

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 444 | Marzo 2020

ISSN: 1138-9532

**El Estatuto de los Trabajadores,  
40 años de «reformas» y «maquillados»:  
¿una conmemoración con sabor a despedida?**

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
AÑO CCCXX  
ESTE NÚMERO CONSTA DE DOS FASCÍCULOS  
VIERNES 14 DE MARZO DE 2020

SUMARIO

I. Disposición

JEFATURA DEL ESTADO

Estatuto de los Trabajadores.-Ley 8/1980,  
de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Costas.-Ley 7/1980, de 10 de marzo, de modificación de las costas españolas.



PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

2020

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

**CEF.-**

### *Modalidades*

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

**CEF.-**

### *Dotaciones económicas*

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

**CEF.-**

### *Lugar y plazo*

Los trabajos se presentarán en las secretarías de nuestros centros de Barcelona, Madrid y Valencia. El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2020** a las **20,00 horas**.

**CEF.-**

### *Solicitud de las bases*

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando **[www.cef.es](http://www.cef.es)**

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 444 | Marzo 2020

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## Consejo de redacción

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

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

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

## Consejo asesor

**Carlos Alfonso Mellado**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

**Gabriel Álvarez del Egido**. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

**Juan Pablo Borregón Baños**. Presidente de AEDIPE y director de Recursos Humanos de SCI

**Laura Calafà**. Catedrática de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

**Heliodoro Carpintero Capell**. Catedrático de Psicología Básica. Universidad Complutense de Madrid

**Gloria Castaño Collado**. Profesora contratada doctora de Psicología Diferencial y Psicología del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

**José Antonio Corraliza Rodríguez**. Catedrático de Psicología Ambiental. Universidad Autónoma de Madrid

**Manuel Fernández Ríos**. Catedrático de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid

**Jordi García Viña**. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE

**Ana Gómez Hernández**. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboristas y responsable laboral de Mariscal & Abogados

**Vicente González Roma**. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones. Universidad de Valencia

**Celia Gutiérrez Valero**. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

**Gloria Iglesias Jiménez**. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

**Alfonso Jiménez**. Socio director de PeopleMatters

**Loïc Lerouge**. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Montesquieu IV de Bordeaux (Francia)

**Lourdes López Cumbre**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

**Gianni Loy**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

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

**Diego Megino Fernández**. Profesor de la Universidad de Burgos

**Paz Menéndez Sebastián**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

**Magdalena Nogueira Guastavino**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

**Roberto Pereira Costa**. Presidente de Economistas Asesores Laborales

**Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

**Ignacio Sampere**. Legal counsel de BDO Abogados

## Evaluadores externos

**Juan García Blasco**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

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

**Carolina Martínez Moreno**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

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

**Sofía Olarte Encabo**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

**Margarita Isabel Ramos Quintana**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

**Eduardo Rojo Torrecilla**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

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

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.<sup>o</sup> 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](mailto:info@cef.es)

Suscripción anual (2020) (11 números) **160 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores **20 €**

No suscriptores **25 €**

En la página [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://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 los suscriptores.

## Edita

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

## Imprime

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

## Indexada en



## Acuerdos de colaboración

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

© 2020 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](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



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

## Sumario

### La evolución de las relaciones de trabajo en 40 años de Estatuto de los Trabajadores

#### Editorial

- El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida? 5-21  
Margarita Miñarro Yanini y Cristóbal Molina Navarrete

#### Estudios

- El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial 23-58  
*Worker concept in 40 years of legal and case-law development*  
Guillermo L. Barrios Baudor
- Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores 59-91  
*Keys and evolution of the concept of employee or employer in the 40 years of the Statute of Workers*  
María Luisa Molero Marañón
- La contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores: una visión diacrónica (1980-2020) 93-124  
*Labor recruitment in the Workers Statute: a diachronic vision (1980-2020)*  
Carmen Sánchez Trigueros y Francisco Javier Hierro Hierro
- Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma 125-156  
*Productive decentralisation and labour law. Problems and proposed reform*  
Ana de la Puebla Pinilla
- Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica 157-189  
*Reflections based on the causality, form and economic cost of dismissal. Necessary search for legal certainty*  
María de los Reyes Martínez Barroso

Estructura de la representación de los trabajadores en la empresa <i>Structure of the representation of workers in the company</i> Joaquín García Murcia	191-228
Propuestas de reforma del marco legal de la negociación colectiva <i>Proposals for reforming the legal framework of collective bargaining</i> Tomás Sala Franco y Eva López Terrada	229-254
Normas de publicación	255-256

*Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. 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.*

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico 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>>.

## El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida?

**Margarita Miñarro Yanini**

*Secretaria*

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

La legislación obrera no ha cambiado de carácter por el hecho de que [...] haya hecho aparecer el [...] concepto de Estado social de derecho [...]. Lo que el derecho del trabajo pierda en lógica interna lo ganará en expresividad de las corrientes subterráneas que le dan su auténtico sentido y función [...]. En una palabra: lo que pueda perder en esencia, lo habrá ganado en existencia real.

**J. Vida Soria** (*La esencia y la existencia del derecho del trabajo*)

**1. La letra del Estatuto de los Trabajadores ha ido cambiando con el tiempo, ¿su espíritu (de continua flexibilidad en la gestión) menos?** Cualquier análisis que ofrezca una representativa y dinámica «fe de vida y estado» del Estatuto de los Trabajadores (ET) (cuya sola denominación ya refleja honda doble obsolescencia, tanto en el género –oculta las discriminaciones que dice erradicar– cuanto en su enfoque global –prima la condición productora sobre la condición personal del sujeto asalariado–) confirmará un significativo dinamismo respecto de su formulación originaria (1980). Desde la aprobación del inicial ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo, publicada en el BOE del 14 de marzo y con vigencia el 15 de marzo), todos los Gobiernos y legislaturas (salvo la undécima, porque solo duró 111 días, la más corta desde 1978) han sucumbido al poder –y al deber– de reformar (hasta diez veces, maquillándose bastantes veces más, superando el medio centenar) la norma axial de las relaciones de trabajo en nuestro país. En consecuencia, habrá que convenir

---

Desde el inicial ET, todos los Gobiernos y legislaturas han sucumbido al poder –y al deber– de reformar la norma axial de las relaciones de trabajo

---

—más allá de ello pocos serán los consensos y las certezas— que media una significativa diferencia entre el ET originario y el actual, aunque los cambios sean más en su letra (si bien algunos preceptos mantienen prácticamente su formulación prístina) que en su espíritu (recepción e impulso del valor de la flexibilidad en la gestión empresarial como contrapeso al enfoque de garantías individuales).

Resulta, pues, muy difícil —y no lo pretendemos tampoco— resumir en un puñado de páginas introductorias toda esta dinámica de flujos y reflujos reformadores. Unos expresarán la necesaria evolución del texto normativo para integrar en su seno nuevas realidades socioeconómicas, otros se revelarán, más con el tiempo, claramente involutivos, por significar una adaptación regresiva para las garantías de las personas trabajadoras, sin descartar, finalmente, la persistencia de expresiones de estancamiento total de normas que, típicas de un tiempo, se mantienen encapsuladas. Justamente, ese balance, no solo con una mirada (sin nostalgia) a los sucesivos cambios, sino también con un horizonte de prospectiva (a donde se encaminarían con probabilidad razonable en el futuro próximo —el lejano, el representado por el célebre simbolismo del «siglo XXI» nos queda demasiado distante y conocerá más de un nuevo ET—), es el realizado por un cualificado, y perteneciente a diversas generaciones de estudiosos, número de personas especialistas en las diferentes instituciones jurídico-laborales que integran el «ET de (finales del) siglo XX» y que conforman este monográfico de estudios conmemorativo del 40 aniversario de aquel.

2. En la condición casi de prologuistas que aquí asumimos prácticamente deberíamos acabar nuestra tarea, remitiendo entusiastamente a la lectura de este muy selecto conjunto de análisis, bien razonados y armados con una rica batería de reflexiones, críticas y propuestas. Así lo hacemos, pero proponemos algo más, identificando aquí una sucinta selección de los principales puntos de interés de tales estudios. De este modo, desfilarán a lo largo y ancho de sus páginas las cuestiones más centrales, y conflictivas, en el plano social y en el judicial en nuestros días. Así, sucederá con la delimitación del ámbito subjetivo que cae bajo su manto —otrotra más, pero todavía hoy— protector, ante la pérdida de certidumbres de sus sujetos, [persona trabajadora](#) (profesor Barrios Baudor) y [empleadora](#) (que estudia la profesora Molero Marañón), sobre todo por la variedad de relaciones triangulares de trabajo desplegadas por la generalizada [descentralización](#) (profesora De la Puebla Pinilla). Y con las modalidades actuales de [contratación](#) y el deterioro, no obstante su resistencia formal, del principio de causalidad (profesores Sánchez Trigueros y Hierro Hierro). Un principio, corolario del valor de la seguridad en el empleo, cuya devaluación también se produce en el momento final de la contratación, como es el despido, de nuevo en el ojo del huracán, nacional (por ejemplo, [RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), por el que se deroga la causa de despido objetivo por absentismo laboral) e internacional europeo (a propósito de la posición crítica del Comité Europeo de Derechos Sociales —CEDS— con el sistema nacional italiano de indemnizaciones tasadas por despido sin justa causa, como se verá de inmediato con algún detalle jurídico más), con lo que se intensifica la inseguridad jurídica en un momento tan crítico de la relación (que centra el [estudio](#) de la profesora Martínez Barroso).



3. Además, abarcando instituciones muy relevantes del vigente «ET del siglo XX» (en gran parte inefectivo –burlado continuamente por múltiples bolsas de fraude–, en buena parte también ineficaz –por su notoria inadaptación tanto a las demandas modernas de garantías como de gestión–), no podían quedarse fuera de esta visión diacrónico-sincrónica y propositiva las lecturas panorámicas de algunos de los mayores especialistas en relaciones colectivas del trabajo. Desde esta perspectiva, tendrán una especial atención (a cargo del profesor García Murcia) los retos del sistema –complejo, por su dualidad a menudo no bien armonizada– de [representación](#) de los intereses colectivos de los trabajadores (hoy, en el lenguaje inclusivo necesario, personas trabajadoras), aún asentado en un principio de proximidad representativa (de ahí, entre otras cosas, la importancia de la asamblea –por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo [\[STS\] 73/2020, de 28 de enero](#)–), que no se compaginaría bien con la complejidad de las estructuras empresariales y que exige un diferente principio de simetría representativa. Así como la perenne necesidad de fomentar –en vez de devaluar, como en la etapa precedente– la [autorregulación normativa colectiva](#), para que se convierta en la fuente tan dinámica como equilibrada de la que tanto se espera, y a veces hasta desespera (profesores Sala Franco y López Terrada).

No es casual que la mayor novedad del sistema constitucional de relaciones laborales, en aras de un principio democrático, fuera el protagonismo de la autonomía colectiva. Y eso pese a que algunas de sus manifestaciones más relevantes, enfundadas en piel de derecho fundamental, quedarán fuera del ET por falta de rango jurídico. Será el caso de la libertad sindical ex [artículo 28 de la Constitución española](#) (CE) (con su cuerpo jurídico propio, desfasado en algunos aspectos –por ejemplo, en época digital sigue hablando de los icónicos tabloneros de anuncios–). Pero también de la huelga, cuya legislación preconstitucional urge tanto su derogación como su sustitución. Sirva de ilustrativo ejemplo, por citar un asunto reciente, el desbordamiento del viejo modelo de huelga contractual-profesional que supone la legitimidad de las huelgas mixtas, incluso muy marcadamente políticas (ligadas al *procés*), conforme a la [STS 31/2020, de 15 de enero](#). Con ello se evidencia (prestaremos especial atención en el número de mayo) cuán desfasado quedó el (autoritario) modelo de relaciones laborales del «resiliente» [Real Decreto-Ley 17/1977](#). Y ello a pesar de que algunos de sus preceptos (como el art. 6.5, que prohíbe el esquirolaje interno) sigan dando, en su relectura constitucional y social, un juego de intensa viveza jurídica, con un signo garantista y de género (por ejemplo, [STS 13/2020, de 13 de enero](#): confirma que viola el derecho de huelga el esquirolaje interno –sustituir a la presentadora de un programa televisivo por un compañero no huelguista de superior nivel profesional–). En definitiva, valorado globalmente, se inauguró un nuevo modelo de garantías, primando lo colectivo sobre lo individual, también en aras de un más justo equilibrio entre las razones de las personas trabajadoras y las de las empresas.

---

No es casual que la mayor novedad del sistema constitucional de relaciones laborales, en aras de un principio democrático, fuera el protagonismo de la autonomía colectiva

---

**4. ¿Pierde peso el ET como centro de referencia normativo efectivo para las relaciones de trabajo?** Este modelo estatutario de garantismo colectivo, con altibajos y equívocos, por supuesto, en especial con la reforma laboral de 2012-2013 (incluso se habilitó a la negociación colectiva para que empeorase las condiciones legales en algunos casos –por ejemplo, arts. 34 y 84.2 ET–), ha ido creciendo, con sus ventajas y defectos (de garantía individual, típica en la [Ley 16/1976, de 8 de abril](#), de relaciones laborales). No habría desafío mayor ni novedad relevante laboral que no haga de la autonomía colectiva su principal fuente, con lo que ello conlleva de madurez democrática y socioeconómica reguladora, pero también de extrema sobrecarga y elevados riesgos de decepción, si, como más de una vez se actualizó, la vía de la negociación colectiva no podía dar de sí todo lo –mucho– que se le pedía. Piénsese, por referirnos a cuestiones de gran enjundia y hoy absolutamente vivas, en los típicos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar ex [artículo 34.8 del ET](#) (la actual redacción y una parte de la doctrina judicial están ensayando recuperar un contenido esencial individual mínimo) o en el sistema de registro horario ex [artículo 34.9 del ET](#) en relación con el artículo 31.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE). Esta institución de nuevo cuño está abriendo interpretaciones insospechadas en detrimento del mayor nivel de garantía individual esperado (por ejemplo, la reciente –y polémica– [Sentencia de la Audiencia Nacional 144/2019, de 10 de diciembre](#), que considera descontables pausas para fumar o tomar café y avala el modelo de autorización del superior para tener derecho a la retribución como hora extra).

