las comunidades autónomas de Navarra y el País Vasco debido a su régimen tributario especial. Paulatinamente, el INE está incorporando datos de estos dos territorios y actualmente ya aparecen los municipios de la provincia de Vizcaya.

sistema de pensiones y otros gastos sociales. El coste medio de los empleados es el indicador tradicional usado en la literatura sobre gestión estratégica de los RR.HH. para estimar la inversión en RR.HH. (Vithana *et al.*, 2021). En segundo lugar, siguiendo la propuesta de autores como Sels *et al.* (2006), la productividad laboral se mide por el valor añadido por empleado (valor añadido/número de empleados). El valor añadido de una empresa se define como la diferencia entre el valor de la producción (suma de ventas, variación de existencias y otros ingresos de gestión) y las adquisiciones externas relacionadas con ese volumen de negocio (suma de las compras y los servicios exteriores), siendo un importante indicador de la eficiencia laboral de los empleados. Por lo que respecta a la medición de la pobreza, se usa el indicador de «porcentaje de población con ingresos por unidad de consumo por debajo del 60 % de la mediana nacional», el cual estima la proporción de la población de un determinado territorio (*i. e.*, municipio) en riesgo de pobreza. Según el INE (2022), este índice forma parte del conjunto de indicadores publicados por Eurostat en el «Pilar Europeo de Derechos Sociales» y también es uno de los indicadores de los «Objetivos de Desarrollo Sostenible» (Objetivo 1, Lucha contra la pobreza).

Al mismo tiempo, es conveniente introducir una serie de variables de control identificadas en estudios previos que pueden afectar tanto a la inversión en RR.HH. como a la productividad laboral. Como explican Bernerth y Aguinis (2016), las variables de control son básicas para garantizar la generalización de los resultados obtenidos en cualquier investigación empírica. De forma similar a Roca Puig *et al.* (2021) y Sheehan y Garavan (2021), a nivel empresarial se introducen el tamaño organizativo, la intensidad de capital y el sector de actividad. El tamaño organizativo se mide mediante el número de empleados de la empresa. La intensidad de capital se determina por el ratio entre el inmovilizado y el número de empleados de la empresa. En cuanto al sector económico en el que ejerce su actividad la empresa, se adopta una de las clasificaciones más comunes usada por el INE en la que distingue cuatro sectores, a saber, agricultura, industria, construcción y servicios. Adicionalmente, al igual que Roca Puig *et al.* (2021), se incorpora el índice de competitividad regional (ICR) recopilado por la Comisión Europea que recoge el nivel de desarrollo de las diferentes regiones del ámbito europeo. En particular, se usa el ICR del año 2019 (ICR 2019) dado que su cobertura corresponde principalmente al periodo 2015-2017 (Annoni y Dijkstra, 2019), coincidiendo pues con los años iniciales del periodo de análisis de esta investigación. A cada empresa de la muestra se le asigna su ICR 2019 en función de la región española (comunidad autónoma) en la que está localizada. Por último, es oportuno también introducir la renta bruta per cápita de la población como un indicador que mide el crecimiento económico de un determinado municipio. Como puntualizan Annoni y Dijkstra (2019), la renta bruta per cápita no está incluida en el ICR 2019, siendo pues una variable diferente a considerar para valorar el progreso del entorno empresarial. Se usan los datos anuales del periodo analizado (2015-2019) del índice de renta bruta per cápita de los municipios españoles que proporciona el INE. A las empresas se les asigna su correspondiente índice de renta bruta per cápita anual en función del municipio en el que se ubican.

La muestra final seleccionada para realizar el análisis estadístico es de 35.911 empresas (casos completos), repartidas entre 2.436 municipios españoles, con datos de 8 variables en 5 momentos de tiempo ($t=5$; 2015-2019).

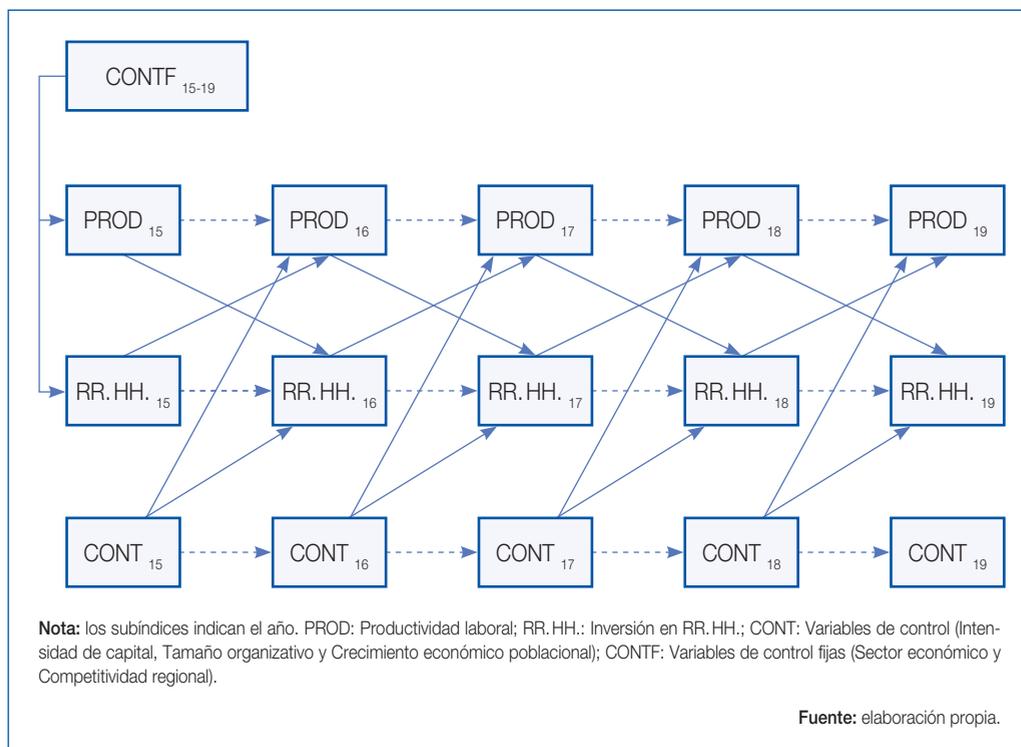
En la tabla I del anexo se enumeran las variables usadas en esta investigación y sus respectivas medidas. En la tabla II del anexo se muestra la distribución del número de empresas y municipios englobados en esta investigación por provincias. En función de su actividad económica, 1.239 empresas pertenecen al sector de agricultura, 8.957 empresas al sector industrial, 3.594 al sector de la construcción y 22.121 empresas al sector de servicios. En cuanto al tamaño empresarial, se distinguen dos tipos de empresas en función del criterio seguido en la Unión Europea, a saber, pequeñas (de 10 a 49 empleados), medianas y grandes empresas (más de 49 empleados). El número de empleados es el indicador normalmente usado para identificar a los diferentes tipos de empresas en función del tamaño organizativo (por ejemplo, Sheehan y Garavan, 2021). Para realizar esta clasificación, se calcula el promedio de las cinco anualidades (2015-2019) del número de empleados de una empresa y en función de este valor se identifican 29.992 pequeñas empresas y 5.919 medianas y grandes empresas.

3.3. Procedimiento estadístico

Siguiendo las indicaciones de Little (2013) y tomando como referencia los estudios de Sheehan y Garavan (2021) y Roca Puig *et al.* (2021), se diseña un modelo longitudinal de ecuaciones estructurales (SEM) de «efectos cruzados con retardos» para garantizar la necesaria prelación temporal de la causa sobre el efecto. Se determina un retardo temporal de 1 año en las relaciones causales propuestas en el modelo. Al mismo tiempo, se especifica que los efectos cruzados permanezcan constantes en el tiempo, lo cual facilita la interpretación de los resultados al estimarse un único parámetro no estandarizado para todo el intervalo de tiempo considerado (Roca Puig *et al.*, 2021).

Por otra parte, para evitar problemas de computación al usar SEM es usual realizar una transformación logarítmica de las variables (por ejemplo, Sheehan y Garavan, 2021). En particular, se calcula el logaritmo decimal (de base 10) de las siguientes variables: *Inversión en RR. HH.*, *Productividad laboral*, *Intensidad de capital*, *Tamaño organizativo* y *Crecimiento económico poblacional*. Por último, es de resaltar que el *Sector económico* y la *Competitividad regional* no sufren cambios durante el periodo de tiempo examinado (2015-2019), por lo que actúan como factores fijos (constantes), introduciéndose como variables que impactan solo en el primer año de dicho periodo (*i. e.*, 2015) sobre la inversión en RR. HH. y la productividad laboral. En la figura 1 se muestran los efectos cruzados entre las variables (líneas continuas) y los efectos autorregresivos (líneas espaciadas) oportunos para diseñar un modelo SEM longitudinal (Little, 2013).

Figura 1. Modelo de ecuaciones estructurales longitudinal (2015-2019)



Mediante el programa EQS (Bentler, 2006) se calcula la bondad del ajuste de este modelo a los datos y los respectivos parámetros de las relaciones causales propuestas. En cuanto a la bondad del ajuste, se presentan los valores de la chi-cuadrado Satorra-Bentler (χ^2) y sus grados de libertad (gl), el índice de ajuste no normalizado ($NNFI$), el índice de ajuste comparativo (CFI) y el error cuadrático medio de aproximación ($RMSEA$). En modelos complejos que analizan un elevado número de casos se aconseja que el $NNFI$ y el CFI presenten valores por encima de 0,90 y el $RMSEA$ valores por debajo de 0,06. Para estimar la significatividad (p) de los parámetros se utiliza el error estándar robusto, que corrige la posible no normalidad de los datos. Por otra parte, se aplica el «test robusto de Lagrange» (*robust Lagrange multiplier test*, RLMT) para evaluar si los efectos cruzados entre inversión en RR.HH. y productividad laboral son iguales. Este test estadístico se usa con un doble propósito. Primero, sirve como prueba de la hipótesis H_2 (reciprocidad equivalente) al comprobar la igualdad de estos efectos cruzados dentro de un mismo modelo. Segundo, desde un punto de vista comparativo, sirve como prueba de las hipótesis H_3 y H_4 de estos efectos cruzados entre diferentes subgrupos de empresas (análisis multigrupo).