---

Hoy no habría desafío mayor ni novedad relevante laboral que no haga de la autonomía colectiva su principal fuente

---

De igual modo, pero extramuros del ET, en relación con el contenido esencial de derechos esnobistas, la desconexión digital ex [artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) –de forma general para las garantías en el entorno digital laboral el [art. 91 LOPDGDD](#)–, o garantías procedimentales de la equidad de género como los planes de igualdad (arts. 45 y 47 Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo). Estas dos últimas referencias traen a colación un déficit general de la técnica estatutaria: la remisión legal –a menudo en blanco– a acordar ofrece dimensión colectiva al procedimiento (por ejemplo, [STS 832/2018, de 13 de septiembre](#), para el deber de negociar de buena fe los planes de igualdad), pero no garantiza ni el acuerdo ni la negociación, si no hay –como sucede a menudo– representación colectiva formal. En tales casos, salvo negociación sectorial, solo cabe la vía –inquietante para el poder sindical– de las comisiones *ad hoc* (solución de urgencia para facilitar la gestión de crisis ex arts. 41, 51 y 82 ET) o de las asambleas (por ejemplo, [SSTS 715/2019, de 16 de octubre](#): legitimidad de acuerdo de vacaciones con la

---

... pero desemboca en creciente déficit general de la técnica estatutaria: la remisión legal no garantiza ni el acuerdo ni la negociación

---

mayoría de trabajadores, sin representación legal; [706/2019, de 10 de octubre](#), para una modificación sustancial), según un modelo de democracia-negociación laboral directa que cuestiona la representativa, propia del ET.

Sea como fuere, lo cierto es que asistimos desde hace décadas a una pérdida de vigor normativo de la técnica estatutaria laboral. De un lado, perdería peso regulador por abajo, al remitir el contenido concreto, a veces no solo adicional, sino esencial, de derechos laborales al convenio –que puede que no exista, y de hecho sucede a menudo–. De otro, pierde también soberanía reguladora por arriba, porque la ley nacional es desplazada cada vez más por las leyes internacionales, en virtud del juego efectivo –su reconocimiento viene de la misma Constitución– tanto del juicio de convencionalidad internacional ([art. 96 CE](#); Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 140/2018, de 20 de diciembre](#)) cuanto del juicio de prejudicialidad comunitaria ([art. 93 CE](#); Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE– de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques](#), entre las más recientes de las muchas a seleccionar, y de las que vendrán). Para ilustrar este creciente desplazamiento legislativo internacional del otrora «patriotismo jurisdiccional estatutario» nada mejor que reclamar la atención, una vez más, de la importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero](#)).

---

Asistimos desde hace décadas a una pérdida de vigor normativo de la técnica estatutaria laboral

---

Esta sentencia, bien fundamentada –aunque no por ello libre de debilidades jurídicas que desnudarían sus dificultades para superar un eventual recurso de unificación–, anticipó la derogación (formal) del [artículo 52 d\) del ET](#), dejándolo en letra muerta por contradecir una amplia cesta de preceptos internacionales (arts. 4.1 y 5 [Convenio Organización Internacional del Trabajo –OIT– 155](#); art. 6 [Convenio OIT 158](#); art. 3 [Carta social europea –CSE–](#); art. 11 [Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer](#)). No creo que sea una gota de innovación (o esnobismo interpretativo) en un océano de tradicionalismo hermenéutico, sino que simbolizará más bien la punta de un nuevo iceberg interpretativo, más visible apenas se ratifique –como parece– la [CSE revisada](#) y el [protocolo de reclamaciones colectivas](#), que promueve un nuevo modelo de control difuso, no concentrado como hasta ahora en el TC –e incluso en el TS–, de la legitimidad de la ley estatutaria –y de las demás, claro–. Para confirmarlo será útil traer a colación la [Decisión de Fondo del CEDS, publicada en febrero de 2020, reclamación núm. 158/2017, del sindicato italiano CGIL](#), que considera contrario al artículo 24 de la [CSE revisada](#), al igual que el TC italiano, el sistema de indemnizaciones tasadas frente al despido sin justa causa introducido por la reforma laboral italiana de 2015 y que quiso levantar acta de defunción a un mítico precepto del *Statuto dei Lavoratori* (el art. 18: derecho a la readmisión como regla

---

Con el fin del «patriotismo jurisdiccional estatutario nacional» se gana en dinamismo jurídico, incluso en justicia social, pero se pierde en seguridad jurídica

---

–estabilidad real– frente al despido sin causa justa), quizás el mayor monumento jurídico del garantismo laboral. En suma, se gana en dinamismo jurídico, incluso en justicia social, pero se pierde en esa seguridad jurídica que reivindicaba la profesora Martínez Barroso en su brillante [estudio](#) de la evolución del régimen del despido, a lo largo de estas 4 décadas.

**5. ¿Hacia una nueva solución estatutaria de la dialéctica entre las razones de mercado y las razones de la persona trabajadora?** Esta contestación internacional europea al paradigma de reformas laborales de favor hacia la gestión flexible para la mejora de la productividad, por tanto del crecimiento económico y, en consecuencia, del empleo –se cerraría el cuento de la lechera–, pareciera orientada a revivir el valor primario de la estabilidad (seguridad) en el empleo. Esta será la clave de bóveda del derecho clásico del trabajo y buque insignia del estándar –más ideal normativo que realidad– del trabajo decente y su prohibición de tratar el trabajo y su mercado como una mercancía al igual que las demás cuyo declinar, sin embargo, está en el ADN del ET originario mismo. La idea de reforma habría servido, por lo general, y con algunas interrupciones, para agudizar ese deterioro hasta alcanzar su máxima devaluación con la novena reforma (2012-2013). ¿Estamos ante un cambio de orientación profunda?

En Italia –Francia vive un movimiento de revuelta similar en niveles jurisdiccionales inferiores, enrocados en la CSE, aunque, de momento, su TS y su TC siguen las posiciones más adherentes al «patriotismo normativo»–, la Sentencia de su Corte Constitucional 194/2018 abrió una profunda sima entre el legislador de reforma laboral favorable a la gestión flexible empresarial y el máximo intérprete de garantías constitucionales, orientado a recuperar el valor de la estabilidad en el empleo, cuestionando la típica técnica laboral de la indemnización tasada como precio de la arbitrariedad del cese. En España, claramente resistente el TC a todo movimiento en tal sentido que revierta el primado de la defensa de la productividad alentado por el legislador de reforma estatutaria (por ejemplo, SSTC [8/2015](#) y [118/2019](#)), no solo el [Real Decreto-Ley 4/2020](#) parece apuntar en otra dirección, también el TS, más ambivalente, recuperaría en su discurso el valor de la seguridad en el empleo. Pero ¿su erosión es imputable al ET y sus reformas a favor del mercado, o más bien a una desviación práctica, aventada por interpretaciones también ambivalentes en sus precedentes jurisprudenciales?

Estamos convencidos de que hay más de lo segundo que de lo primero. Y así cabría concluirlo a juzgar por decisiones jurisprudenciales –también– recientes. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS 62/2020, de 24 de enero](#), que implica corregir hasta por dos veces la empecinada defensa por la Audiencia Nacional de preceptos convencionales –art. 17 Convenio de las empresas de *telemarketing*– que regulan causas extintivas distintas a las estatutarias. La línea de política judicial es errática por cuanto, en otros casos, como en la [STS 1044/2018, de 12 de diciembre](#), que cuenta con un voto particular masivo muy crítico, se incentivan regulaciones convencionales pro temporalidad, en este mismo sector y convenio estatal, si bien en relación con el contrato eventual. Una magnífica puesta al día de esta compleja evolución la han realizado en su [estudio](#) los profesores Sánchez Trigueros y Hierro Hierro.

Un derecho de precedentes jurisprudenciales nacional errático que se confirmará a la hora de interpretar la jurisprudencia comunitaria aplicativa de la regulación de lucha contra la temporalidad injustificada. En una dirección, la [STS 849/2019, de 5 de diciembre](#), sigue alimentando prácticas de contratación inusualmente largas en el ámbito público (hasta diluir una categoría, confusa en su configuración, creada por el TJUE para poner coto a tanta práctica de inestabilidad en el empleo público en España). En otra distinta, la [STS 26/2020, de 15 de enero](#), recuerda cómo el gran paladín de la estabilidad en el empleo en la Unión Europea, la omnipresente [Directiva 1999/70/CE](#), y sus proyecciones estatutarias –[art. 15.5 ET](#)– para hacer una gestión preventiva del abuso, no pueden frenarse ni ante relaciones laborales especiales (artistas: bailarina) ni ante prácticas nacionales arraigadas, pero jurídicamente anómalas, que hacen de lo excepcional algo normalmente largo (encadena hasta diez contratos temporales). En el apenas referido [estudio](#) encontrarán más ejemplos de la continua tensión entre el ideal normativo –más equilibrado– y su aplicación práctica –mucho más inclinada a las desviaciones, alentando la «cultura del fraude» normativo–.

**6. Todo está en un poco de incómoda historia legislativa resumida en diez momentos: el virus de la inseguridad en el empleo se inocular y se cultiva en el ET como sacrificio en el altar de la creación de empleo.** No obstante, el ET (reformado) no es inocente, claro, en esta desviación de la razón de seguridad en el empleo hacia la razón de la flexibilidad (inestabilidad) de gestión conforme a las demandas de los mercados económicos. Una prueba de esta conexión, entre otras, es la doctrina jurisprudencial favorable a la vinculación de la suerte del contrato de obra a la de la cadena de contrataciones y que el precepto convencional referido (anulado por la citada [STS 62/2020](#)) llevará al extremo. Ciertamente, la [STS 783/2018, de 19 de julio](#), y otras, parecen querer acabar con una construcción extremadamente nebulosa de 3 décadas, pero no terminan de rematar la faena, manteniéndose a día de hoy esa nebulosa causa de temporalidad del contrato de obra por su asociación con las –volubles– contrataciones. En detrimento de esa imagen ideal del trabajo como sujeto en sí, fin, no objeto de mercadería (el trabajo no es una mercancía ni el mercado de trabajo una institución económica, sino social), el concepto –claramente sesgado– de reforma del mercado de trabajo desplazó los demás, sobre todo el de garantías laborales.

---

*Aunque no es el único culpable, el ET (reformado) no es tampoco inocente en esta desviación de la razón de seguridad en el empleo hacia la razón de la flexibilidad de gestión*

---

Había una razón común: todos los Gobiernos han hallado una tasa de desempleo muy superior a la media europea, en época de crisis y de bonanza ([también en la actual](#)). Ahora bien, en épocas de crisis, la destrucción de empleo es masiva, a diferencia de lo que sucede en los países de nuestro nivel en la Unión Europea. En cuatro ocasiones ha estado por encima del 20 % –hoy está por debajo del 14 %–. De ahí la idea de reforma estatutaria la-

boral permanente al servicio de la adaptabilidad de mercado para facilitar el empleo, aun a costa de las garantías laborales.

En consecuencia, sobre la justificación de este bien superior del empleo, las normas del ET –y otras leyes laborales– vieron cómo iban desapareciendo gradualmente las garantías precedentes, ya debilitadas en la versión originaria, y comenzaban a poblarse de conceptos-valor como la flexibilidad de gestión, para adaptar el trabajo a las demandas de mercado (principio de adaptabilidad frente al de estabilidad en el empleo), la temporalidad para afrontar una economía intensamente estacional, e incluso la parcialidad, así como la reducción de costes como forma de mantener o mejorar la ventaja competitiva, etc. Tanto las reformas emprendidas desde entonces como los silencios (por ejemplo, la continuidad sustancial de la regulación de las técnicas de contrata y subcontrata ex [art. 42 ET](#)) aumentaban las brechas de inseguridad laboral. Emerge la precariedad, abonando también la competencia desleal, que, solo transcurridas varias décadas, y no a través del ET, sino de otra ley (deslocalización reguladora), la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público, evidenciará la necesidad de corregir sus perniciosos efectos (un magnífico recorrido por la emersión y desarrollo en estos años de relaciones triangulares se realiza en el [estudio](#) de la profesora De la Puebla Pinilla, y en parte también en el [análisis](#) de la profesora Molero Marañón).

En apretada síntesis histórica, podemos identificar, en estos 40 años, diez momentos de especial significado jurídico-laboral estatutario. Los agruparemos, a su vez, en tres periodos, que aquí ordenamos estrictamente atendiendo al dato del cambio formal de la ley del ET (Ley de 1980, Texto refundido de 1995 y Texto refundido de 2015), incluyendo cada uno reformas en el ET de diferente signo político-jurídico, aunque la gran mayoría inspiradas por ese eje axial: la creación de empleo requiere sacrificar garantías laborales en aras de una mayor flexibilidad.