El modelo SEM representado en la figura 1 se examina para la muestra total de empresas y posteriormente se replica para los diferentes subgrupos de empresas identificados

en función del grado de pobreza poblacional y del tamaño empresarial. Para esto se usa el análisis multigrupo, que es una técnica SEM especialmente ideada para realizar comparaciones entre diferentes subgrupos (Bentler, 2006). En un análisis multigrupo hay un único test de la bondad del ajuste que evalúa conjuntamente a todos los grupos considerados. Por consiguiente, a mayor número de grupos, más difícil es encontrar un ajuste global aceptable de los datos para todos los grupos considerados de forma simultánea (Bentler, 2006). En la práctica, esta particularidad limita el número de grupos a examinar y requiere plantear un marco de análisis sencillo a partir de la distinción de dos categorías en cada variable contextual. En cuanto a la pobreza poblacional, se calcula el promedio de las cinco anualidades (2015-2019) de esta variable para cada empresa² y se halla su mediana para la muestra total de empresas. En función de la mediana (17,80), se identifican 17.879 empresas que están por debajo de este valor (nivel de pobreza poblacional reducido) y 18.032 empresas que están por encima (nivel de pobreza poblacional elevado). Por lo que respecta al tamaño empresarial, cabe recordar que se distinguen también dos grupos de empresas, a saber, pequeñas (29.992 empresas) y medianas y grandes (5.919 empresas). A partir de las posibles combinaciones de estas categorías se conforman cuatro diferentes escenarios: escenario A (pequeñas empresas/pobreza reducida; 14.720 empresas), escenario B (pequeñas empresas/pobreza elevada; 15.272 empresas), escenario C (medianas y grandes empresas/pobreza reducida; 3.159 empresas) y escenario D (medianas y grandes empresas/pobreza elevada; 2.760 empresas).

4. Resultados

Los índices de bondad del ajuste del modelo a los datos en la muestra total de empresas indican un nivel apropiado ($\chi^2 = 16.055,385$; $gl = 308$; $p < 0,01$; $NNFI = 0,982$; $CFI = 0,986$; $RMSEA = 0,038$). Los parámetros no estandarizados estimados de las relaciones causales contenidas en este modelo se presentan en la tabla 1. Asimismo, en la figura 2 se centra la atención en los resultados que descubren cómo es la articulación de la relación laboral en las empresas españolas. A este respecto, se evidencia la existencia de una relación bidireccional positiva entre la inversión en RR. HH. y la productividad laboral ($Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t \rightarrow Productividad\ laboral\ t_{t+1} = 0,060$; $Productividad\ laboral\ t \rightarrow Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t_{t+1} = 0,034$). Ambas relaciones causales presentan un efecto positivo y significativo, confirmándose así la hipótesis H₁. Además, como se observa en la figura 2, la prueba estadística RLMT (18,731)

² El rango (diferencia entre el valor mínimo y máximo) de este valor para la muestra de empresas analizada es 48,26 (3,88–52,14). La amplitud de este valor refleja la alta disparidad en el nivel de pobreza existente entre los municipios españoles. Es conveniente señalar también que la mediana debería dividir la muestra total en dos grupos con el mismo número de empresas, sin embargo, no sucede exactamente así dado que las ciudades de Palma (Baleares), Alcalá de Henares (Madrid) y Salas de los Infantes (Burgos) reportan exactamente el valor de la mediana (17,80), por lo que la inclusión de las empresas localizadas en estos municipios en uno u otro grupo conlleva la diferencia que se observa.

corroborar que la intensidad de estas dos relaciones causales es significativamente diferente y, por lo tanto, no se confirma la hipótesis H_2 . No se evidencia una reciprocidad equitativa entre lo que aportan y reciben respectivamente empleados y empresarios en su relación laboral, inclinándose la balanza de la relación laboral a favor de los intereses de los empresarios, puesto que el valor de la primera relación causal es significativamente mayor que el valor de la segunda ($0,060 > 0,034$). En definitiva, se constata que la norma de reciprocidad relativa o generalizada guía la relación de intercambio social entre empleados y empresarios en las empresas españolas.

En cuanto al estudio de la visión contextual de la relación laboral, se muestran a continuación los resultados extraídos en los diferentes escenarios examinados. En la tabla III del anexo se exponen los resultados detallados del análisis multigrupo realizado individualmente para cada una de las dos variables contextuales examinadas. Los índices de la bondad del ajuste del modelo multigrupo son satisfactorios en ambos análisis, tanto para la pobreza poblacional ($X^2 = 20.037,633$; $gl = 616$; $p < 0,01$; $NNFI = 0,977$; $CFI = 0,982$; $RMSEA = 0,042$) como para el tamaño organizativo ($X^2 = 16.852,578$; $gl = 616$; $p < 0,01$; $NNFI = 0,982$; $CFI = 0,987$; $RMSEA = 0,039$). En las figuras 3 y 4 se destacan los resultados que atañen a la relación bidireccional entre inversión en RR.HH. y productividad laboral, lo cual permite examinar las hipótesis H_1 y H_2 en cada uno de los contextos identificados. Adicionalmente, para contrastar las hipótesis H_3 y H_4 se precisa adoptar un análisis comparativo que identifique las diferencias en la intensidad de la relación laboral entre diversos contextos.

Tabla 1. Resultados del modelo longitudinal para el periodo 2015-2019 ($t=5$)

Relaciones causales	Parámetros
Inversión en RR.HH. _t → Productividad laboral _{t+1}	0,060**
Productividad laboral _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	0,034**
Efectos de control:	
Competitividad regional → Productividad laboral ₁₅	0,295**
Competitividad regional → Inversión en RR.HH. ₁₅	0,348**
Sector agricultura → Productividad laboral ₁₅	-0,085**
Sector agricultura → Inversión en RR.HH. ₁₅	-0,142**



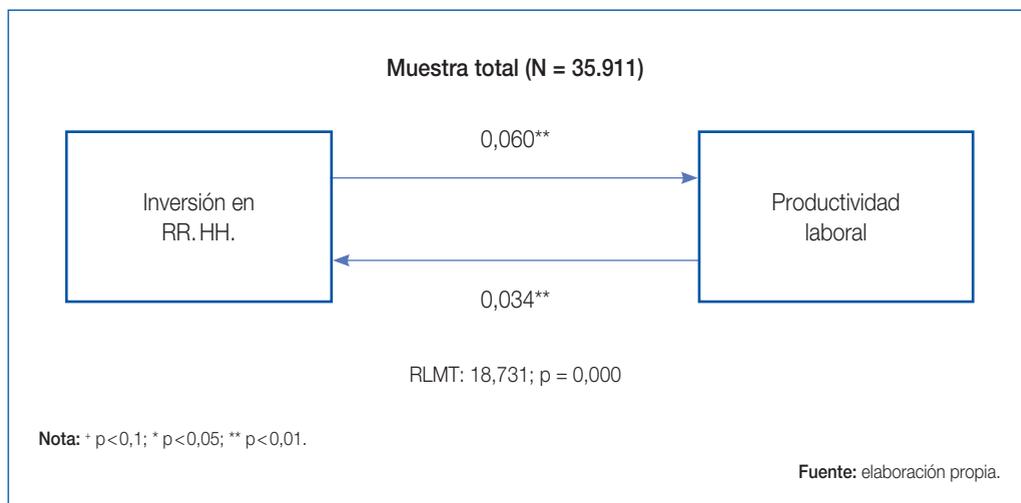
Relaciones causales	Parámetros
Sector industria → Productividad laboral ₁₅	0,055**
Sector industria → Inversión en RR.HH. ₁₅	0,047**
Sector construcción → Productividad laboral ₁₅	-0,033**
Sector construcción → Inversión en RR.HH. ₁₅	0,042**
Tamaño organizativo _t → Productividad laboral _{t+1}	0,002*
Tamaño organizativo _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	0,019**
Intensidad de capital _t → Productividad laboral _{t+1}	0,013**
Intensidad de capital _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	-0,003**
Crecimiento económico poblacional _t → Productividad laboral _{t+1}	0,026**
Crecimiento económico poblacional _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	0,029**
Efectos autorregresivos:	
Inversión en RR.HH. _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	(0,849–0,907)**
Productividad laboral _t → Productividad laboral _{t+1}	(0,834–0,884)**
Tamaño organizativo _t → Tamaño organizativo _{t+1}	(0,965–0,986)**
Intensidad de capital _t → Intensidad de capital _{t+1}	(0,931–0,956)**
Crecimiento económico poblacional _t → Crecimiento económico poblacional _{t+1}	(0,947–1,003)**

Notas:

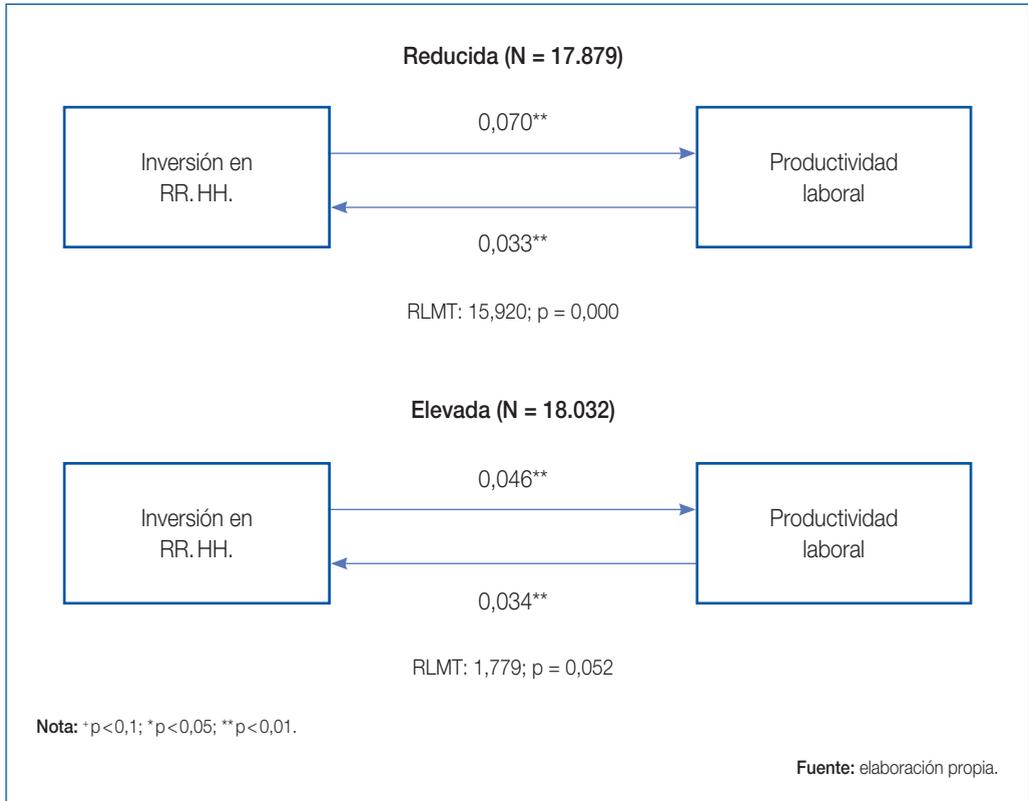
1. Los efectos autorregresivos varían en el intervalo temporal analizado. Se presenta el rango (mínimo-máximo) de los valores obtenidos.
2. El sector de servicios se escoge como categoría de referencia y, por lo tanto, no se introduce como una variable en el modelo. El resto de sectores económicos se codifican como variables dicotómicas, asignándose el valor de 1 cuando la empresa pertenece a ese sector y el valor de 0 en caso contrario.
3. N = 35.911; * p < 0,1; * p < 0,05; ** p < 0,01.

Fuente: elaboración propia.

Figura 2. La relación laboral para la muestra total de empresas



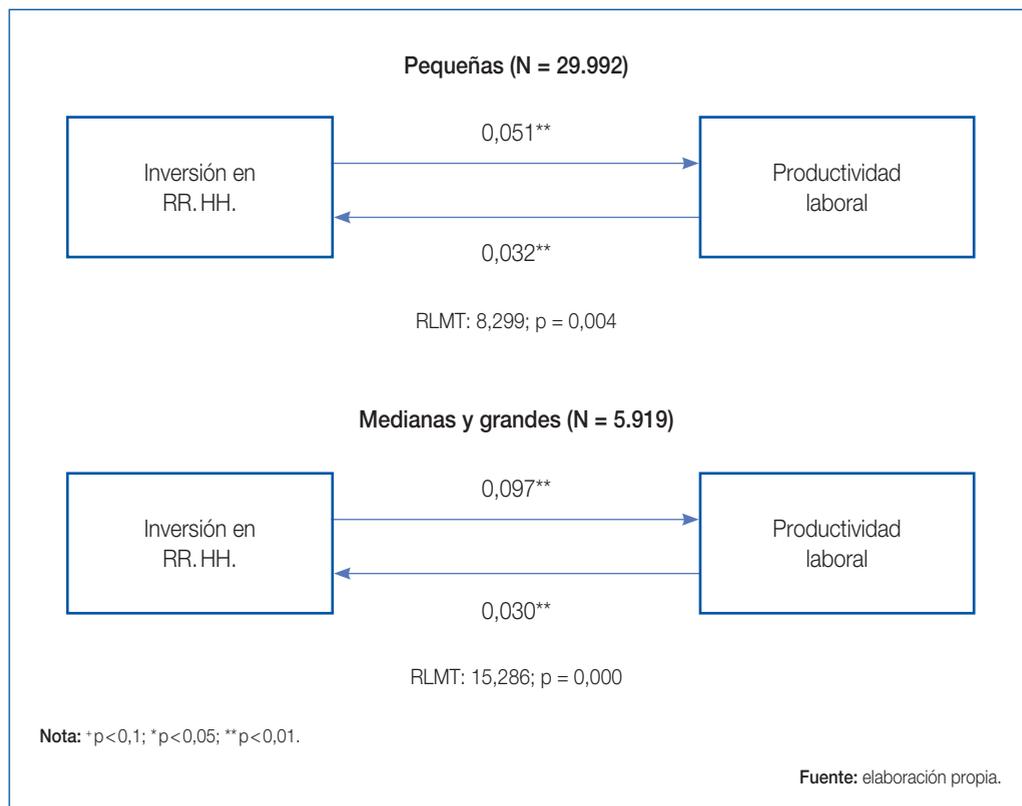
Los resultados evidencian una relación bidireccional positiva entre inversión en RR. HH. y productividad laboral, tanto en un contexto de pobreza reducida como elevada (véase figura 3). Por consiguiente, se confirma la hipótesis H_1 en ambos contextos. Al mismo tiempo, el valor de la prueba estadística RLMT de los dos efectos cruzados entre inversión en RR. HH. y productividad laboral en cada uno de estos dos contextos (pobreza reducida: 15,920; pobreza elevada: 1,779) muestra que en un contexto de pobreza reducida claramente no son iguales ($0,070 > 0,033$), sin embargo, en un contexto de elevada pobreza esta brecha se reduce y los parámetros de ambas relaciones ($0,046$ vs. $0,034$) solo son estadísticamente distintos a un nivel de significatividad del 10%. Se aprecia pues una moderada similitud entre las dos relaciones causales que conforman una relación laboral, lo cual indica el surgimiento de una débil reciprocidad equivalente en un contexto de elevada pobreza poblacional, en contraste con la prevalencia descubierta del efecto de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral en un contexto de reducida pobreza. En definitiva, en un contexto de pobreza reducida no se confirma la hipótesis H_2 , mientras que en un contexto de pobreza elevada la hipótesis H_2 se confirma moderadamente. Desde un punto de vista comparativo, el valor de la prueba estadística RLMT entre estos dos grupos de empresas para las relaciones causales que configuran una relación laboral ($Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t \rightarrow Productividad\ laboral\ t+1$: RLMT = 4,815; $p = 0,028$. $Productividad\ laboral\ t \rightarrow Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t+1$: RLMT = 1,744; $p = 0,187$) demuestra que las empresas ubicadas en municipios con una elevada pobreza presentan un efecto positivo menor de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral que las empresas ubicadas en municipios con una reducida pobreza ($0,070 > 0,046$). No obstante, el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR. HH. no es estadísticamente diferente entre estos dos grupos de empresa ($0,033$ vs. $0,034$). Por consiguiente, la hipótesis H_3 se confirma parcialmente, dado que se evidencia el efecto H_{3a} pero no el efecto H_{3b} .

Figura 3. La relación laboral en función de la pobreza poblacional


Por lo que respecta al tamaño organizativo, se corrobora una relación bidireccional positiva entre inversión en RR.HH. y productividad laboral, tanto en pequeñas empresas como en medianas y grandes empresas (véase figura 4). Por consiguiente, se confirma la hipótesis H_1 en ambos contextos. Adicionalmente, el valor de la prueba estadística RLMT de los dos efectos cruzados entre la inversión en RR.HH. y la productividad laboral en cada uno de estos dos contextos (pequeñas empresas: 8,299; medianas y grandes empresas: 15,286) muestra que en ninguno de ellos son iguales ($0,051 > 0,032$; $0,097 > 0,030$), prevaleciendo en ambos contextos el efecto de la inversión en RR.HH. sobre la productividad laboral. La hipótesis H_2 no se confirma en ninguno de estos dos contextos. Desde un punto de vista comparativo, el valor del estadístico RLMT entre estos dos grupos de empresas para las relaciones causales que configuran una relación laboral ($Inversión\ en\ RR.HH._t \rightarrow Productividad\ laboral_{t+1}$: $RLMT = 4,725$; $p = 0,030$. $Productividad\ laboral_t \rightarrow Inversión\ en\ RR.HH._{t+1}$: $RLMT = 0,041$; $p = 0,834$) demuestra que las pequeñas empresas presentan un efecto positivo menor de la inversión en RR.HH. en la productividad laboral en comparación con las medianas y grandes empresas ($0,097 > 0,051$); sin embargo, el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR.HH. no es estadísticamente diferente entre estos

dos grupos de empresas (0,030 vs. 0,032). Por consiguiente, la hipótesis H_4 no se confirma, puesto que ninguno de estos dos efectos es más positivo en las pequeñas empresas que en las medianas y grandes empresas, más bien se evidencia una situación opuesta a la hipotetizada para el efecto de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral.