---

Podemos identificar, en estos 40 años, diez momentos de especial significado jurídico-laboral estatutario

---

## **PRIMER PERIODO: 1980-1995. Inoculado el virus de la inestabilidad, se propagará a lo largo de las reformas**

**1980** fue ya el origen del virus de la inseguridad en el empleo (de ahí el rechazo de alguno de los sindicatos más representativos al mismo, así como la crítica de la oposición, que se comprometió a modificarlo de inmediato, en un sentido más garantista, cuando gobernara). En el ámbito de las relaciones colectivas quedaría fijado un modelo de representación de intereses (un [análisis](#) profundo, exhaustivo y dinámico se lleva a cabo por el profesor García Murcia) y de negociación colectiva significativamente institucionalizado, que no se moverá apenas hasta las reformas de principios de la segunda década del siglo XXI. Será **1984** la fecha que abra la veda de la temporalidad, también de la parcialidad (germen de las llamadas

«relaciones atípicas»). Lo curioso es que, como se recordaba en el [editorial del número anterior](#), el Gobierno promotor de esta reforma de remercantilización del factor trabajo fue el mismo que había comprometido una contrarreforma garantista. ¿Contradicciones, realismo jurídico?

El viento de la temporalidad sopla fuerte, el virus se propaga sin control (es también el tiempo de las dramáticas reconversiones industriales), pese al discurso oficial de combatirlo: la flexibilidad de la contratación como receta –a la desesperada– contra un desempleo en tasas superiores al 20 %. Como sucederá casi 30 años después, la temporalidad impulsa el empleo en España en épocas de crecimiento casi tanto como lo destruye en las de crisis. **1992**, año mágico para España (Sevilla, Barcelona), no hará sino alimentar ese efecto de liberalización del mercado de trabajo y de promoción de la temporalidad, ahora con la excusa añadida del plan de convergencia con Europa. **1994** –de nada sirvió la huelga general de 2 años antes ni la de ese año– marcará la primera gran reforma estatutaria, fijando aspectos esenciales, así como la técnica (sin acuerdo social también vale) de las posteriores reformas. Todo ámbito de la relación de trabajo es susceptible de reforma adherente a las razones de mercado (selección, contratación –se legalizan las empresas de trabajo temporal [ETT]–, movilidad, despidos, negociación colectiva).

---

Desde 1984, el viento de la temporalidad sopla fuerte, el virus se propaga sin control pese al discurso oficial de combatirlo –desde entonces hasta hoy–

---

Crece el germen del malestar sindical, porque los despidos económicos se desbordaban (aun con autorización administrativa), para acrecer el ámbito de los despidos objetivos, hasta «normalizarse» el despido como técnica de gestión, difuminando su imagen garantista como excepción –*ultima ratio*–. Es tiempo de la desnaturalización de los contratos formativos, para mutar en vías de inserción de los jóvenes (y no tanto). En el plano de la negociación colectiva, y dada la difícil coyuntura para lograr mayorías, se optó por un modelo de descentralización política, provincial y autonómica, tomando cuerpo en el ET las reivindicaciones nacionalistas de marcos autónomos de relaciones de trabajo. Emerge también la imagen de la negociación colectiva como instrumento para la adaptabilidad del trabajo (factor productivo o «recursos humanos», eufemismo de la condición mercantil de uso productivo de las personas), por su proximidad a las necesidades económicas en cada caso. Tanto cambio legal (inestabilidad, incertidumbre) llevará a la refundición, sin renovación sustancial, del ET de 1980.

## **SEGUNDO PERIODO: 1995-2015. Cambios de ciclo económico; seguirá dominando la idea de la adaptación al mercado de trabajo: emerge y se normaliza la «condición precaria»**

**1997** da fecha a la primera reforma laboral del Gobierno del Partido Popular, con apoyo del diálogo social (se plasmó en la firma de varios acuerdos interprofesionales con valor

normativo y alto impacto racionalizador). Aún en salida de la crisis, alumbrará un aspecto de las reformas hasta entonces algo tabú: el coste de las decisiones de despido arbitrarias debe rebajarse (contrato indefinido para jóvenes y mujeres con indemnización de 33 días). La temporalidad, sin embargo, se reducirá, plasmándose en la norma estatutaria, pues había llegado a tasas absolutamente insostenibles (35 % de media, 40 % en más de una comunidad autónoma).

---

1997 alumbrará un aspecto de las reformas hasta entonces tabú: el coste de las decisiones de despido arbitrarias también debía rebajarse

---

Una línea de política de reforma que tendría una sustancial continuidad –ahora con la férrea oposición sindical– en la segunda del Gobierno popular (por RDL), que inauguraré el nuevo siglo, el XXI: **2001**. Ahora, ampliar las vías de reducción del coste del despido imprecendente, a cambio de penalizar la contratación temporal, al menos sobre el papel –también en términos de cuotas de la Seguridad Social–, eran los impulsos más relevantes. Asimismo, la estabilidad en forma de contratos indefinidos venía acompañada de una mayor flexibilización del contrato a tiempo parcial, modificado en 1998, pero con una técnica tan abigarrada que no tendría los efectos expansivos esperados, y que posteriormente sí se producirían. También el derecho de la Unión Europea comenzaba a desplegar sus efectos con especial fuerza, provocando una modificación del artículo 44 del ET. Las ETT –extramuros del ET siempre, pero protagonistas crecientes de la actividad de contratación temporal mediante las modalidades del ET– experimentarán una profunda reforma de signo garantista (1999), que hará que deje de alimentarse su gran leyenda negra, normalizándose, si bien emergerán actores competidores que, con el tiempo, evidenciarán una peligrosidad mayor: las empresas multiservicios.

**2006** verá la recuperación del diálogo social y, en consecuencia, la necesidad de poner coto a la precariedad laboral, que afloraba como una gran lacra del mercado de trabajo español y de su sistema de relaciones laborales. El optimismo económico reinante hará de la primera reforma laboral del Gobierno socialista del presidente Rodríguez Zapatero una oportunidad para reducir realmente la temporalidad y dar un impulso creíble, fiable –había medios públicos y confianza económica suficientes– para la erradicación de la precariedad laboral. De ahí que las técnicas de corrección del encadenamiento abusivo de los contratos, junto a la incentivación de las vías de conversión de los contratos de empleo temporal en empleo indefinido, aún de 33 días de salario/año de servicio, predominen (aprobada primero por RDL, luego se convertirá en [Ley 43/2006, de 29 de diciembre](#)). Se vislumbra la necesidad de una gran reforma legal para reequilibrar la difusión de las cadenas de contrata y subcontratas ex artículo 42 del ET (también se desarrollan a su calor las empresas multiservicios y, aunque se prevé en estos años una regulación más garantista, no llegará a cumplirse), concretándose en el plano sectorial (verá la luz la [Ley 32/2006, de 18 de octubre](#), de subcontratación en el sector de la construcción). Pero el proyecto inicial más ambicioso se quedará en la conversión en palabra de ley de los criterios jurisprudenciales que distinguen entre cesión ilegal ex artículo 43 del ET y subcontratación.



Todo cambió bruscamente en **2010**. El abismo económico rompe líneas laborales rojas: abaratamiento generalizado del despido, arbitrario o con causa, retorno a la flexibilidad de contratación como vía de salvamento de las insoportables y crecientes listas de desempleo.

---

Todo cambió bruscamente en 2010. El abismo económico rompe líneas laborales rojas: abaratamiento generalizado del despido y retorno a la flexibilidad de contratación como vía de salvamento

---

También se liberalizaron las causas de despido económico, aunque todavía permanecía la autorización administrativa –que nunca frenó despido alguno, solo lo encarecía–. Una liberalización compatible de las vías extintivas por razón de empresa compatibles también con una mayor facilidad a la flexibilidad interna (inseguridad laboral). Ahora que se habla de la (mini)contrarreforma hecha en 2012, no resulta ocioso recordar que, en aquel entonces, esta reforma fue calificada como la de mayor calado en casi 20 años (desde 1994, reforma también llevada a cabo por un Gobierno socialista y unilateral). Para ello se precipitaron dos reales decretos-leyes que dieron lugar a otra gran huelga sindical. Junto al [Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (sustituido, tras su tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia, por la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), de igual título), se aprobaría el [Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio](#), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

De nuevo conviene traer al presente este pedacito de historia normativa ya no tan lejana, puesto que parece que sí perduraría a la fase actual de minicontrarreformas. Así, de conformidad con su exposición de motivos, se imputaba al sistema de negociación colectiva un cúmulo de disfunciones que le restarían «eficiencia y [...] capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo» (exposición de motivos, II y III). La razón de mercado se torna (más) central (aún). Su corrección requerirá intervenir en la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios. Nace la prioridad del convenio de empresa, cierto, supletoriamente, así como de los convenios de grupo, con lo que se legitiman –la jurisprudencia ya lo había aceptado– estructuras más complejas de empresa que las que dieron lugar al originario ET (aun sin actualizar las estructuras de representación –su estudio en el [análisis](#) del profesor García Murcia–). En esta prioridad (del modelo de descentralización hacia la empresa) se ve el camino –también recurrente– para afirmar el principio de adaptabilidad o «acomodación [...] al entorno económico y productivo en que se desenvuelven» (reformas arts. 83.2 y 84 ET). Esta mayor capacidad de adaptabilidad a los cambios de mercado del factor trabajo se busca también en los contenidos y vigencia de los convenios, favoreciendo la flexibilidad interna, aún negociada, como fórmula de reequilibrio entre flexibilidad (empresa) y seguridad (trabajadores).

---

[En la prioridad del modelo de descentralización hacia la empresa se ve el camino para afirmar el principio de adaptabilidad frente al de seguridad laboral](#)

---

**2012-2014.** Bienintencionada aquella, concede el legislador de la siguiente, tras el cambio de Gobierno (2011), habría fracasado, concluye. Se impone –por la presión de las instituciones de la gobernanza económica mundial, con la amenaza del «rescate»– mucha más intensidad en la entronización de la razón de mercado, aunque lleve mayor devaluación de las condiciones de trabajo, pues debe primar su eficacia para recuperar la senda de crecimiento económico. Como la [Ley 35/2010](#) (preámbulo, I), parte de «la insostenibilidad del modelo laboral español».

Urgía, pues, hacer de la negociación colectiva «un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa». A ello había que sumar una reducción de costes del despido en mayor escala (eliminación de los salarios de trámite) y la liberalización de sus causas (objetivo y colectivo), también del procedimiento de despido colectivo. Además, incluye otros elementos de presión a los sindicatos para negociar, sin posibilidad de bloquear, aunque sea a la baja. Nace, así, la prioridad imperativa de convenios de empresa y la técnica de la ultraactividad limitada (la plena conformidad jurisprudencial con ella se refleja en la [STS 66/2020, de 28 de enero](#), que sintetiza su jurisprudencia). A finales de 2013 se introduce una importante reforma expansiva del trabajo a tiempo parcial, ampliando la disponibilidad del tiempo de trabajo al servicio empresarial, aunque con ello entre en contradicción con una búsqueda al mismo tiempo de más oportunidades de conciliación de la vida laboral y familiar, si bien se fía a la negociación colectiva ex artículo 34.8 del ET (como se indicó anteriormente). La intensidad y la frecuencia de los cambios legislativos en este trienio (2012-2014) harán que sea necesaria una nueva refundición del ET, aunque ya había anidado en la sociedad la convicción de que era hora de crear un –mejor– derecho nuevo estatutario.

## **TERCER PERIODO: 2015-2020. Mismo ciclo económico al alza; diversos ciclos políticos e impulsos de reformas estatutarias de diferente, aún no opuesto, signo**

**2018-2019. ¿Reformas muy parciales, pero embrión de procesos de minicontrarreformas?** Decíamos al inicio que no hay cambio de Gobierno, aunque no mute la legislatura, por liviano que sea, que no acuda a la llamada del «poder del BOE» en materia estatutaria laboral (a través de la autoridad del RDL, normalizado en los últimos años como fórmula para modificar el ET –y otras leyes–). Por eso, el Gobierno socialista que surgió de la primera moción de censura con éxito de la democracia adoptó diversas iniciativas que incidieron en el ET. Aunque se trata de reformas parciales, creemos que, en su conjunto, bien pueden ilustrar un décimo momento de relevante intervención estatutaria, con sentidos diferentes de política del derecho, no solo de corrección (real en unos casos, más simbólica en otros) de algunas disfunciones y deficiencias del ET en una línea que ya no prima las razones de mercado, sino que busca un mayor equilibrio entre ellas y las razones de las personas. Pese a estar en el programa político, no se trata de auténticas minicontrarreformas, al no contar,

se decía, con la mayoría parlamentaria suficiente, pero sí llevan el embrión de esta idea, más transaccional que la originaria y tan ideal políticamente como irrealista jurídicamente, de: «cuando gobernemos derogaremos la reforma laboral».

En 2018 desaparecerá –formalizando una previsión de la propia reforma de 2012– el polémico contrato de apoyo a emprendedores, que había superado los envites tanto del juicio de constitucionalidad, como del de convencionalidad y del prejudicial comunitario. Aunque se trató de la «crónica de una muerte normativa anunciada», revela una reorientación de tipo garantista, aun limitada. Sin cambios en el ET, pero claramente dirigida a recuperar su fuerza reguladora, este año conocerá la puesta en práctica del denominado «[Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020](#)», en el que se pone el acento no en el cambio normativo, sino en las garantías de efectividad de cumplimiento de las normas (la lucha contra el fraude). Si bien, de nuevo, puede parecer una cuestión menor, no lo es, porque en esta campaña –aunque no solo (STSJ de Madrid 68/2020, de 3 de febrero, rec. 749/2019, estima la demanda individual)– tendrán origen algunas de las decisiones judiciales más determinantes en relación con cuál de los modelos de regulación en liza, diversos en el contexto internacional, se adoptará en España frente al trabajo en las empresas de economía de plataformas digitales y, por lo que parece, según la doctrina judicial y lo que apuntan las declaraciones de la ministra de Trabajo actual –que no es la de entonces–, ya doblan las campanas por el modelo de autonomía y suenan albricias para el modelo de retorno al ámbito laboral (*vid.* [STSJ de Madrid 40/2020, de 17 de enero](#), que estima la primera demanda de oficio de la autoridad laboral a instancia de la Inspección de Trabajo; por su gran relevancia, serán todas ellas objeto de estudio específico en el número de mayo).

Ese mismo año, aunque entrará en vigor al año siguiente, tuvo lugar una reforma más significativa del ET de lo que hasta hoy se ha apreciado por la mayor parte de los analistas, y de signo contrario a la indicada revigORIZACIÓN del ET como norma jurídico-laboral referencial. Nos referimos a la inclusión de un nuevo precepto, el [artículo 20 bis del ET](#). Puede parecer baladí, pero la realidad es bien

---

El artículo 20 bis del ET ilustra, a modo de caballo de Troya, el proceso de pérdida de peso del ET como estatuto de las personas trabajadoras atento a sus derechos fundamentales

---

diferente. Esa norma de remisión formal de la regulación del poder de control empresarial en el entorno digital laboral a la [LOPDGDD](#) en realidad ilustra, a modo de caballo de Troya, el proceso de pérdida de peso del ET, ahora como referencia normativa para ordenar un estatuto de las personas trabajadoras atento a sus derechos fundamentales, en este caso tan claves como los digitales (también confirma la ignorancia del legislador digitolaboral de otras normas laborales, como la [Ley de prevención de riesgos laborales](#)). Si bien no podemos entrar en un análisis de esta importante cuestión, sí es oportuno evidenciar que será un debate a afrontar en el marco del cacareado Estatuto del siglo XXI. **2019** supondrá, en el contexto político-social e ideológico-simbólico de los «viernes sociales», la aprobación de diversos reales decretos-leyes en los que el ET verá más de una reforma de interés. Aun

sin contradecir abiertamente el marco precedente, suponen una significativa inyección de relecturas garantistas de ciertas instituciones jurídico-laborales de importancia creciente.

Algunas de esas reformas están en plena ebullición (este mes, por ejemplo, adquiere efectividad la obligación de las empresas de 150 personas trabajadoras o más de disponer de un plan de igualdad), por sus efectos dilatados o progresivos, formal o materialmente. Así, junto a los referidos planes de igualdad para un número mayor de empresas, debemos citar los también recordados –y muy polémicos– registros horarios (irreversibles, porque cuentan ya con el aval comunitario), la conciliación de la vida laboral-familiar como derecho individual, aunque se condicione a la razonabilidad organizativa, garantías sustantivas y procedimentales en favor de la equidad de género, algunas pendientes de desarrollo reglamentario, etc. El ET, pues, no solo integrará ya un lenguaje inclusivo (que seguramente llevará a su cambio de nombre), sino que la perspectiva de género, incluso el rostro de mujer, empezará a difundirse a lo largo y ancho de su cuerpo normativo y, sobre todo, se interiorizará en un nuevo espíritu con tal perspectiva de equidad de género. Aun sin descalegar las razones de mercado, todavía en el trono, las razones de las personas trabajadoras recuperan, e, incluso, mejoran, posiciones.

Todo esto es conocido, no merece la pena más comentario por nuestra parte, si bien sí se ha realizado, con esmero y cuidado, en los diversos estudios que integran el monográfico, a los que remitimos, tanto para su perspectiva diacrónica (hacia el pasado) como prospectiva (hacia el futuro). Ahora solo queda una conclusión a extraer de este apretado, pero esperamos ilustrativo, repaso de los 40 años de historia de nuestro ET, pese a que su letra ya se parezca poco, en lo sustancial –algunas sí están atrapadas en el tiempo, unas para bien, otras para no tanto–, al originario, otra cosa es el «espíritu de mercado» del mismo. Y es que cabría afirmar, antes de afrontar brevemente las expectativas de futuro, sea a corto plazo (minicontrarreforma laboral) y a más largo, confiemos que no *ad calendas graecas* («Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI», vale decir para su primera mitad), que la precariedad laboral ni es un invento exclusivo de la reforma de 2012, aunque la intensificara, siendo una realidad que ha venido preocupando a los Gobiernos desde, al menos, 2006, ni el cambio legal es suficiente para su corrección, debiéndose a problemas de malas prácticas (ausencia de las debidas garantías de efectividad de lo normado estatutariamente). Por lo tanto, difícilmente la ya anunciada, e iniciada, minicontrarreforma eliminará algunos de los principales.

**2020. ¿Un nuevo tiempo de los derechos laborales, con viraje estatutario desde las razones de mercado a las propias de las personas trabajadoras, que no son ni una mercancía ni meros «recursos humanos»? Cambio de legislatura y de Gobierno: cambio estatutario, inapelable. El «látigo real-decretal» del nuevo Gobierno «de progreso» ha barrido, con dos palabras**

---

El «látigo real-decretal» del nuevo Gobierno «de progreso» ha barrido una causa de despido objetivo instalada 40 años en el ET, pero no el despido –improcedente– vinculado a la salud

---

(«queda derogado»), una causa de despido objetivo que llevaba instalada, con pocas modificaciones (una en 2012, por supuesto), 40 años en el ET: el absentismo laboral.

Con esta nueva muestra del «poder del BOE» (menor y más incierto del pretendido por la autoridad que lo ejerce, a causa del uso técnicamente muy deficiente del mismo, pues ni asegura el efecto retroactivo máximo a la decisión, al carecer de disposición transitoria que clarifique tan elemental cuestión, ni prohíbe realmente el despido por razones de salud, sino que lo convierte en causa injusta, elevando el precio del mismo, de 20 días a 33 días, salvo que se acredite violación de un derecho fundamental, generando, con solo dos palabras una gran incertidumbre jurídica), quedará inaugurada una nueva etapa de reformas (sería la undécima, antes de afrontar el adiós del ET de final del siglo XX) denominada «minicontrarreforma laboral». Pero esto ya es futuro.

**7. ¿Y del futuro «Estatuto de las personas trabajadoras (de la primera mitad) del siglo XXI» qué?** Los crecientes retos de la digitalización, del género, del trabajo flexible, cambio climático, justos equilibrios entre personas, empresas y mercados, etc. La pretensión de este editorial (los estudios que integran el monográfico tienen una visión más amplia) no era hablar de futuro, el que ahora a todos nos inquieta, claro. Pero ni somos adivinos ni profetas jurídicos, ni queríamos dejar de conmemorar, siempre con mirada útil de presente y también de avistamiento de horizontes futuros, lecciones extraídas de los 40 años de esforzada, atormentada, errática, pero, al tiempo, fascinante historia de reformas del Estatuto de los Trabajadores (también de las Trabajadoras, aunque se silenciaran desde el frontispicio mismo de tan trascendental norma democrático-cívico-social).

Ordenado en el [artículo 35 de la CE](#), el ET nunca fue lo que se esperaba (cada sector jurídico-laboral dio lecturas diversas a esa llamada constitucional), decepcionando ya desde el origen, al tiempo que ha seguido en todos estos años frustrando las aspiraciones de unos (los que aspiran a su modernización total, en el sentido de la mayor flexibilidad posible) y otros (los que sienten la nostalgia de conformar en el ET ese estatuto de garantías laborales que la Constitución del trabajo española solo moduló, pero muy difusamente, en línea con el mítico referente italiano –hoy igualmente desmantelado tras las reformas pro mercado económico, pese al intento de recuperación de la Corte Constitucional, en una sentencia que tiene más de justicia poética que de cambio de época–). Pero, a cambio, hay que reconocer que sí ha venido pretendiendo –todos y cada uno de los preámbulos de su historial de reformas así lo evidencian– lograr un equilibrio, no siempre justo (que también ha ido variando con el tiempo, devaluándose cada vez más, sin duda), entre las razones del mercado y las razones de las personas tra-

---

Ordenado en el artículo 35 de la CE, el ET nunca fue lo que se esperaba. Pero, a cambio, ha venido pretendiendo lograr un equilibrio, no siempre justo, entre las razones del mercado y las razones de las personas trabajadoras

---

bajadoras, y viceversa, de conformidad con cada tiempo histórico (político-cultural, económico, social, ideológico, etc.). Sea como fuere, esta conmemoración es muy diferente a la de la Constitución, porque en este caso el viento huele a un adiós al ET del XX.

Los formidables desafíos que se ciernen sobre el mundo del trabajo, sobre los que ahora no volveremos y que han marcado todo el centenario de la OIT (2019), así como los que están por venir (con ese otro referente mítico, el horizonte de los [Objetivos de desarrollo sostenible 2030](#)), hacen ya irreal seguir con el texto estatutario laboral actual. Ni su letra –incluso las remozadas intensamente en estas 4 décadas de activismo legislativo de reforma pro mercado de trabajo adaptativo a los mercados económicos y las necesidades de competitividad de las empresas; cuanto más las que permanecen inalteradas desde hace años, expresión de un paralelo abstencionismo del legislador laboral fuera de las razones de coyuntura ocupacional– ni su espíritu son conformes ya con las necesidades, tanto de las personas trabajadoras, como de las empresas de hoy. Sea cual sea la forma, rostro, filosofía y contenidos de ese cacareado Estatuto de las personas trabajadoras –de la primera mitad, si acaso– del siglo XXI, no puede prescindir de esta realidad ambivalente del derecho del trabajo, que nunca ha sido, y quizás nunca será, lo que cada uno querríamos que fuese, sino lo que los imperativos de una sociedad y una economía basados en las libertades (de las empresas, también de las personas) demandan: el justo equilibrio entre la función distributiva del derecho (el Estado constitucional de derecho se asienta sobre un claro principio social y eso exige garantizar un estándar de existencia digna para todas las personas, desde luego también para las trabajadoras) y su función productiva (sin una economía saneada, sin un buen dinamismo de mercado, que exige siempre reglas que eviten sus tentaciones al abuso y a las prácticas desleales, no hay nada interesante que repartir).

---

Sea cual sea ese cacareado Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI, no puede prescindir de esta realidad ambivalente del derecho del trabajo

---

Afirmarlo es bastante más fácil (aunque no es baladí, para evitar nuevas frustraciones de idealismo jurídico extremo) que practicarlo, correspondiendo tan ambiciosa, pero al tiempo tan fascinante, misión a las tres fuentes básicas de regulación de las relaciones de trabajo: la ley –ese nuevo ET–, la autonomía colectiva y el intérprete institucional (sistema multinivel de regulación de las relaciones de trabajo y de garantía de los derechos fundamentales de todas las personas trabajadoras, incluyendo también la libertad de empresa ex art. 16 CDFUE). A ellos corresponde mantener no solo viva, sino equilibrada, esa dialéctica permanente entre las dos almas del derecho del trabajo (de garantías y de organización, social y económica, de mercado, y de la persona) y cuya armonía, inestable y errática a veces, deberá reflejar lo que quiera que sea

---

No será nada fácil, ni siquiera segura, la consecución del objetivo. Pero es de esos desafíos que merece la pena afrontar

---

ese, ya tan deseado, a la par que ya muy necesario, Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI. No será nada fácil, ni siquiera segura, la consecución del objetivo. Pero es de esos desafíos que merece la pena afrontar. Por eso, tiempo habrá, y las páginas de esta revista intentarán cumplir fielmente con ese fin, de dar cuenta puntual y de forma analítica y crítica (es misión de la ciencia jurídica, aunque a menudo no guste, ni siquiera a sus propios cultores), sin renunciar a su permanente practicidad profesional (es misión del jurista social ofrecer herramientas jurídicas depuradas para su noble oficio).

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2020). El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 5-21.



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





# El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial

**Guillermo L. Barrios Baudor**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos*

## Extracto

En el marco del 40 aniversario del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el presente trabajo aborda la configuración legal y jurisprudencial del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena, finalizando con unas modestas propuestas de reforma futura.

**Palabras clave:** concepto de persona trabajadora por cuenta ajena; ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

Fecha de entrada: 29-01-2020 / Fecha de aceptación: 29-01-2020

**Cómo citar:** Barrios Baudor, G. L. (2020). El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 23-58.





# Worker concept in 40 years of legal and case-law development

Guillermo L. Barrios Baudor

## Abstract

This paper analyses the Spanish worker concept in 40 years of legal and case-law development.

**Keywords:** worker concept; labour law scope.

**Citation:** Barrios Baudor, G. L. (2020). Worker concept in 40 years of legal and case-law development. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 23-58.