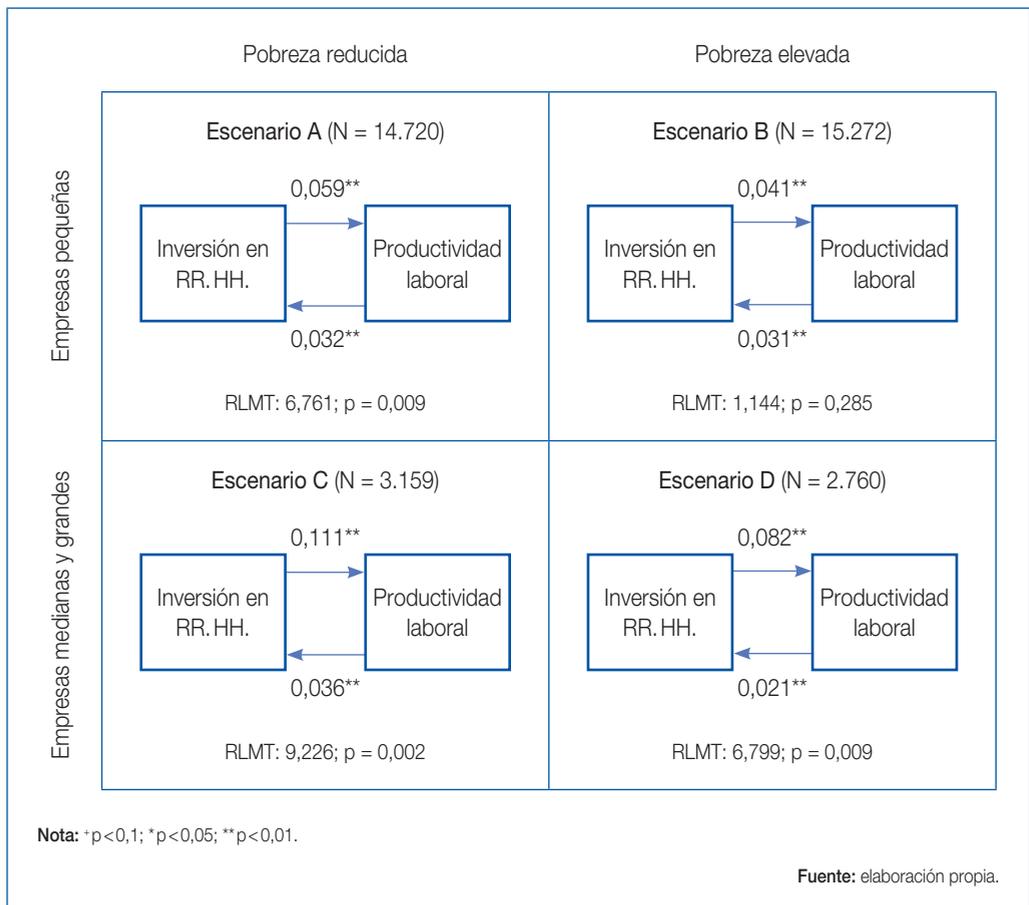
Figura 4. La relación laboral en función del tamaño organizativo



En la tabla IV del anexo se muestran los resultados detallados del análisis multigrupo para los cuatro escenarios (A, B, C y D) conformados a partir de la combinación de los dos niveles de pobreza poblacional y los dos tipos de empresas en función de su tamaño organizativo. Los índices de la bondad del ajuste del modelo propuesto a los datos de dicho análisis multigrupo son apropiados ($X^2=21.667,089$; $gl=1.232$; $p<0,01$; $NNFI=0,976$; $CFI=0,982$; $RMSEA=0,043$). En la figura 5 se exponen los resultados que descubren cómo es la relación laboral en las empresas españolas englobadas en cada uno de estos cuatro escenarios y permiten comprobar las hipótesis H_1 y H_2 . En la tabla 2 se exponen los resultados de la prueba estadística RLMT del análisis comparativo de la relación laboral entre todos los posibles pares de escenarios, lo cual permite examinar las hipótesis H_3 y H_4 .

Como se comprueba en la figura 5, en los cuatro escenarios se evidencia una relación bidireccional positiva entre inversión en RR. HH. y productividad laboral, confirmándose así la hipótesis H_1 en todos ellos. Por otra parte, si nos fijamos en la prueba estadística RLMT, en los escenarios A, C y D se constata que los dos efectos que conforman esta relación bidireccional no son iguales, siendo el efecto de la inversión en RR. HH. sobre la productividad laboral mayor que el efecto de la productividad laboral sobre la inversión en RR. HH. en estos tres escenarios (A: $0,059 > 0,032$; C: $0,111 > 0,036$; D: $0,082 > 0,021$). Sin embargo, aun cuando el efecto positivo de la inversión en RR. HH. sobre la productividad laboral es también mayor en el escenario B ($0,041 > 0,031$), la prueba RLMT (1,144) no confirma que estos valores sean significativamente distintos. En consecuencia, cabe resaltar que para el grupo de empresas comprendidas en el escenario C se confirma la hipótesis H_2 de nuestro estudio, pero esta hipótesis debe rechazarse para el resto de escenarios.

Figura 5. La relación laboral en función de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo



Para contrastar la hipótesis H_3 es necesario comparar todos los posibles pares de escenarios con diferentes niveles de pobreza poblacional, a saber, A-B, A-D, B-C y C-D. Como se observa en la tabla 2 y en la figura 5, solo cuando comparamos los escenarios B-C se evidencia una intensidad positiva menor y significativa en la relación bidireccional entre inversión en RR. HH. y productividad laboral, confirmándose así la hipótesis H_3 . En comparación con un contexto de reducida pobreza poblacional (C), en un contexto de elevada pobreza poblacional (B) el efecto positivo de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral es menor ($0,041 < 0,111$) y el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR. HH. es menor ($0,031 < 0,036$). Por otra parte, la hipótesis H_4 cobra sentido examinarla comparando los posibles pares de escenarios con diferente tamaño organizacional, a saber, A-C, A-D, B-C y B-D. Los resultados concluyen que solo en el análisis comparativo B-D aparecen diferencias claramente significativas en la relación laboral (véase tabla 2). En comparación con las pequeñas empresas (B), en las medianas y grandes empresas (D) el efecto positivo de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral es mayor ($0,082 > 0,041$) y el efecto positivo de la productividad laboral en la inversión en RR. HH. es menor ($0,021 < 0,031$). Por consiguiente, la hipótesis H_4 se confirma parcialmente, dado que se evidencia el efecto H_{4b} , pero no el efecto H_{4a} . Es más, con respecto a la H_{4a} , los resultados revelan una relación contraria a la postulada.

Tabla 2. Análisis de diferencias (valor RLMT) entre los diferentes escenarios

Relaciones causales	A-B	A-C	A-D	B-C	B-D	C-D
Inversión en RR. HH. _t → Productividad laboral _{t+1}	2,637	3,760 ⁺	0,206	9,601 ^{**}	7,071 ^{**}	1,252
Productividad laboral _t → Inversión en RR. HH. _{t+1}	0,792	0,756	1,672	10,552 ^{**}	18,385 ^{**}	2,934 ⁺

Nota: ⁺p<0,1; ^{*}p<0,05; ^{**}p<0,01.

Fuente: elaboración propia.

En resumen, los resultados evidencian que la hipótesis H_1 (reciprocidad relativa) se confirma en todos los análisis realizados, tanto para la muestra total como para los diferentes grupos de empresa conformados a partir de la segmentación de la muestra en función del grado de pobreza poblacional y del tamaño organizativo. Se constata que la hipótesis H_1 es universal. Por su parte, la hipótesis H_2 (reciprocidad equivalente) solo se confirma de forma manifiesta en el grupo de empresas perteneciente al escenario B, es decir, para pequeñas empresas localizadas en municipios con una elevada pobreza. La hipótesis H_3 (la intensidad de la reciprocidad es menor en un entorno de elevada pobreza) se cumple parcialmente cuando se examina individualmente la variable pobreza poblacional, dado que

solo el efecto positivo de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral es menor. Adicionalmente, cuando se examinan conjuntamente pobreza poblacional y tamaño organizativo, la hipótesis H_3 se corrobora al comparar pequeñas empresas ubicadas en municipios con elevada pobreza con medianas y grandes empresas ubicadas en municipios con reducida pobreza (escenarios B-C). La hipótesis H_4 (la intensidad de la reciprocidad es menor en medianas y grandes empresas) no se confirma cuando se examina individualmente la variable tamaño organizativo. Por otra parte, cuando se examina conjuntamente pobreza poblacional y tamaño organizativo, la hipótesis H_4 se cumple parcialmente dentro de un entorno de elevada pobreza poblacional al comparar pequeñas empresas con medianas y grandes empresas, dado que solo es menor el efecto de la productividad laboral en la inversión en RR. HH. (escenarios B-D).