## Sumario

1. Presentación
2. Configuración legal
  - 2.1. Consideraciones previas
  - 2.2. Delimitación legal
    - 2.2.1. Con ocasión de la inclusión de la prestación de servicios en el ámbito de aplicación del ET
      - 2.2.1.1. Inclusión general
      - 2.2.1.2. Inclusión especial
    - 2.2.2. Con ocasión de la exclusión de la prestación de servicios del ámbito de aplicación del ET
      - 2.2.2.1. Exclusión general (remisión)
      - 2.2.2.2. Exclusión expresa
3. Configuración jurisprudencial
  - 3.1. Consideraciones previas
  - 3.2. Delimitación jurisprudencial
    - 3.2.1. Distinción entre contratos laborales y civiles
    - 3.2.2. Distinción entre contratos laborales y administrativos
4. Propuestas de reforma
  - 4.1. Consideraciones previas
  - 4.2. Presupuestos a tener en cuenta
    - 4.2.1. La siempre importante configuración legal y jurisprudencial
    - 4.2.2. La incidencia del derecho social de la Unión Europea
    - 4.2.3. La presencia de nuevos retos
  - 4.3. Propuestas
    - 4.3.1. De carácter formal
    - 4.3.2. De carácter material
      - 4.3.2.1. Mantenimiento de las notas «clásicas» de la laboralidad
      - 4.3.2.2. Reformulación conceptual por referencia a determinados colectivos (selección)

### Referencias bibliográficas

## 1. Presentación

Como en su día tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional (TC), el concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado derecho del trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado artículo 35.2 de la Constitución española (CE), no aparece expresamente definido en la norma suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario. La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales, y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas, es tarea que incumbe al legislador estatal, ex artículos 35.2 y 149.1.7.<sup>a</sup> de la CE, conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter la prestación de servicios al ordenamiento laboral o a la regulación propia de los contratos civiles o mercantiles. Lógicamente, cuestión distinta es que, sobre la base de cuanto se acaba de señalar, la determinación del ámbito de aplicación subjetivo del Estatuto de los Trabajadores (ET) y, consecuentemente, la calificación de una relación contractual como laboral, con la consiguiente inserción en un sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger a la parte más débil de tal relación, diversificando así el contrato de trabajo de otras relaciones contractuales afines, civiles o mercantiles, han dado lugar a supuestos singulares, en los que la no clara concurrencia de las notas de laboralidad del artículo 1.1 del ET requería una delimitación que, en ausencia de precepto expreso del legislador, se producía por vía de aplicación judicial y jurisprudencial a los casos concretos litigiosos. Es significativa al respecto la existencia de las denominadas «zonas grises» o fronterizas, expresión concerniente a aquellas prestaciones de trabajo cuya naturaleza resulta especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral<sup>1</sup>.

Pues bien, tomando como punto de partida estas muy indicativas consideraciones del TC sobre la materia que ahora nos ocupa, a la configuración legal y jurisprudencial del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena, junto con unas modestas propuestas de reforma futura, se dirigen las páginas que siguen en el marco del 40 aniversario del ET de 1980. En todo caso vaya por delante que, pese a la imposibilidad de traer aquí las muy numerosas e importantes aportaciones doctrinales efectuadas al respecto en todo este tiempo, el presente trabajo se considera tributario de todas y cada una de ellas. Vayamos por partes.

<sup>1</sup> Se sigue literalmente aquí la Sentencia del TC (STC) 227/1998, de 26 de noviembre.

## 2. Configuración legal

### 2.1. Consideraciones previas

Tal y como ha tenido ocasión de señalarse ya, al no existir un concepto constitucional de persona trabajadora por cuenta ajena (como tampoco existe de trabajadora por cuenta propia o funcionaria), la configuración legal de tal concepto en nuestro ordenamiento jurídico ha derivado tradicionalmente de la delimitación legal del ámbito de aplicación del ET. Y es que, por más que, asimismo, puedan contemplarse a otros efectos distintos (por ejemplo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, derecho penal, etc.), no todas las prestaciones de servicios profesionales entran dentro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. De hecho, similar criterio se ha seguido, igualmente, en relación con las personas empleadas públicas (art. 2 Estatuto básico del empleado público –EBEP–) y/o con las personas que prestan sus servicios por cuenta propia (art. 1 Ley del Estatuto del trabajador autónomo –LETA–).

En este sentido, bien puede sostenerse con carácter general que la noción de persona trabajadora por cuenta ajena no posee, a los efectos que ahora interesan, perfiles propios y diferenciados. De hecho, la mejor forma de definir tal concepto es sosteniendo, simplemente y sin mayores consideraciones (género, edad, nacionalidad, etc.), que se trata de una de las dos partes titulares de la relación laboral. De ahí que, como tendrá ocasión de señalarse con posterioridad, nos encontremos ante un concepto derivado, pues se es (o no se es) persona trabajadora por cuenta ajena en la medida en que se es (o no se es) sujeto del contrato de trabajo según la delimitación legal tradicionalmente contemplada en las normas estatutarias y demás normativa complementaria.

Siendo ello así, claro es que para configurar legalmente el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena ha de partirse necesaria, aunque no exclusivamente, de su regulación en las diferentes normas estatutarias. Regulación que, por lo demás, aparece en ellas construida con ocasión de la inclusión (general o especial) o exclusión (general o expresa) en su particular ámbito de aplicación del tipo de prestación de servicios de que se trate. No en vano, junto con la previsión general, existen otras muchas formas de prestación de servicios que pueden considerarse o no incluidas en el ámbito del derecho del trabajo. Con todo, ninguna duda cabe de que «el concepto de trabajador sirve para fijar los propios límites del derecho del trabajo» (De la Villa, 2006).

Precisamente por ello, a continuación, se procederá a dar cuenta de la delimitación legal del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena sobre la base de dicha construcción tomando como referencia remota el ET de 1980. En todo caso, vaya por delante que por lo que se refiere a la configuración legal del concepto (clásico) de persona trabajadora por cuenta ajena apenas si ha habido cambio alguno en estos 40 años de regulación estatutaria.

## 2.2. Delimitación legal

### 2.2.1. Con ocasión de la inclusión de la prestación de servicios en el ámbito de aplicación del ET

#### 2.2.1.1. Inclusión general

En coherencia con cuanto se acaba de señalar hasta el momento presente, la delimitación legal del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena ha aparecido tradicionalmente reflejada en el primer precepto de las diferentes normas estatutarias publicadas desde 1980. Efectivamente, desde que así lo contemplara el artículo 1.1 del ET de 1980, los ET de 1995 y de 2015 recogen idéntica fórmula jurídica. Y, más concretamente, la que a continuación se indica: «La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Como es sabido, semejante fórmula jurídica ha venido constituyendo en todo este tiempo el concepto general (o, si se prefiere, «clásico») de persona trabajadora por cuenta ajena en cuanto que de él derivan las (generalmente aceptadas por todos los intérpretes jurídicos) notas de la laboralidad. Esto es, el carácter personal de la prestación de servicios, la voluntariedad en dicha prestación, la ajenidad en cuanto al modo de rendirse los servicios (de la que, a su vez, derivaría la consiguiente nota de la retribución) y la dependencia en el sentido de integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa<sup>2</sup>. Estas notas son, por tanto, características del trabajo («presupuestos sustantivos») objeto del derecho del trabajo y, por tal motivo, se encuentran presentes en la mayoría de las actividades incluidas en su ámbito de aplicación<sup>3</sup>. No obstante, por sí solas y aisladamente consideradas, dichas notas no permiten afirmar siempre y en todo caso dicha cualidad, ya que otros negocios jurídicos extralaborales también las poseen (por ejemplo, arrendamiento de servicios). Llegados a este punto bien puede señalarse que el objeto del derecho del trabajo es el trabajo prestado personal y voluntariamente, en régimen de ajenidad, dependencia y, por ende, remunerado.

Por razones de limitación de espacio, no es momento este para analizar en detalle el contenido y alcance de todas y cada una de las citadas notas de las que, como resulta obligado, algo se dirá a propósito de la configuración jurisprudencial del concepto de perso-

<sup>2</sup> Entendiendo que la nota de la retribución pueda entenderse subsumida en la nota de ajenidad, *vid.* Montoya (2019, p. 42).

<sup>3</sup> De «presupuestos sustantivos» hablaba ya De la Villa (1969).

na trabajadora por cuenta ajena<sup>4</sup>. Aunque sí para recordar que «dichas notas no son pura creación o atribución doctrinal, sino constante exigencia del legislador y, por supuesto, de los tribunales laborales, basada a su vez en la observación de la realidad socioeconómica del trabajo asalariado» (Montoya, 2019, pp. 39-40). De hecho, bien que, bajo otras fórmulas jurídicas distintas, la legislación precedente ya venía exigiendo de forma expresa la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia<sup>5</sup>. Lo que, sin lugar a dudas, constituye buena muestra de la coherencia histórica mantenida en el tiempo por los diferentes legisladores al respecto<sup>6</sup>.

En todo caso, vaya por delante que la determinación práctica del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena no resulta en absoluto tarea sencilla, pues, como tendrá ocasión de señalarse a propósito de su configuración jurisprudencial, son muy diversas las hipótesis posibles que pueden concurrir en la práctica. Y es que, como es sabido, dichas notas no siempre se manifiestan en toda su nitidez, lo que implica no pocos problemas de calificación jurídica. No es de extrañar, por tanto, que, precisamente por ello, dicha fórmula jurídica se haya visto tradicionalmente completada con la siguiente previsión presuntiva de carácter legal: el contrato de trabajo «[s]e presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel» (art. 8.1 ET de 1980)<sup>7</sup>. Previsión esta última que, como no podría ser de otra manera, se ha mantenido literalmente en el tiempo en los ET de 1995 y de 2015 (art. 8.1).

En fin, como es de todos conocido, la delimitación legal de la persona trabajadora por cuenta ajena a los efectos que ahora interesan se completa, a su vez, con la delimitación de la persona (física o jurídica) que en su condición de empleadora o empresaria recibe los servicios de aquella. En concreto, mediante el establecimiento de la siguiente fórmula jurídica: «A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior». Dicha fórmula se ha mantenido prácticamente invariable en el tiempo desde

<sup>4</sup> A este respecto son tantas y tan importantes las aportaciones doctrinales realizadas sobre el particular que resultaría materialmente imposible citarlas todas aquí. En este sentido discúlpese me citar, por todos, a Sempere (1986) y De la Villa (2000).

<sup>5</sup> El antecedente próximo del artículo 1.1 del ET de 1980 lo constituiría el artículo 1.1 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. Como antecedentes remotos cabría citar el artículo 1 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprobó el texto refundido del libro I de la Ley del contrato de trabajo, y los artículos 1 y 2 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931.

<sup>6</sup> Adviértase, sin embargo, cómo los artículos 4 de las Leyes de contrato de trabajo de 1944 y 1931 contemplaron inicialmente la posibilidad de que los trabajadores pudieran ser también personas jurídicas. Cuestión esta última que pronto se recondujo normativamente.

<sup>7</sup> No contemplada expresamente en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, una presunción similar a la aquí expuesta se previó en el artículo 3 del Decreto de 26 de enero de 1944 y, antes más, en el artículo 3 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931.

que se contemplara por primera vez en el artículo 1.2 del ET de 1980<sup>8</sup>. No obstante, la posterior introducción en nuestro ordenamiento jurídico de las empresas de trabajo temporal en virtud de la Ley 14/1994, de 1 de junio, derivó en la adición del siguiente inciso en el tenor de los artículos 1.2 del ET de 1995 y de 2015: «[...], así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas»<sup>9</sup>.

### 2.2.1.2. *Inclusión especial*

La delimitación legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena se completa, como es sabido, con la expresa consideración de una serie de relaciones laborales que merecen la calificación de «especiales». Básicamente (aunque no exclusivamente) ello es así porque en este tipo de prestaciones de servicios las notas de la laboralidad (generalmente, las de ajenidad y/o dependencia) presentan alguna particularidad («especialidad») concreta que, en mayor o menor medida, las alejaría del modelo común. En ocasiones, este alejamiento del modelo común puede derivar, también, de particularidades («especialidades») en la condición de la persona empleadora y/o del lugar en el que se prestan los servicios. No obstante, no por ello dejarían de integrar el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena, pudiéndose distinguir, así y respecto de ella, un modelo «común» y otro «especial». Diferenciación que, en cualquier caso, no constituiría violación alguna de los artículos 14 y 24 de la CE (STC 79/1983, de 5 de octubre).

Por lo demás y en coherencia con cuanto se viene indicando hasta el momento presente, qué tipo de relación laboral habría de pertenecer al modelo «común» o al «especial» es cuestión que ha venido delimitándose legalmente en el tiempo. En este sentido, ya el artículo 2.1 del ET de 1980 estableció que se considerarán relaciones laborales de carácter especial las que a continuación se indican:

- a) La del personal de alta dirección.
- b) La del servicio del hogar familiar.
- c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.
- d) La de los deportistas profesionales.
- e) La de los artistas en espectáculos públicos.
- f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Delimitando el concepto de patrono o empresario, *vid.* los artículos 5 de las Leyes de contrato de trabajo de 1931 y de 1944.

<sup>9</sup> Sobre el concepto de empleador, *vid.*, por todos, De la Villa (2010).

<sup>10</sup> El artículo 3.1 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, antecedente próximo del artículo 2.1 del ET de 1980, establecía ya unas determinadas relaciones laborales especiales.



Como no podría ser de otra manera, semejante consideración no se estableció (ni tampoco se contempla hoy) de forma cerrada, sino que quedó permanentemente abierta a «[c]ualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley» (letra g), art. 2.1 ET de 1980)<sup>11</sup>. No es de extrañar, por tanto, que, ya fuera a través de la directa modificación de la propia norma estatutaria o, en su caso, de su contemplación en otras disposiciones legales distintas, hayan ido apareciendo (como también desapareciendo) nuevas relaciones laborales de carácter especial.

En concreto, a lo largo de su vigencia, el artículo 2.1 del ET de 1995 incorporó a su articulado las dos siguientes relaciones especiales:

- g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
- h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las comunidades autónomas.

Por su parte, el también artículo 2.1 del ET de 2015 contempla hoy, además de todas las anteriores (excepción hecha de la relación laboral especial de estibadores portuarios que se encuentra actualmente derogada), las siguientes relaciones laborales especiales<sup>12</sup>:

- i) La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.
- j) La de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.
- k) La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

En fin, al igual que sucediera en el epígrafe anterior, razones de limitación de espacio impiden analizar en profundidad estas relaciones laborales de carácter especial. No obstante, respecto de todas y cada una de ellas, las diferentes normativas estatutarias han coincidido en señalar que «[e]n todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución» (arts. 2.2 ET de 1980, de 1995 y de 2015). A buen seguro ello ha sido tradicionalmente así, ya que, pese a que la norma estatutaria ha podido resultar de aplicación en estos casos vía

<sup>11</sup> En idéntico sentido se expresaba la letra m) del artículo 3.1 de la Ley 16/1976.

<sup>12</sup> La letra g) del artículo 2.1 del ET de 2015 aparece hoy redactada en los siguientes términos: «g) La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo». Por su parte, la letra h) referida a los estibadores portuarios fue objeto de derogación por la disposición derogatoria única b) del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo.

reenvío o aplicación supletoria, todas y cada una de estas relaciones laborales de carácter especial se rigen por su propia normativa específica<sup>13</sup>.

## 2.2.2. Con ocasión de la exclusión de la prestación de servicios del ámbito de aplicación del ET

### 2.2.2.1. Exclusión general (remisión)

Con carácter general, excluidas de la delimitación legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena se encontrarían todas aquellas prestaciones de servicios en las que, de un modo u otro, no concurrían de forma conjunta las notas de laboralidad a las que se ha hecho referencia con anterioridad. Precisamente, a ello se ha referido la cláusula contemplada en los artículos 1.3 g) de los ET de 1995 y de 2015 (no así en el ET de 1980) cuando señala que: «Se excluyen del ámbito regulado por la presente ley: [...] g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo».

Como fácilmente puede deducirse, a lo largo de estos 40 años de regulación estatutaria, muy numerosas han sido las diversas hipótesis planteadas en relación con la consideración o no de tal o cual prestación de servicios como de carácter laboral. Consideración que, en último término, se ha hecho depender en la práctica totalidad de los casos del análisis jurisprudencial de las notas de la laboralidad (particularmente, de la ajenidad y de la dependencia) que *ad casum* han debido realizar los órganos de la jurisdicción social. A modo meramente ejemplificativo, del citado análisis se dará cuenta a propósito de la delimitación jurisprudencial del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. De ahí que no proceda ahora sino remitirse a la doctrina jurisprudencial que se expondrá entonces.

### 2.2.2.2. Exclusión expresa

En fin, junto a las consideraciones anteriores, la delimitación legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto («común» o «especial») de persona trabajadora por cuenta ajena que ahora interesa se termina de completar con la expresa exclusión legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo de un amplio elenco de prestaciones de servicios («presupuestos adjetivos» –De la Villa, 1969–).

De entrada, el artículo 1.3 del ET de 1980 señaló las siguientes exclusiones<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> En profundidad sobre este tipo de relaciones, *vid.* Sempere (2011).

<sup>14</sup> El artículo 2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, contemplaba ya similares exclusiones expresas. Con anterioridad, el listado (menor) de exclusiones aparecía previsto en los artículos 2 de las Leyes de contrato de trabajo de 1931 y 1944.

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.
- b) Las prestaciones personales obligatorias.
- c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comparte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.
- d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.
- f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo al riesgo y ventura de la misma.

Dichas exclusiones se mantuvieron en idénticos términos en el artículo 1.3 del ET de 1995, si bien a modo de cláusula abierta de cierre durante su vigencia se añadió (por la disp. final séptima Ley 11/1994, de 19 de mayo) la siguiente previsión: «Se excluyen del ámbito regulado por la presente ley: [...] g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo». Dada la amplitud de esta última previsión, por otra parte, obvia, por cuanto ahora interesa mayor relevancia tuvo la incorporación (en el segundo párrafo de la letra g) y por la misma disp. final séptima Ley 11/1994) de un último párrafo con el siguiente tenor literal:

A tales efectos 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<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Una breve pero muy interesante referencia histórica a la situación que dio lugar a la introducción de esta expresa exclusión de determinados transportistas del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y declarada constitucional por la STC 227/1998, de 26 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1998), puede consultarse en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016).

Por su parte, el ET de 2015 pasó a contemplar en términos casi idénticos la totalidad de las exclusiones expresas de las que se ha dado ya noticia<sup>16</sup>.

Si bien se mira, no todas las exclusiones contempladas en el artículo 1.3 de las sucesivas normas estatutarias lo han sido por no reunir las notas configuradoras de la relación laboral. Antes al contrario, frente a exclusiones netamente declarativas (esto es, aquellas que carecen de alguna de las notas de la laboralidad), nos encontramos con exclusiones de carácter decididamente constitutivo (esto es, aquellas que se excluyen del ámbito de aplicación del derecho del trabajo pese a acreditar las notas de la laboralidad). Ejemplo paradigmático de este último tipo de exclusiones legales lo constituiría la relativa al funcionariado público y al personal vinculado a la Administración pública por una relación estatutaria o administrativa, pues ninguna duda cabe de que en ellos concurrirían las notas de la laboralidad<sup>17</sup>. De hecho, nada impide que una Administración pública pueda adquirir la condición de empleadora respecto del personal laboral que presta servicios para ella. Personal que, al no hallarse excluido del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, perfectamente integraría el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena (art. 7 EBEP)<sup>18</sup>.

En todo caso, las exclusiones expresas de carácter legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo no se limitan a las anteriormente señaladas. De entrada y sin perjuicio de cuantas otras se ha encontrado formalmente recogidas en disposiciones ajenas a las sucesivas normas estatutarias, aún estas últimas contemplan determinadas exclusiones expresas que, por descontado, inciden en la delimitación del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. Tal sería el caso, por ejemplo, del trabajo autónomo o por cuenta propia.

Efectivamente, aun cuando dicha modalidad de prestación de servicios perfectamente podría quedar excluida del concepto de trabajo por cuenta ajena por la vía de la exclusión general al carecer de las notas de ajenidad y dependencia, las normas estatutarias han preferido contemplar semejante circunstancia de forma expresa. Así las cosas, ya la disposición final primera del ET de 1980 estableció que «[e]l trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto

---

<sup>16</sup> No obstante, por lo que respecta a la exclusión de los funcionarios públicos del ámbito estatutario, el ET de 2015 se expresa hoy en los siguientes términos:

La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

<sup>17</sup> Como es sabido, esta exclusión no solo responde a razones de política legislativa, sino que en último término obedece al mandato constitucional de contemplar dos estatutos distintos: un ET (art. 35.2 CE) y un estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE).

<sup>18</sup> Sobre este tipo de relaciones, *vid.*, por todos, Montoya (2011).

legal se disponga expresamente»<sup>19</sup>. Previsión esta última que se ha mantenido en idénticos términos en las disposiciones finales primeras de los ET de 1995 y de 2015 y que, a su vez, encuentra su contrapunto legal en el artículo 2 de la LETA. En concreto cuando a los efectos que ahora interesan este último precepto señala lo siguiente:

Se entenderán expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la presente ley aquellas prestaciones de servicios que no cumplan con los requisitos del artículo 1.1, y en especial:

a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

[...]

c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y disposiciones complementarias.

Como ha tenido ocasión de señalarse, la exclusión legal (general o expresa) del trabajo por cuenta propia del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de trabajo por cuenta ajena ha venido resultando en el tiempo evidente. No obstante, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente (arts. 11 y ss. LETA) ha reabierto el debate doctrinal sobre sus difusas fronteras respecto del trabajo por cuenta ajena (general o especial). Fundamentalmente por lo que respecta a la nota de la dependencia en sus vertientes jurídica (trabajo por cuenta ajena) o económica (trabajo por cuenta propia)<sup>20</sup>. Aunque de forma breve, a propósito de este debate, algo se dirá en el epígrafe dedicado a propuestas de reforma.

Adviértase, por último, que, tal y como se ha anunciado ya, diversas han sido las normas distintas de las estatutarias que han contemplado (o contemplan) exclusiones expresas del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. En algunos supuestos por no concurrir en las prestaciones de servicios de los colectivos que amparan las notas de la laboralidad (exclusiones declarativas)<sup>21</sup>. Con todo, no han faltado supuestos en los que, aun concurriendo en dichos colectivos tales notas (exclusiones constitutivas), normativamente se los ha excluido

<sup>19</sup> Dicha fórmula aparecía ya expresamente contemplada en idénticos términos en el artículo 1.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales.

<sup>20</sup> En profundidad sobre ello, *vid.*, por todos, Hernández (2010) y Selma (2013).

<sup>21</sup> A modo meramente ejemplificativo puede citarse a este respecto la expresa consideración como de carácter no laboral de las siguientes prestaciones de servicios: agentes comerciales (art. 2 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia), prácticas no laborales (RD 1543/2011, de 31 de octubre, y RD 624/2017, de 3 de julio) o voluntariado (art. 3.2 c) Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado).

en un momento histórico dado del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Con todo, adviértase en este último sentido que, dado que las notas sustantivas de laboralidad se encuentran formuladas en norma con rango de ley, si así fuera solo resultarían admisibles las exclusiones contempladas en normas de similar jerarquía<sup>22</sup>.

### 3. Configuración jurisprudencial

#### 3.1. Consideraciones previas

Delimitado legalmente el ámbito de aplicación del derecho del trabajo en los términos hasta ahora señalados, han sido nuestros tribunales laborales los que en estos 40 años de regulación estatutaria han ido configurando *ad casum* (tal y como también venían haciendo hasta entonces) el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. No en vano, la determinación de la existencia o no de una relación laboral ha sido competencia tradicionalmente atribuida en exclusiva al orden social de la jurisdicción. De hecho, sin necesidad de remitirse ahora a antecedentes más o menos remotos, así se ha venido contemplando en los primeros preceptos de las normas laborales procesales de 1980 (RDleg. 1568/1980, de 13 de junio), 1990 (RDleg. 521/1990, de 27 de abril), 1995 (RDleg. 2/1995, de 7 de abril) y 2015 (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

Según puede deducirse fácilmente, múltiples han sido las hipótesis planteadas en la práctica. Tantas que, dadas las limitaciones de espacio con las que se cuenta en el presente trabajo, resultaría materialmente imposible abordarlas todas y cada una de ellas en las páginas que siguen<sup>23</sup>. Precisamente por tal motivo, a continuación, se ha optado directamente por trasladar aquí la doctrina jurisprudencial compendiada por el propio Tribunal Supremo (TS) a lo largo de estos años, bien que sobre la base de la distinción efectuada entre contratos laborales y civiles y contratos laborales y administrativos, principales denominadores comunes sobre el particular.

En cualquier caso, adviértase desde este pórtico introductorio que la problemática suscitada en todo este tiempo ha resultado bien diversa. Como diversos son también los muy diferentes colectivos en los que la naturaleza jurídica de sus específicas prestaciones de servicios ha sido objeto de discusión. De hecho, tal es la diversidad de los supuestos planteados a lo largo de estos años que en esta particular materia resulta muy difícil

<sup>22</sup> El que ello sea así ha permitido entender que determinadas exclusiones fueran calificadas de «ilegales». Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, Galiana (1974) y Sempere (1982).

<sup>23</sup> Una muy importante selección de toda la doctrina jurisprudencial recaída en unificación de doctrina puede consultarse en Cavas y Sempere (2016).

establecer criterios generales<sup>24</sup>. De ahí que haya de estarse siempre a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

<sup>24</sup> Como clara muestra de cuanto se acaba de señalar, adviértase con la STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015) que:

El conocido sistema indiciario acogido por la jurisprudencia a la hora de determinar si concurren las notas de ajenidad y, en especial, de dependencia propicia que la contradicción legalmente requerida sea particularmente compleja en estos casos. La determinación de si existe o no contrato de trabajo en un concreto supuesto está vinculada a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso, por lo que la unificación doctrinal es difícil. Con todo, como señala esta misma sentencia, la expuesta dificultad no significa que resulte imposible la concurrencia de la suficiente identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso. De ese modo, por ejemplo, hemos podido pronunciarnos sobre el tipo de vínculo que encauza la actividad de unos actores de doblaje (STS de 9 de diciembre de 2010, rec. 1874/2009, y otras); un administrador solidario que es socio y gerente (STS de 26 de diciembre de 2007, rec. 1652/2006); algunos agentes de seguros (STS de 23 de marzo de 1995, rec. 2120/1994) o directivos de compañías aseguradoras (STS de 13 de noviembre de 2001, rec. 1146/2001); cobradores de recibos (STS de 21 de junio de 2011, rec. 2355/2010); alumnos de escuelas-taller (STS de 7 de julio de 1998, rec. 2573/1997); arquitecto de ayuntamiento (STS de 23 de noviembre de 2009, rec. 170/2009); asesor jurídico (STS de 19 de noviembre de 2007, rec. 5580/2005); contratados en régimen administrativo (STS de 24 de septiembre de 1998, rec. 3311/1997, y otras); vendedores de productos catalogados (STS de 15 de junio de 1998, rec. 2220/1997); titulares de un contrato de control y depósito de mercancías (STS de 7 de marzo de 1994, rec. 615/1993); transportistas (STS de 16 de marzo de 1999, rec. 681/1998, y otras); director de hotel (STS de 22 de abril de 1997, rec. 3321/1996); empleados de las Cámaras de Comercio (STS de 13 de julio de 1992, rec. 418/1992, y otras); encuestadores (STS de 14 de febrero de 1994, rec. 123/1992, y otras); guías turísticos (STS de 10 de abril de 1995, rec. 2060/1994); informador radiofónico (STS de 11 de mayo de 2009, rec. 4162/2003); inspector comercial (STS de 20 de noviembre de 2007, rec. 2105/2006, y otras); limpiadora en comunidad de propietarios (STS de 25 de enero de 2000, rec. 582/1999) o en oficinas (STS de 20 de julio de 2010, rec. 3344/2009); empleados en locutorio (STS de 20 de julio de 2010, rec. 4040/1998); maquilladora de televisión (STS de 3 de mayo de 2011, rec. 2228/2010, y otras); técnico de mantenimiento de maquinaria (STS de 29 de diciembre de 1999, rec. 1093/1999); personal sanitario en empresa (STS de 23 de octubre de 2003, rec. 677/2003, y otras) o en centro de reconocimiento de conductores (STS de 20 de julio de 2001, rec. 4207/1999); personal médico al servicio de compañías sanitarias (STS de 9 de diciembre de 2004, rec. 5319/2003) o clínicas privadas (STS de 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010); odontólogos (STS de 7 de octubre de 2009, rec. 4169/2008, y otras); peritos tasadores de seguros (STS de 8 de octubre de 1992, rec. 2754/1991); profesorado de enseñanzas no regladas (STS de 22 de julio de 2008, rec. 3334/2007), o en escuelas universitarias adscritas (STS de 7 de diciembre de 1999, rec. 323/1999), o en colegios universitarios (STS de 5 de junio de 2007, rec. 2072/2000); profesor de religión en centros públicos (STS de 31 de octubre de 2000, rec. 442/2000); psicóloga en centro de reconocimiento (STS de 20 de septiembre de 1995, rec. 1463/1994); reporteros gráficos (STS de 19 de julio de 2002, rec. 2869/2001); representantes de comercio (STS de 13 de mayo de 1998, rec. 4523/1997); asesor sindical (STS de 7 de octubre de 2005, rec. 2854/2004); subagentes de seguros (STS de 28 de febrero de 2008, rec. 3174/2006, y otras); tertuliano radiofónico (STS, Pleno, de 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012); trabajos familiares (STS de 11 de marzo de 2005, rec. 2109/2004); etc.