5. Conclusión

Desde la teoría del intercambio social, la relación laboral se define como un proceso dinámico bidireccional entre los incentivos y las compensaciones que respectivamente reciben los empleadores y los empleados. El principio de reciprocidad positiva, de ganancias mutuas para empleadores y empleados, rige esta relación de interdependencia entre ambas partes. En una relación laboral, los empleadores realizan incentivos o inversiones para los empleados y, en correspondencia, reciben compensaciones o contribuciones de los empleados a la organización reflejados en una mayor productividad laboral. Actualmente se debate si en la práctica realmente está presente la norma de reciprocidad, lo cual apremia a estudiar la naturaleza de la relación laboral. Este es el propósito básico de esta investigación, cuyos resultados demuestran la vigencia de la norma de reciprocidad al manifestarse una relación bidireccional positiva entre los incentivos y compensaciones originados durante el proceso de intercambio social de una relación laboral. Se acredita que en las empresas españolas la relación laboral se rige normalmente por la «reciprocidad generalizada» (Sahlins, 2013), en la que dentro de un ambiente extendido de reciprocidad se admite una desproporción relativa entre lo intercambiado y, por tanto, puede existir un flujo unidireccional prevalente en la relación laboral. En el ámbito español, esta relación predominante es la relación causal de la inversión en RR. HH. en la productividad laboral. En otras palabras, existe una correspondencia significativa entre las partes, pero no de un valor similar. La contribución que los empleados ofrecen a los empleadores es superior al incentivo que los empleadores dan a los empleados. El sentimiento de obligación, de reciprocidad en la relación laboral, parece ser más acusado en los empleados, por lo que ante una misma cantidad de incentivo (desde el punto de vista de los empleados es la inversión en RR. HH. y desde el punto de vista de los empresarios es la productividad laboral) que compensar, la réplica de los empleados es mayor. La norma de reciprocidad rige sobre todo para los empleados. La excepción a esta pauta se presenta en las pequeñas empresas localizadas en municipios con elevada pobreza, puesto que en este escenario la «reciprocidad equivalente» es el mecanismo que regula la relación laboral. La contraprestación mutua de empleados y empleadores es similar en este

contexto. Por último, es de destacar que en ninguno de los análisis efectuados se identifica una «reciprocidad negativa» (Sahlins, 2013), en la que las partes tienen intereses opuestos e intentan maximizar su propio beneficio en detrimento de la otra, lo cual se reflejaría en que alguna de las dos relaciones causales que configuran la relación laboral no fuese significativamente positiva o incluso negativa.

Llegado este punto, cabe recordar y dar respuesta a las dos preguntas centrales planteadas en esta investigación. Primera, ¿existe realmente una relación laboral recíproca en las empresas españolas? La respuesta no es simple, dado que depende de lo que se entienda por reciprocidad. Si se define como reciprocidad relativa o generalizada, la respuesta sería afirmativa. No obstante, si se entiende como reciprocidad equivalente, por lo general la respuesta sería negativa, a excepción de la relación laboral descubierta en las pequeñas empresas ubicadas en municipios con una elevada pobreza. Como derivación de esta especial coyuntura, ya se anticipa la respuesta a la segunda cuestión: ¿existe una relación laboral uniforme en las empresas españolas? La respuesta es negativa, dado que esta depende del nivel de pobreza de la ciudad en la que está localizada una empresa y de su propio tamaño organizativo. Surgen diferencias sustantivas tanto en la intensidad como en la igualdad de la relación laboral cuando se examinan ambos factores contextuales. A este respecto, no se manifiesta un escenario óptimo que aúne intensidad y equivalencia en ese intercambio de contraprestaciones entre empleadores y empleados. La relación laboral más intensa se manifiesta en las medianas y grandes empresas ubicadas en municipios con reducida pobreza, mientras que la relación laboral más equitativa se presenta en las pequeñas empresas ubicadas en municipios con una elevada pobreza.

5.1. Implicaciones teóricas y prácticas

Este estudio presenta importantes aportaciones al campo de estudio de la relación laboral al englobar: a) sus dos propiedades básicas (intensidad y equidad) y b) condicionantes externos (*i. e.*, pobreza poblacional) e internos (*i. e.*, tamaño organizativo) a las empresas que pueden alterar su naturaleza. Asimismo, proporciona una imagen más precisa y fidedigna de cómo es la relación laboral actual en las empresas españolas, superando la representación reduccionista transmitida por películas como la de *El buen patrón*. Normalmente, en las empresas españolas predomina una relación laboral de reciprocidad positiva entre empleados y empleadores, aunque esta no es equivalente, inclinándose la balanza a favor de los empleadores. Si se realiza un paralelismo con el cartel de esta película, la realidad descubierta por los resultados podría representarse como una balanza con los dos platillos relativamente desnivelados a merced del «patrón», pero no de forma tan exagerada como la que se exhibe en esta película. La excepción a esta pauta se presenta en pequeñas empresas ubicadas en municipios con elevada pobreza al aparecer una reciprocidad equilibrada en la relación laboral entre empleados y empleadores. En este especial escenario, el cartel de la película debería mostrar los dos platillos de la balanza al mismo nivel. Es de

destacar que sin el examen combinado de la pobreza poblacional y el tamaño organizativo no se habría identificado una pauta de reciprocidad equitativa. El efecto conjunto de estos dos factores contextuales ocasiona que surjan diferencias reveladoras en la relación laboral de las empresas españolas. Este resultado respalda la advertencia de Boxall (2021) sobre el sesgo de la «descontextualización» tradicional que caracteriza a las investigaciones en el campo de las relaciones laborales, instando a integrar la reciprocidad empleador-empleado con el contexto externo e interno de la organización. Igualmente, Barnard (1968) afirma que la relación laboral como proceso de cooperación entre empleados y empleadores depende de su relación con factores del entorno y de la propia organización, siendo apropiado analizarlos de forma integral para mejorar la comprensión de las condiciones externas e internas que promueven la cooperación y la reciprocidad en el lugar de trabajo.

En particular, esta investigación argumenta que la pobreza poblacional y el tamaño organizativo son dos factores contextuales que afectan negativamente a la reciprocidad de la relación laboral. La evidencia empírica confirma que la intensidad de la relación laboral es menor en un entorno socioeconómico pobre que en uno rico. Sin embargo, al contrario de lo que se postulaba, se aprecia que la intensidad de la relación laboral es mayor en medianas y grandes empresas que en pequeñas empresas. Por consiguiente, cabe concluir que la pobreza poblacional afecta negativamente a la relación laboral y el tamaño organizativo afecta positivamente a la relación laboral. Esta coyuntura se evidencia de forma manifiesta cuando comparamos los dos escenarios más opuestos (B-C), puesto que la relación laboral en el escenario C (medianas y grandes empresas ubicadas en municipios ricos) es más intensa que en el escenario B (pequeñas empresas ubicadas en municipios pobres). En consonancia con Roca Puig *et al.* (2021), se corrobora que el comportamiento cooperativo de las personas disminuye cuando aumenta la pobreza del entorno socioeconómico en el que se hallan y ello se transmite a su relación laboral en las empresas, reduciendo tanto empleadores como empleados la intensidad en su intercambio de contraprestaciones. En cambio, contrariamente a la tesis de Sheehan y Garavan (2021), se avala que el comportamiento cooperativo de las personas, tanto empleadores como empleados, aumenta cuando aumenta el tamaño organizativo. Una posible explicación es que la gestión informal y el ambiente de familiaridad que mejoran la confianza y la intensidad de la relación laboral pueden verse sobrepasados por un estilo de dirección autoritario de los empleadores, característico también de las pequeñas empresas (Wilkinson, 1999), que va en detrimento de la reciprocidad en la relación laboral. Igualmente, la informalidad de las pequeñas empresas puede ser más parecida a la inestabilidad en el sentido de que hay pocos procedimientos o sistemas dentro de los cuales trabajar, lo cual genera inseguridad y desconfianza en una relación de intercambio social (Wilkinson, 1999). Como dicen Della Torre *et al.* (2021), el nivel de formalización más elevado en las medianas y grandes empresas puede hacer que los empleados y empleadores tengan más experiencia para construir relaciones de confianza constructivas, incrementando así su cooperación para el desarrollo de la relación laboral. Asimismo, puede que la idea de familiaridad o cordialidad en las pequeñas empresas se restrinja meramente a un intercambio cultural, no económico, limitando la reciprocidad en la contraprestación mutua entre empleadores y empleados (Della Torre *et al.*, 2021).

El examen de la pobreza poblacional como factor contextual es especialmente relevante porque subraya la ineludible conexión sociedad-empresa y reconoce la importancia de la localización en el estudio de la relación laboral. Una relación de intercambio social positiva entre empleados y empleadores es una característica básica de la sostenibilidad corporativa (March y Simon, 1958) y está en línea con los objetivos sociales descritos en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU (Rincón Roldán y López Cabrales, 2022). La adopción de las ideas de responsabilidad social corporativa y desarrollo sostenible en el ámbito de la gestión de los RR.HH. ha originado una nueva y creciente literatura denominada «Gestión sostenible de los RR.HH.» (Cooke *et al.*, 2022; López Cabrales y Valle Cabrera, 2020). Esta literatura enfatiza la importancia del vínculo sociedad-empresa, irónicamente, no tiene en cuenta explícitamente la ubicación de la organización (Cooke *et al.*, 2022). Según estos autores, la dimensión territorial de la gestión de los RR.HH. emerge como un elemento esencial que debe incorporarse para examinar la interdependencia entre sociedad y empresa, generando así ideas más atractivas y útiles para la gestión de los RR.HH. Los resultados de esta investigación secundan esta sugerencia, dado que el nivel de pobreza del municipio en el que se ubica la empresa influye en la relación laboral y permite identificar diferentes patrones de reciprocidad en función de dónde esté localizada una empresa. En consecuencia, las corporaciones locales deben ser conscientes de que sus políticas y actuaciones en el ámbito social cuyo objetivo sea mejorar las condiciones de vida de la población tienen una repercusión significativa en el ámbito laboral de las empresas que desarrollan su actividad en ese municipio. Una reducción del nivel de pobreza poblacional mejorará la relación laboral. Igualmente, los representantes de empresarios y empleados deben evaluar esta influencia y colaborar con la Administración pública con el objetivo de reducir la pobreza de la sociedad. La ubicación de la empresa en un determinado municipio surge como un factor a considerar por empleados y empleadores.

5.2. Limitaciones y líneas de investigación futuras

Esta investigación pone de manifiesto la diferencia esencial existente entre reciprocidad relativa (H_1) y reciprocidad equivalente (H_2) en el campo de estudio de las relaciones laborales. Desafortunadamente, los argumentos teóricos de esta literatura no suelen diferenciar entre estas dos propiedades de una relación laboral, generando cierta confusión. Investigaciones futuras, tanto teóricas como empíricas, deberían profundizar en el análisis simultáneo de ambas propiedades. Esta investigación representa un primer paso en este camino. Asimismo, la relación laboral se caracteriza como una relación de intercambio social bilateral, de doble causalidad, entre los respectivos incentivos-retribuciones de empleados y empresarios, es decir, entre la inversión en RR.HH. y la productividad laboral de las organizaciones. Paradójicamente, el énfasis en la literatura de la relación laboral se ha enfocado sobre todo en la relación causal de la inversión en RR.HH. en la productividad laboral, marginándose el estudio de la relación causal inversa. Obviamente, se necesitan más investigaciones que contemplen esta doble causalidad inherente a una relación laboral para poder replicar y contrastar los resultados derivados de este estudio.

La novedad de vincular las condiciones de vida de los municipios con la relación laboral de las empresas ubicadas en los mismos debe considerarse como un punto de partida en la dirección de examinar la conexión sociedad-empresa a un nivel de análisis territorial más pormenorizado. El estudio del nivel de pobreza de la sociedad como factor contextual que condiciona la relación laboral de las empresas es una línea de investigación incorporada recientemente por Roca Puig *et al.* (2021). Mientras que en el estudio de Roca Puig *et al.* (2021) el rango de variación de la pobreza se limita a 17 valores (*i. e.*, 17 comunidades autónomas), es de destacar que esta investigación examina 2.436 municipios, por lo que el rango de variación de esta variable aumenta considerablemente, mejorando la fiabilidad de los resultados mostrados. Esta ventaja, junto con la escasez de estudios empíricos existentes hasta la fecha, hace pertinente que investigaciones futuras incidan en examinar la conexión entre condiciones de vida de la población y relación laboral. En este sentido, cobra especial utilidad la original base de datos construida *ad hoc* en esta investigación. Así, por ejemplo, tomando como referencia la estructura de esta base de datos, se podría incorporar la tasa de desempleo de los municipios. Como indican March y Simon (1958), la tasa de desempleo afecta al modelo incentivo-contribución, puesto que un elevado paro limita que los empleados puedan rescindir su acuerdo de colaboración con los empresarios y podría explicar que el balance incentivo-contribución se esté inclinando normalmente a favor de los empresarios en las empresas españolas.

Por último, la aparición de la COVID-19 ha transformado desde el año 2020 la relación tradicional entre empleado y empleador, puesto que, debido al confinamiento y cierre obligatorio de negocios, ambas partes no pudieron cumplir con las respectivas obligaciones dentro de su proceso de reciprocidad (Hamouche, 2021). Esta coyuntura podría socavar la dinámica del proceso de intercambio social entre empleadores y empleados. El principal desafío era cómo proteger a los empleados y al mismo tiempo garantizar la continuidad de los negocios apoyando a los empleadores. Con este propósito, el Gobierno se ha posicionado como un actor más activo en esa relación laboral, que no solo la ha regulado, sino que se ha involucrado en su gestión mediante la elaboración de leyes que han modificado la relación laboral (por ejemplo, trabajo en remoto, prohibición temporal del despido colectivo, etc.). Todos estos cambios acontecidos durante la pandemia aconsejan realizar investigaciones que distingan este periodo de tiempo y lo comparen con periodos previos para examinar en qué medida la naturaleza de relación laboral ha podido verse transformada.

Referencias bibliográficas

- Allen, M. R., Ericksen, J. y Collins, C. J. (2013). Human resource management, employee exchange relationships, and performance in small businesses. *Human Resource Management*, 52(2), 153-173. <https://doi.org/10.1002/hrm.21523>
- Annoni, P. y Dijkstra, L. (2019). *The EU regional competitiveness index 2019*. Regional and Urban Policy. Publications Office of the European Union. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/work/2019_03_rci2019.pdf
- Atkinson, A. B. (1998). *Poverty in Europe*. Blackwell Publishers.
- Bapuji, H. (2015). Individuals, interactions and institutions: How economic inequality affects organizations. *Human Relations*, 68(7), 1.059-1.083. <https://doi.org/10.1177/0018726715584804>
- Barnard, C. I. (1968). *The functions of the executive*. Harvard University Press.
- Batt, R. y Colvin, A. J. (2011). An employment systems approach to turnover: Human resources practices, quits, dismissals, and performance. *Academy of Management Journal*, 54(4), 695-717. <https://doi.org/10.5465/amj.2011.64869448>
- Bentler, P. M. (2006). *EQS 6 Structural Equation Program Manual*. Multivariate Software, Inc.
- Bernerth, J. B. y Aguinis, H. (2016). A critical review and best-practice recommendations for control variable usage. *Personnel Psychology*, 69(1), 229-283. <https://doi.org/10.1111/peps.12103>
- Bourgeois, L. J. (1981). On the measurement of organizational slack. *Academy of Management Review*, 6(1), 29-39. <https://doi.org/10.2307/257138>
- Boxall, P. (2021). Studying mutuality and diversity in the impacts of human resource management on societal well-being: Advancing a pluralist agenda. *Human Resource Management Journal*, 31(4), 834-846. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12341>
- Cardon, M. S. y Stevens, C. E. (2004). Managing human resources in small organizations: What do we know? *Human Resource Management Review*, 14(3), 295-323. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2004.06.001>
- Cooke, F. L., Dickmann, M. y Parry, E. (2022). Building sustainable societies through human-centred human resource management: Emerging issues and research opportunities. *The International Journal of Human Resource Management*, 33(1), 1-15. <https://doi.org/10.1080/09585192.2021.2021732>
- Coyle-Shapiro, J. A. y Kessler, I. (2002). Exploring reciprocity through the lens of the psychological contract: Employee and employer perspectives. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 11(1), 69-86. <https://doi.org/10.1080/13594320143000852>
- Coyle-Shapiro, J. A. y Conway, N. (2004). The employment relationship through the lens of social exchange. En J. A. Coyle-Shapiro, L. M. Shore, S. Taylor y L. E. Tetrick (Eds.), *The employment relationship: Examining psychological and contextual perspectives*. Oxford University Press.
- Coyle-Shapiro, J. A. y Shore, L. M. (2007). The employee-organization relationship: Where do we go from here? *Human Resource Management Review*, 17(2), 166-179. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2007.03.008>
- Coyle-Shapiro, J. A., Diehl, M. y Chang, C. (2016). The employee-organization relationship and organizational citizenship behavior. En P. M. Podsakoff, S. B. Mackenzie

- y N. P. Podsakoff (Eds.), *The Oxford handbook of organizational citizenship behavior*. Oxford University Press.
- Cropanzano, R. y Mitchell, M. S. (2005). Social exchange theory: An interdisciplinary review. *Journal of Management*, 31(6), 874-900. <https://doi.org/10.1177/0149206305279602>
- Della Torre, E., Gritti, A. y Salimi, M. (2021). Direct and indirect employee voice and firm innovation in small and medium firms. *British Journal of Management*, 32(3), 760-778. <https://doi.org/10.1111/1467-8551.12504>
- Dundon, T. y Rafferty, A. (2018). The (potential) demise of HRM? *Human Resource Management Journal*, 28(3), 377-391. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12195>
- Geary, J. y Signoretti, A. (2021). The role of socio-economic embeddedness in promoting cooperation in the workplace: Evidence from family-owned Italian firms. *Economic and Industrial Democracy*, 1-24 (in press). <https://doi.org/10.1177/0143831X211039012>
- Gouldner, A. W. (1960). The norm of reciprocity: A preliminary statement. *American Sociological Review*, 25(2), 161-178. <https://doi.org/10.2307/2092623>
- Hamouche, S. (2021). Human resource management and the COVID-19 crisis: Implications, challenges, opportunities, and future organizational directions. *Journal of Management & Organization*, 1-16 (in press). <https://doi.org/10.1017/jmo.2021.15>
- Hannah, D. e Iverson, R. (2004). Employment relationships in context: Implications for policy and practice. En J. A. Coyle-Shapiro, L. M. Shore, S. Taylor y L. E. Tetrick (Eds.), *The employment relationship: Examining psychological and contextual perspectives*. Oxford University Press.
- Hom, P. W., Tsui, A. S., Wu, J. B., Lee, T. W., Zhang, A. Y., Fu, P. P. y Li, L. (2009). Explaining employment relationships with social exchange and job embeddedness. *Journal of Applied Psychology*, 94(2), 277-297. <https://doi.org/10.1037/a0013453>
- INE. (2022). Atlas de distribución de renta de los hogares. https://www.ine.es/experimental/atlas/experimental_atlas.htm
- Informa D&B. (2022). El sistema de balances ibéricos (SABI). <https://www.informa.es/riesgo-empresarial/sabi>
- Kim, S. y Wright, P. M. (2011). Putting strategic human resource management in context: A contextualized model of high commitment work systems and its implications in China. *Management and Organization Review*, 7(1), 153-174. <https://doi.org/10.1111/j.1740-8784.2010.00185.x>
- Little, T. D. (2013). *Longitudinal structural equation modeling*. Guilford Press.
- López Cabrales, Á. y Valle Cabrera, R. (2020). Sustainable HRM strategies and employment relationships as drivers of the triple bottom line. *Human Resource Management Review*, 30(3), 100689. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2019.100689>
- March, J. G. y Simon, H. A. (1958). *Organizations*. Wiley.
- Pitariu, A. H. y Ployhart, R. E. (2010). Explaining change: Theorizing and testing dynamic mediated longitudinal relationships. *Journal of Management*, 36(2), 405-409. <https://doi.org/10.1177/0149206308331096>
- Rincón Roldán, F. y López Cabrales, Á. (2022). The impact of employment relationships on firm sustainability. *Employee Relations*, 44(2), 386-406. <https://doi.org/10.1108/ER-12-2020-0522>
- Roca Puig, V., Beltrán Martín, I. y García Juan, B. (2021). Incorporating poverty in society into strategic human resource management. *The International Journal of*