Por el contrario, un listado francamente ejemplificativo de supuestos en los que la contradicción no ha sido admitida en esta materia puede consultarse, por todas, en la STS de 7 de noviembre de 2017 (rec. 3573/2015).

Con todo, a nada que se analice en profundidad dicha doctrina (en especial, en lo que corresponde a la contraposición de prestaciones de servicios laborales y civiles), enseguida se aprecia que en la mayoría de los casos han sido (y siguen siendo) las notas de ajenidad y/o dependencia las que en mayor medida se encuentran necesitadas de una interpretación judicial a la luz de la delimitación legal anteriormente descrita. De hecho, no es de extrañar que, a tal efecto, la jurisprudencia se haya visto (y se siga viendo) obligada en numerosas ocasiones a acudir a determinados indicios o pistas para apreciar o no su concurrencia<sup>25</sup>. Concurrencia que, por lo demás y sobre la base siempre del tipo de servicios prestados en cada supuesto concreto, ha venido interpretándose por nuestra jurisprudencia en un sentido amplio<sup>26</sup>.

Sea como fuere (y esto es lo realmente relevante), no puede dejar de resaltarse aquí la extraordinaria importancia que, para la configuración del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena, merece toda esta doctrina jurisprudencial. Paradigma de cuanto se acaba de señalar lo constituye, por ejemplo, la evolución jurisprudencial que, con reflejo incluso legal (párrafo segundo arts. 1.3 g) ET de 1995 y ET de 2015, en su día introducido por la Ley 11/1994, de 19 de mayo), abordó la prestación de servicios profesionales de los transportistas<sup>27</sup>.

## 3.2. Delimitación jurisprudencial

### 3.2.1. Distinción entre contratos laborales y civiles

Por cuanto ahora interesa y sin necesidad de introducir mayores consideraciones al respecto, la doctrina unificada del TS a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una determinada prestación de servicios queda resumida en los siguientes criterios jurisprudenciales<sup>28</sup>:

- a) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de

<sup>25</sup> Sobre estos indicios, *vid.*, entre otros muchos, Luján (2000) o Selma (2007).

<sup>26</sup> Por todas, *vid.*, en este sentido, la STS de 23 de noviembre de 2009 (rec. 170/2009) y las que en ella se citan.

<sup>27</sup> Al respecto *cfr.*, por todas, la STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016).

<sup>28</sup> Se sigue literalmente aquí la STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015), que, entre otras muchas, recoge lo señalado por las SSTS de 25 de marzo de 2013 (rec. 1564/2012), 29 de noviembre de 2010 (rec. 253/2010), 18 de marzo de 2009 (rec. 1709/2007), 11 de mayo de 2009 (rec. 3704/2007) y 7 de octubre de 2009 (rec. 4169/2008).

Reiterando cuanto aquí se refleja, *vid.*, más recientemente, la STS de 29 de octubre de 2019 (rec. 1338/2017), con cita expresa de las SSTS de 24 de enero de 2018 (reces. 3595 y 3394/2015) y 10 de abril de 2018 (rec. 179/2016). Al respecto, *vid.* también la STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015).



calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo<sup>29</sup>.

b) Asimismo, aparte de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que el artículo 8 del ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio estatuto, en su artículo 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios<sup>30</sup>.

c) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia<sup>31</sup>.

Profundizando en estas razones, jurisprudencialmente se ha seguido señalando lo siguiente<sup>32</sup>:

La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido código a la legislación laboral actualmente vigente. En efecto, en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual

<sup>29</sup> Entre otras muchas, SSTS de 20 de marzo de 2007 (rec. 747/2006), 7 de noviembre de 2007 (rec. 2224/2006), 12 de diciembre de 2007 (rec. 2673/2006) y 22 de julio de 2008 (rec. 3334/2007). Reiterando esta doctrina, a propósito del contrato de agencia, *vid.* la STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015), así como las que en ella se citan.

<sup>30</sup> SSTS de 19 de julio de 2002 (rec. 2869/2001) y 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004).

<sup>31</sup> STS de 3 de noviembre de 2014 (rec. 739/2013).

<sup>32</sup> STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015), que sigue los criterios resumidos por la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. 5319/2003) y que han sido reproducidos con posterioridad, entre otras muchas, por las SSTS de 12 de febrero de 2008 (rec. 5018/2005), 22 de julio de 2008 (rec. 3334/2007) y 25 de marzo de 2013 (rec. 1564/2012).

es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. En sentido contrario, para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, órdenes, instrucciones practicando su trabajo con entera libertad; esto es, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza.

No es de extrañar, por tanto, que jurisprudencialmente se haya acabado afirmando lo siguiente:

La dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa– y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato. Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que, además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales<sup>33</sup>.

Así, por ejemplo, se sigue señalando jurisprudencialmente que:

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador

<sup>33</sup> *Vid.*, por todas, STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015).

o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992, STS de 22 de abril de 1996); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 15 de abril de 1990, STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989) (STS de 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015)<sup>34</sup>.

Por el contrario, jurisprudencialmente se ha entendido a este respecto que:

En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena; [de ahí que] [e]n las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas (STS de 23 de noviembre de 2009, rec. 170/2009)<sup>35</sup>.

En fin, a los efectos que aquí interesan, adviértase, por último, que «la naturaleza del empleador no determina, por sí misma, el tipo de nexo que discurre con las personas que le prestan servicios»; en este sentido, «el distinto subtipo de entidad sin ánimo lucrativo

<sup>34</sup> Sentencia que reitera los criterios seguidos, entre otras muchas, por las SSTS de 26 de noviembre de 2012 (rec. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (rec. 2569/2012).

<sup>35</sup> Sentencia en seguimiento de las SSTS de 11 de mayo de 2009 (rec. 3704/2007) y 7 de octubre de 2009 (rec. 4169/2008) y las por ellas citadas.

que aparece en las sentencias [...] carece de trascendencia»<sup>36</sup>. Lo cual no quiere decir que, sobre la base de ello, pueda recurrirse fácilmente a figuras complejas para soslayar la existencia de relaciones laborales encubiertas<sup>37</sup>.

### 3.2.2. Distinción entre contratos laborales y administrativos

Siguiendo la misma metodología expositiva empleada en el epígrafe anterior y por lo que respecta ahora a la distinción entre contratos laborales y administrativos, cabe traer aquí los siguientes criterios jurisprudenciales<sup>38</sup>:

a) La delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, lo que llevó al legislador laboral –art. 3 a) ET– y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador «el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado, en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1, lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social».

b) En este sentido, [...] desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva [...] no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración pública para que [...] pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa [...]: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios, etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en

<sup>36</sup> *Vid.*, por todas, STS de 7 de noviembre de 2017 (rec. 3573/2015).

<sup>37</sup> STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016), según la cual:

La singularidad, complejidad e indeterminación en muchos aspectos del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado no puede servir de cobertura puramente formal para burlar en fraude de ley la norma legal, con la finalidad de eludir las previsiones con las que se ha querido evitar la reiterada utilización de la figura del falso autónomo en el ámbito del transporte de mercancías por carretera como mecanismo de huida del derecho del trabajador.

<sup>38</sup> Se sigue literalmente aquí la STS de 23 de junio de 2015 (rec. 2360/2014), que, interpretando entonces el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, reitera doctrina de cuantas otras sentencias en ella se citan (entre otras, SSTS de 21 de julio de 2014, rec. 2676/2013, y 21 de abril de 2015, rec. 1237/2014).

abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores», de la misma forma que el artículo 103.3 dice que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos».

c) Ello es así porque [...] la Constitución establece un modelo bipolar [funcionarios y laborales] del personal al servicio de las Administraciones públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria –y la que más lo hace es el Estatuto del empleado público [Ley 7/2007, de 12 de abril, arts. 8 a 12]–, si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales, que como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que, como decíamos, siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora.

En fin, sobre la base del análisis de las sucesivas leyes autorizadoras de la contratación administrativa de servicios, jurisprudencialmente acaba señalándose que:

La procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a [...] un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma. Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. etc. Algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante. Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de esta, participe, [...], en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, [...] de varios años de duración<sup>39</sup>.

## 4. Propuestas de reforma

### 4.1. Consideraciones previas

El acuerdo de Gobierno para la presente legislatura, suscrito con fecha 30 de diciembre de 2019 entre el PSOE y Unidas Podemos («Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para

<sup>39</sup> *Vid.*, por todas y entre otras muchas, SSTs de 12 de julio de 2011 (rec. 2833/2010), 22 de diciembre de 2011 (rec. 3796/2010), 16 de mayo de 2012 (rec. 2227/2011), 15 de julio de 2013 (rec. 3227/2012), 16 y 22 de septiembre de 2015 (recs. 1989 y 2000/2014). Sobre esta problemática, *vid.*, por todos, Rodríguez (2009).

España»), contempla de forma expresa en su punto 1.2 la elaboración de un ET del siglo XXI. A tal efecto, entienden las partes firmantes del mismo lo siguiente:

Elaboraremos, previo diálogo con los agentes sociales, un nuevo ET que compagine la protección de los trabajadores y trabajadoras frente a los desafíos sociales, tecnológicos y ecológicos del siglo XXI y el reconocimiento de nuevos derechos de los trabajadores propios de la realidad económica, social y laboral actual, con la necesaria competitividad empresarial y el papel de la negociación colectiva como elemento de reequilibrio necesario. A tal efecto, se podrá constituir un grupo de trabajo para su redacción, integrado por expertos y expertas de reconocido prestigio, del ámbito académico y profesional.

Por más que ciertamente interesante, semejante previsión no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico laboral. En efecto, prescindiendo ahora de antecedentes más o menos remotos, ya la disposición adicional centésima octava del Proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para 2019 contempló la creación de un grupo de personas expertas para la propuesta de un nuevo ET<sup>40</sup>. Según indicaba esta última disposición:

El Gobierno, en el plazo de 3 meses desde la entrada en vigor de esta ley, constituirá un grupo de expertos y expertas para llevar a cabo los trabajos y estudios preparatorios para la elaboración de un nuevo ET. La composición y funciones del grupo de expertos y expertas se determinarán mediante acuerdo del Consejo de Ministros y previa audiencia de los interlocutores sociales en la Mesa de diálogo social de empleo y relaciones laborales constituida en el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Rechazado, no obstante, dicho proyecto de ley, la idea se repitió tiempo después y en términos prácticamente literales en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo<sup>41</sup>. Como justificación de esta propuesta, la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 8/2019 señaló lo que a continuación se indica:

Problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo, como la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica

<sup>40</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 38-1, de 16 de enero de 2019, p. 207.

<sup>41</sup> La única diferencia con la previsión anterior es la referencia aquí al 30 de junio de 2019 como fecha tope para la creación del citado grupo de personas expertas.

hacen necesario iniciar de manera inmediata los trabajos y estudios que sirvan de base para la elaboración de un nuevo ET que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI (apdo. VI).

Pues bien, en el entendimiento de que con ello no se está pretendiendo la mera elaboración de un nuevo texto refundido estatutario a modo de lo que ya se hiciera en su día con el ET de 1995 y el ET de 2015, sino una reforma de mayor calado, a continuación, se realizarán unas modestas propuestas de reforma a propósito de la configuración legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. No obstante, y siquiera sea de manera muy somera, permítaseme hacer referencia con anterioridad a una serie de presupuestos que considero necesario tener en cuenta con carácter previo.