- Human Resource Management*, 32(13), 2.759-2.782. <https://doi.org/10.1080/09585192.2019.1640764>
- Sahlins, M. (2013). *Stone age economics*. Routledge Classics.
- Sels, L., De Winne, S., Maes, J., Delmotte, J., Faems, D. y Forrier, A. (2006). Unravelling the HRM-Performance link: Value-creating and cost-increasing effects of small business HRM. *Journal of Management Studies*, 43(2), 319-342. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00592.x>
- Shaw, J. D., Dineen, B. R., Fang, R. y Vellella, R. F. (2009). Employee-organization exchange relationships, HRM practices, and quit rates of good and poor performers. *Academy of Management Journal*, 52(5), 1.016-1.033. <https://doi.org/10.5465/amj.2009.44635525>
- Sheehan, M. y Garavan, T. (2021). High-performance work practices and labour productivity: A six wave longitudinal study of UK manufacturing and service SMEs. *The International Journal of Human Resource Management*, 1-32 (in press). <https://doi.org/10.1080/09585192.2021.2005658>
- Subramony, M., Krause, N., Norton, J. y Burns, G. N. (2008). The relationship between human resource investments and organizational performance: A firm-level examination of equilibrium theory. *Journal of Applied Psychology*, 93(4), 778-788. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.93.4.778>
- Vincent, S., Bamber, G. J., Delbridge, R., Doellgast, V., Grady, J. y Grugulis, I. (2020). Situating human resource management in the political economy: Multilevel theorising and opportunities for kaleidoscopic imagination. *Human Resource Management Journal*, 30(4), 461-477. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12328>
- Vithana, K., Jayasekera, R., Choudhry, T. y Baruch, Y. (2021). Human capital resource as cost or investment: A market-based analysis. *The International Journal of Human Resource Management*, 1-33 (in press). <https://doi.org/10.1080/09585192.2021.1986106>
- Wilkinson, A. (1999). Employment relations in SMEs. *Employee Relations*, 21(3), 206-217. <https://doi.org/10.1108/01425459910273062>

Anexo

Tabla I. Definición, indicador y fuente de información de las variables

Inversión en RR. HH. (5 mediciones, 2015-2019): Coste medio de los empleados = Gastos de personal (SABI)/Número de empleados (SABI). Expresado en euros.

Productividad laboral (5 mediciones, 2015-2019): Valor añadido por empleado = Valor añadido (SABI)/Número de empleados (SABI). Expresado en euros.

Tamaño organizativo (5 mediciones, 2015-2019): Número de empleados (SABI).

Intensidad de capital (5 mediciones, 2015-2019): Inmovilizado (SABI)/Número de empleados (SABI). Expresado en euros.

Sector económico (1 medición): NACE rev.2 (SABI). Se realiza su correspondencia con sistema de clasificación del INE (agricultura, industria, construcción y servicios). Variable categórica.

Pobreza poblacional (5 mediciones, 2015-2019): Porcentaje de población con ingresos por unidad de consumo por debajo del 60% de la mediana nacional (INE). Expresado en porcentaje.

Crecimiento económico poblacional (5 mediciones, 2015-2019): Renta bruta media por persona (INE). Expresado en euros.

Competitividad regional (1 medición): Índice de competitividad regional, ICR 2019 (Comisión Europea). Escala de 0 a 100.

Fuente: elaboración propia.

Tabla II. Disposición de la muestra por provincias

	Número de empresas		Número de municipios	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
A Coruña	1.034	2,9	76	3,1
Albacete	304	0,8	30	1,2
Alicante	1.645	4,6	84	3,4
Almería	411	1,1	41	1,7
Asturias	738	2,1	41	1,7





	Número de empresas		Número de municipios	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
Ávila	56	0,2	17	0,7
Badajoz	315	0,9	60	2,5
Baleares	1.181	3,3	52	2,1
Barcelona	6.187	17,2	219	9,0
Burgos	310	0,9	31	1,3
Cáceres	172	0,5	39	1,6
Cádiz	471	1,3	31	1,3
Cantabria	474	1,3	50	2,1
Castellón	534	1,5	47	1,9
Ceuta	17	0,0	1	0,0
Ciudad Real	318	0,9	42	1,7
Córdoba	442	1,2	46	1,9
Cuenca	94	0,3	30	1,2
Girona	812	2,3	108	4,4
Granada	399	1,1	63	2,6
Guadalajara	90	0,3	18	0,7
Huelva	403	1,1	36	1,5
Huesca	215	0,6	35	1,4
Jaén	232	0,6	43	1,8
La Rioja	349	1,0	31	1,3



	Número de empresas		Número de municipios	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
Las Palmas de Gran Canaria	598	1,7	26	1,1
León	238	0,7	51	2,1
Lleida	458	1,3	72	3,0
Lugo	267	0,7	37	1,5
Madrid	5.976	16,6	102	4,2
Málaga	861	2,4	44	1,8
Melilla	27	0,1	1	0,0
Murcia	1.246	3,5	40	1,6
Ourense	220	0,6	34	1,4
Palencia	86	0,2	19	0,8
Pontevedra	956	2,7	50	2,1
Salamanca	179	0,5	21	0,9
Santa Cruz de Tenerife	552	1,5	41	1,7
Segovia	99	0,3	24	1,0
Sevilla	1.055	2,9	74	3,0
Soria	68	0,2	11	0,5
Tarragona	508	1,4	68	2,8
Teruel	73	0,2	16	0,7
Toledo	435	1,2	88	3,6
Valencia	2.242	6,2	165	6,8

	Número de empresas		Número de municipios	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
Valladolid	410	1,1	33	1,4
Vizcaya	1.126	3,1	72	3,0
Zamora	60	0,2	14	0,6
Zaragoza	968	2,7	62	2,5
Total	35.911	100,0	2.436	100,0

Fuente: elaboración propia.

Tabla III. Resultados en función de la pobreza poblacional (reducida/elevada) y del tamaño organizativo (pequeñas/medianas y grandes)

Relaciones causales	Reducida (N = 17.879)	Elevada (N = 18.032)	Pequeñas (N = 29.992)	Medianas y grandes (N = 5.919)
Inversión en RR. HH. t → Productividad laboral $t+1$	0,070**	0,046**	0,051**	0,097**
Productividad laboral t → Inversión en RR. HH. $t+1$	0,033**	0,034**	0,032**	0,030**
Efectos de control:				
Competitividad regional → Productividad laboral $_{15}$	0,169**	0,187**	0,297**	0,305**
Competitividad regional → Inversión en RR. HH. $_{15}$	0,242**	0,220**	0,337**	0,389**
Sector agricultura → Productividad laboral $_{15}$	0,056**	-0,115**	-0,070**	-0,160**

Relaciones causales	Reducida (N= 17.879)	Elevada (N=18.032)	Pequeñas (N= 29.992)	Medianas y grandes (N=5.919)
Sector agricultura → Inversión en RR.HH. ₁₅	-0,035*	-0,164**	-0,130**	-0,201**
Sector industria → Productividad laboral ₁₅	0,061**	0,050**	0,041**	0,127**
Sector industria → Inversión en RR.HH. ₁₅	0,055**	0,041**	0,038**	0,086**
Sector construcción → Productividad laboral ₁₅	-0,037**	-0,029**	-0,042**	0,010
Sector construcción → Inversión en RR.HH. ₁₅	0,035**	0,050**	0,041**	0,054**
Tamaño organizativo _t → Productividad laboral _{t+1}	-0,000	0,004**	0,041**	0,022**
Tamaño organizativo _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	0,018**	0,020**	0,047**	0,035**
Intensidad de capital _t → Productividad laboral _{t+1}	0,014**	0,012**	0,014**	0,013**
Intensidad de capital _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	-0,002**	-0,003**	-0,002**	-0,002**
Crecimiento económico poblacional _t → Productividad laboral _{t+1}	0,032**	0,021**	0,028**	0,035**
Crecimiento económico poblacional _t → Inversión en RR.HH. _{t+1}	0,021**	0,033**	0,031**	0,044**

Nota: por simplicidad, se omite la presentación de los efectos de autorregresión, porque en todos los grupos los valores son similares a los presentados para la muestra total (véase tabla 1). *p<0,1; **p<0,05; ***p<0,01.

Fuente: elaboración propia.