## 4.2. Presupuestos a tener en cuenta

### 4.2.1. La siempre importante configuración legal y jurisprudencial

Como ha tenido ocasión de apreciarse, el juego combinado de las configuraciones legales y jurisprudenciales resulta de suma importancia a la hora de delimitar conceptualmente la figura de persona trabajadora por cuenta ajena. De hecho, dicho ha quedado ya que por sí sola la norma estatutaria (ET de 1980, de 1995 o de 2015) no resulta autosuficiente para definir en un momento dado qué comprende y qué no tal figura. Básicamente porque aquella, lejos de haber optado por concretar conceptualmente dicha categoría, se ha limitado a fijar normativamente (bien es verdad que desde una perspectiva claramente subjetivista) el ámbito de aplicación general del derecho del trabajo. De ahí que, según ha quedado señalado, hayan debido ser nuestros tribunales los encargados de perfilar *ad casum* sus particulares contornos jurídicos. Labor que, recuérdese, a partir del análisis de las notas de la laboralidad (y, muy especialmente, de la ajenidad y la dependencia), han llevado a cabo en un sentido bastante amplio.

En cualquier caso, en atención a las circunstancias concurrentes en nuestra sociedad en un momento históricamente dado, perfectamente puede la norma ampliar o limitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. Precisamente por ello, bien podría sostenerse que la configuración estatutaria implica un modelo conceptual flexible y permanentemente abierto. Por no volver a citar el caso de los funcionarios públicos (constitutivamente excluidos del ámbito de aplicación del derecho del trabajo), clara muestra de cuanto se acaba de señalar lo constituiría, por ejemplo, la inclusión y/o exclusión jurisprudencial y después legal (arts. 1.3 g) ET de 1995 y ET de 2015) de los transportistas. Muy especialmente porque, aunque en dicha prestación de servicios concurren las notas de la laboralidad, el criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje

no solo refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, sino que es indicativo a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado<sup>42</sup>.

Otro ejemplo paradigmático de cuanto aquí se sostiene lo constituiría, también, la relativa reciente inclusión en el ámbito del derecho del trabajo y, por ende, en el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena de las/los hijas/os menores de 30 años o discapacitados de las personas trabajadoras por cuenta propia. Inclusión que opera en los siguientes términos (disp. adic. décima LETA y art. 12.2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–):

Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo. Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral.

Lo curioso del tema (y, en todo caso, sumamente indicativo de lo fútil que resulta cualquier intento de conceptualización doctrinal del trabajo por cuenta ajena) es que, frente a la tradicional exclusión de los familiares del ámbito de aplicación del derecho del trabajo ex artículo 1.3 e) de las diversas normas estatutarias, ello es sencillamente así a cambio de limitar el acceso de estas personas a la prestación contributiva por desempleo<sup>43</sup>.

Desde esta perspectiva, si lo que en último término delimita legalmente el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena es la posterior dispensación de una mayor o menor protección social pública, ¿qué impide considerar como tales a muy numerosos colectivos tradicionalmente excluidos del ámbito de aplicación del derecho del trabajo? Sencillamente, nada. De hecho, ningún problema ha existido tradicionalmente para incluir en el ámbito del derecho del trabajo a las denominadas «relaciones laborales especiales», como tampoco a relaciones laborales comunes con particularidades (por ejemplo, trabajo en común, trabajo en grupo, a distancia, etc.).

En definitiva, llegados a este punto, lo importante no sería tanto qué cabe entender o no por persona trabajadora por cuenta ajena, sino lo que en cada momento dado la norma estatutaria configure legalmente como tal a los efectos de su inclusión (por vía directa o por vía de interpretación jurisprudencial) en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Por descontado, siendo todo ello así, ni que decir tiene que otras concepciones más o menos amplias del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena son perfectamente

<sup>42</sup> En profundidad sobre este tema, *vid.*, por todas, la STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016) y las que en ella se citan. También, con un análisis de la problemática histórica, *vid.* Álvarez (2018).

<sup>43</sup> Interpretando esta previsión, *vid.* la STS de 12 de noviembre de 2011 (rec. 2524/17).



admisibles en nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, a efectos de prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, derecho penal, etc.)<sup>44</sup>.

#### 4.2.2. La incidencia del derecho social de la Unión Europea

En el estado actual de las cosas, ninguna duda cabe ya de la importancia que en los respectivos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros tiene el derecho social de la Unión Europea. Por descontado, también en el nuestro. De ahí que, siquiera sea brevemente, deba aludirse en este trabajo a su mayor o menor incidencia en la delimitación (legal o jurisprudencial) del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena<sup>45</sup>.

Por cuanto ahora interesa, cabe observar, en primer lugar, que las referencias a la persona del trabajador son ciertamente numerosas, al tiempo que resultan fácilmente localizables tanto en el denominado «derecho originario» como en el derecho derivado de la Unión Europea. De hecho, el capítulo I del título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (en su versión consolidada tras el Tratado de Lisboa) lleva por título, precisamente, «Trabajadores». Sucede, sin embargo, que dichas referencias normativas a las personas trabajadoras lo son más bien en calidad de destinatarias del específico contenido que cada una de ellas contemple. Por tal motivo, también en este ámbito puede decirse que, al menos en el derecho originario, se carece de una definición concreta del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena<sup>46</sup>. Y, por lo que respecta al derecho derivado, la condición de persona trabajadora por cuenta ajena se predica, con carácter general, de quien a su vez lo sea según el derecho nacional que le resulte de aplicación<sup>47</sup>.

Con todo, sobre la base de la normativa en cada supuesto enjuiciada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido delimitando los contornos de semejante concepto en el ámbito comunitario. En este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivo, aquel ha señalado que

<sup>44</sup> En este sentido piénsese, por ejemplo, en el concepto de asimilados a trabajadores por cuenta ajena que la LGSS predica de determinadas personas socias trabajadoras en las cooperativas (art. 14 LGSS de 2015) o de determinados consejeros y administradores de sociedades (art. 136 LGSS de 2015) o, antes más, el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, en relación con los becarios.

<sup>45</sup> En profundidad sobre este tema, *vid.*, por todos, Sánchez-Rodas (2002) y Sánchez-Urán (2017).

<sup>46</sup> *Vid.*, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01).

<sup>47</sup> Últimamente, por ejemplo, *cfr.* el artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, o el artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Según estos preceptos, aquellas serán de aplicación a quienes «tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

«el concepto de trabajador en derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate» (contrato de trabajo, protección social pública, prevención de riesgos laborales, etc.); por tal motivo, «para determinar su significado, procede recurrir a los principios de interpretación generalmente aceptados, teniendo en cuenta, en particular, su contexto y los objetivos del tratado»; de ahí que, siempre y en todo caso, el término persona trabajadora «no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tiene un alcance comunitario. Además, no puede ser objeto de una interpretación restrictiva»<sup>48</sup>. En definitiva, acaba señalando el Tribunal de Justicia lo siguiente:

[...] la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, y, ni la calificación jurídica en derecho nacional y la forma de dicha relación, ni la naturaleza del vínculo jurídico existente entre esas dos personas, resultan determinantes a este respecto<sup>49</sup>.

Por razones de limitación de espacio, tampoco procede traer aquí los muy diferentes pronunciamientos del TJUE que complementarían cuanto se acaba de señalar<sup>50</sup>. Con todo, siquiera sea de forma muy resumida y en cuanto claro ejemplo de la incidencia del derecho social de la Unión Europea en nuestro ordenamiento jurídico, permítaseme hacer referencia expresa (a los efectos que más adelante se indicarán) a su Sentencia de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-413/13). En ella se discute la aplicación o no del derecho europeo de la competencia ex artículo 101.1 del TFUE a las cláusulas de un convenio colectivo relativas a los honorarios de determinados trabajadores autónomos.

Pese a la aparente sencillez del problema avanzado, la doctrina sentada por el TJUE es ciertamente relevante para la delimitación del concepto de persona trabajadora por cuen-

<sup>48</sup> STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01), con apoyo en pronunciamientos suyos anteriores.

<sup>49</sup> Últimamente, resumiendo su doctrina al respecto, SSTJUE de 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15) y 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17), así como las por ellas citadas.

<sup>50</sup> A este respecto resulta sumamente ilustrativo el considerando octavo de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en que se indica literalmente lo siguiente:

En su jurisprudencia, el TJUE ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador [SSTJUE de 3 de julio de 1986 (asunto C-66/85), 14 de octubre de 2010 (asunto C-428/09), 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14), 4 de diciembre de 2014 (asunto C-413/13) y 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15)] [...]. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales [...]. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación.

ta ajena. Entre otras muchas cosas porque se dejan sentadas las bases para una eventual equiparación de futuro entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos económicamente dependientes. En concreto, cuando las prestaciones de servicios llevadas a cabo por unos u otros puedan llegar a considerarse situaciones comparables desde el prisma europeo con independencia de lo que la legislación nacional llegara a establecer al respecto. En realidad, el problema de fondo que se nos plantea es que, junto a las clásicas categorías de trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, el TJUE alude a un concepto indeterminado de falso autónomo. Concepto que, frente a lo que inicialmente pudiera pensarse, no se corresponde exactamente con el que manejamos en nuestro derecho interno. Y es que, a lo que parece, el concepto de falso autónomo manejado por la jurisprudencia comunitaria no se limitaría, única y exclusivamente, al que pudiera derivar de la constatación de situaciones potencialmente fraudulentas, sino que igualmente se extendería a situaciones de prestaciones de servicios (incluso autónomas desde el punto de vista del derecho nacional) comparables a las de los trabajadores por cuenta ajena. Siendo ello así, el debate que enseguida se traslada a nuestro país (como también a otros muchos países de la Unión Europea) es el de si dentro de tal concepto cabría incluir o no a los trabajadores autónomos económicamente dependientes. No en vano, ninguna duda cabe de que el régimen jurídico de estos verdaderos trabajadores autónomos se encuentra en cierto modo configurado a imagen y semejanza de los trabajadores por cuenta ajena<sup>51</sup>.

### 4.2.3. La presencia de nuevos retos

Llegados a este punto, claro ha quedado ya que la delimitación conceptual de persona trabajadora por cuenta ajena ha tenido que hacer frente a muy numerosos retos en estos 40 años de regulación estatutaria. La práctica totalidad de los mismos como consecuencia (directa o indirecta) de un claro intento de huida del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. En cualquier caso, la solución a la concreta problemática planteada en cada momento histórico ha venido en último término dada por el previo tamiz de la interpretación jurisprudencial respecto, fundamentalmente, de las notas de ajenidad y/o dependencia. Interpretación que, en ocasiones (aunque no siempre), se ha visto reflejada en una concreta previsión normativa<sup>52</sup>. Siendo ello así, no es de extrañar que también en nuestros días la configuración (legal y/o jurisprudencial) del señalado concepto deba hacer frente a nuevos desafíos. La práctica totalidad de los mismos en torno a un claro denominador común: el trabajo precario (fundamental, aunque no exclusivamente, desarrollado a través de las tecnologías de la información)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Analizando el derecho a las vacaciones respecto de quien prestó servicios como trabajador por cuenta propia posteriormente reconocido como trabajador por cuenta ajena, *cfr.* la STJUE de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-214/16).

<sup>52</sup> *Vid. supra.*

<sup>53</sup> Muchos de estos nuevos retos son objeto de un acertado análisis en Molina (2020).

Por trabajo precario no me refiero aquí (que también) al excesivo recurso que en nuestro país se hace (asimismo, en las Administraciones públicas) a la contratación temporal o a tiempo parcial. Tampoco a cuantos trabajos se prestan en la actualidad con ingresos escasamente superiores al salario mínimo interprofesional y/o en unas condiciones laborales límite. Antes al contrario, la alusión al trabajo precario se ha de entender aquí por referencia al recurso cada vez mayor a determinadas figuras (nuevas o no) de huida del derecho del trabajo. Por ejemplo, falsos trabajadores autónomos (en sus muy distintas modalidades), falsos cooperativistas, falsos voluntarios e, incluso, también falsos becarios<sup>54</sup>. Y ello por más que a unos y a otros se los haya dotado de un aparente marco jurídico regulador<sup>55</sup>.

A su vez, el problema se agrava por la irrupción en el ámbito de las relaciones laborales de las tecnologías de la información. Y es que, sobre la base de una pretendida independencia económica y organizativa, el recurso a la figura del trabajo autónomo enmascara no pocas prestaciones de servicios que *de facto* constituyen relaciones laborales encubiertas. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de quienes prestan servicios profesionales a través de las denominadas «plataformas digitales» (*riders*, conductores de vehículos, periodistas, traductores, etc.)<sup>56</sup>. Y si bien es verdad que las mismas han generado no poco atractivo en determinados sectores de la sociedad (especialmente entre los más jóvenes y/o entre personas con mayores dificultades de acceso al empleo), ninguna duda cabe de que con ellas se ha incrementado el trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia) precario de manera exponencial. En la mayoría de las ocasiones, a costa de una intencionadamente equivocada (y, en todo caso, dirigida) reformulación del concepto de emprendimiento.

Clara muestra de cuanto se acaba de señalar lo constituye el actual debate suscitado (judicial y doctrinalmente) sobre la laboralidad o no de los denominados «*riders*» que prestan sus servicios profesionales para muy conocidas plataformas digitales y que, inicialmente, han accedido al mercado de trabajo bajo el paraguas del empleo autónomo o por cuenta propia. No quiere decirse con ello que respecto de cualquier prestación de servicios desarrollada a través de plataformas digitales haya de discutirse, siempre y en todo caso, la concreta naturaleza jurídica de la actividad subyacente. Antes al contrario, existen muchísimas plataformas digitales que operan en el ámbito de la economía colaborativa y que, por tal motivo, quedan perfectamente al margen de la aplicación del derecho del trabajo<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Sobre falsos cooperativistas, *vid.* la STS de 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016).

<sup>55</sup> A este respecto, el punto 1.6 del acuerdo de coalición de Gobierno suscrito entre el Partido Socialista y Unidas Podemos con fecha 30 de diciembre de 2019 («Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España») apuesta por impulsar la lucha contra el