Tabla IV. Resultados de los diferentes contextos derivados de la combinación entre pobreza poblacional y tamaño organizativo

Relaciones causales	Escenario A (N = 14.720)	Escenario B (N = 15.272)	Escenario C (N = 3.159)	Escenario D (N = 2.760)
Inversión en RR. HH. _t → Productividad laboral _{t+1}	0,059**	0,041**	0,111**	0,082**
Productividad laboral _t → Inversión en RR. HH. _{t+1}	0,032**	0,031**	0,036**	0,021**
Efectos de control:				
Competitividad regional → Productividad laboral ₁₅	0,166**	0,184*	0,272**	0,171**
Competitividad regional → Inversión en RR. HH. ₁₅	0,222**	0,219**	0,305**	0,227**
Sector agricultura → Productividad laboral ₁₅	0,040 ⁺	-0,096**	0,163	-0,194**
Sector agricultura → Inversión en RR. HH. ₁₅	-0,041**	-0,151**	0,061	-0,225**
Sector industria → Productividad laboral ₁₅	0,047**	0,036**	0,126**	0,127**
Sector industria → Inversión en RR. HH. ₁₅	0,048**	0,030**	0,089**	0,089**
Sector construcción → Productividad laboral ₁₅	-0,048**	-0,035**	0,016	0,004
Sector construcción → Inversión en RR. HH. ₁₅	0,034**	0,049**	0,049**	0,059**
Tamaño organizativo _t → Productividad laboral _{t+1}	0,038**	0,042**	0,020**	0,023**
Tamaño organizativo _t → Inversión en RR. HH. _{t+1}	0,048**	0,046**	0,029**	0,042**



Relaciones causales	Escenario A (N = 14.720)	Escenario B (N = 15.272)	Escenario C (N = 3.159)	Escenario D (N = 2.760)
Intensidad de capital _t → Productividad laboral _{t+1}	0,014**	0,013**	0,014**	0,012**
Intensidad de capital _t → Inversión en RR. HH. _{t+1}	-0,001**	-0,002**	-0,001	-0,003*
Crecimiento económico poblacional _t → Productividad laboral _{t+1}	0,027**	0,023**	0,048**	0,032*
Crecimiento económico poblacional _t → Inversión en RR. HH. _{t+1}	0,015**	0,036**	0,049**	0,044**

Nota: por simplicidad, se omite la presentación de los efectos de autorregresión, porque en todos los grupos los valores son similares a los presentados para la muestra total (véase tabla 1). *p<0,1; **p<0,05; ***p<0,01.

Fuente: elaboración propia.

NOTA DE REDACCIÓN

En el estudio reproducido en la sección «Recursos humanos» del número 470 de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, correspondiente a septiembre-octubre/2022, titulado «El papel del capital social de los grupos de investigación en su rendimiento científico: la importancia de compartir el conocimiento», en la página 239, inmediatamente después del sumario, debe entenderse incluida la siguiente mención:

Nota: este estudio es parte del proyecto de I+D+i PID2020-114550GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Premio Estudios Financieros: 32 años reconociendo la investigación española

Arropado por el ilustre escenario del Ateneo de Madrid, el Grupo CEF.- UDIMA celebró el pasado 21 de septiembre el solemne acto de entrega del XXXII Premio Estudios Financieros.



Mesa presidencial compuesta por Ricardo Díaz, Arturo de las Heras, Arancha de las Heras y Enrique Arnaldo

Una sesión para dar luz al silencioso trabajo de investigación con el que los participantes contribuyen al mundo, desde la primera edición en el año 1990, creando puentes, aplicando conocimiento y ganando año a año la batalla siempre abierta por enriquecer y mejorar la sociedad.

Como en ediciones anteriores, asistió al acto el presidente honorífico y fundador del CEF.-, Centro de Estudios Financieros, Roque de las Heras, a quien se hizo constante mención por su visión «adelantada a su tiempo» con la creación del certamen.

Integraron la mesa presidencial los presidentes del Grupo CEF.- UDIMA, Arturo y Arancha de las Heras, junto con el magistrado del Tribunal Constitucional, Enrique Arnaldo, en calidad de representante de los jurados, y el padrino de la edición, el director general de Universidades y Enseñanzas Artísticas Superiores de la Comunidad de Madrid, Ricardo Díaz. Condujo la sesión el director de Comunicación del Grupo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda.



La labor de Roque de las Heras, presidente fundador del CEF.-, fue reconocida en repetidas ocasiones

Inició el acto la presidenta de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, y directora de la editorial «Estudios Financieros», Arancha de las Heras, para recordar el papel fundamental que tiene la investigación. «Abrir puentes hacia el bienestar y el desarrollo de los seres humanos; una ecuación siempre abierta a mejoras. Eso es la investigación».

Y para apoyarla nació este premio, pues solo con ella se puede probar que «una sociedad como la nuestra no está parada, sino en constante movimiento», reflexionó. Además de enriquecer la enseñanza con los artículos y proyectos publicados. «El progreso de un país está íntimamente ligado al desarrollo de su investigación. En eso acertó Roque».



Inició el acto Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

Espíritu sin corsés

«Pocos lugares hay más coherentes que este», que aún el valor de la «creación, promoción y aplicación del conocimiento», para celebrar el acto, en alusión al Ateneo de Madrid.

Así lo describía el padrino de la edición, Ricardo Díaz, pues precisamente ese es el «espíritu» de estos galardones: «el fomento de estudios de carácter práctico que mejoren la calidad de vida de las personas». El director de Universidades de la CAM aprovechó su intervención para subrayar ante todo la «calidad, ocurrencia y mérito» de los trabajos presentados.



Ricardo Díaz, director general de Universidades, ejerció de padrino de la edición

Y agradeció en especial que la mayoría fuesen, como él, de profesores universitarios. Algo que le sirvió para departir brevemente sobre el doble rol de la universidad: investigar y transmitir lo descubierto. La universidad española, pese a lo que digan los *rankings* anglosajones, «cumple con ambas» funciones, señaló. Estamos «al mismo nivel» de las más prestigiosas en investigación clásica o más teórica. Sin embargo, sí tenemos escasa tasa de «transferencia de conocimiento»; es decir, problemas en la investigación aplicada.

Según Díaz, si «cojeamos» en este aspecto es por dos razones fundamentales. Primera: la universidad española funciona con un sistema «sometido a muchos corsés y que únicamente valora los artículos de investigación teórica», con su posterior publicación académica. Segunda: «Hay un innegable alejamiento entre el tejido productivo y la universidad». Algo que responde entre otras cosas a que las mismas empresas «desconfían» de los resultados de esas investigaciones, escuetamente sustentadas con fondos públicos.

«Frente a ello surgen iniciativas como esta», continuó, subrayando la importancia de que sean los profesores universitarios los que participen. Y especialmente que lo hagan motivados por un incentivo «más emocional que crematístico». 117 trabajos presentados, 41 premiados y 100.000 euros de dotación exentos del IRPF. Casi 3.700.000 euros desde 1990.

Apoiando la vocación investigadora

A continuación llegó el momento más esperado con la entrega de los premios en las 8 modalidades: Marketing y Publicidad, Educación y Nuevas Tecnologías, Derecho Constitucional y Administrativo, Derecho Civil y Mercantil, Recursos Humanos, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Contabilidad y, finalmente, Tributación.



Todos los galardonados con el primer premio pasaron por el atril de oradores

Los diferentes ganadores del primer premio en cada categoría agradecieron el apoyo «comprometido y fiel» a su labor investigadora, como demuestra la longevidad del evento. Un «empujón para seguir» con sus proyectos, donde se puso también de manifiesto la implicación de la UDIMA con algunos de ellos. Darles visibilidad y poner visión de género, así como potenciar la solidaridad con esta vocación, fueron algunas de las metas del Premio Estudios Financieros que los propios ganadores respaldaron.

Algunos de ellos fueron ganadores en más de una ocasión, y también parte del jurado lo fue en ediciones pasadas. Trabajos que a veces son el fruto de una idea macerada y defendida durante décadas, y que no siempre son la dedicación profesional del autor, pero que sin duda responden a

esa vocación por investigar en un contexto de escaso apoyo político. Y donde, así, este certamen surge como «un oasis» para animar a los grupos de investigación. Todo ello siempre con el «constante» apoyo de los grandes equipos que hay detrás de todos ellos: las familias.

En nombre de los jurados intervino seguidamente Enrique Arnaldo, quien agradeció que, «por fortuna», no sean solo las Administraciones públicas las que estimulan o reconozcan a personas que «contribuyen al interés general». «También lo hacen las entidades privadas como la UDIMA», aplaudió el magistrado del Tribunal Constitucional. Su mensaje vino a recordar que el hombre y sus instituciones viven de objetivos, que en el caso de la universidad consisten en buscar la excelencia educativa y la atracción y retención del talento.



El magistrado del Tribunal Constitucional Enrique Arnaldo intervino en representación de los jurados

Y qué mejor manera de hacerlo que reconociendo y premiando la labor investigadora, que «también es fundamental para la UDIMA», como viene demostrando con la continuidad del premio, abundó. Investigar y educar son dos elementos esenciales para reconocer el esfuerzo y desterrar la medianía y la mediocridad, dijo citando a Antonio Fernández Luján. «Solo con base en el esfuerzo se puede construir una sociedad avanzada». Y añadió, dirigiéndose a los premiados: «Habéis conseguido algo que, como decía Ernesto Sábato, se da tan pocas veces en la vida, que es el reconocimiento, y además con total merecimiento».



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-, cerró con su discurso la ceremonia

Cerró el solemne acto el presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, agradeciendo la participación no solo de los ganadores, sino de todos, pues así «fomentan la competición». «Queremos darle continuidad al legado de los premios que inauguró Roque», apuntó. Unos premios que fomentan la investigación de estos «talentos universitarios», buscando la transmisión del conocimiento y el acercamiento a los profesionales, para que estos «puedan agradecer también ese esfuerzo».



Foto de familia de la XXXII 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 2792-8314 (en versión impresa) e ISSN-e 2792-8322 (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 bimestral (6 números) 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, con recomendación de uso del lenguaje inclusivo de género) 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), AARL (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 7 ni más de 9) 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 25 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 20 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 7 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 20 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 (última edición). *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

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

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 o a mejorar el que ya poseen.

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:

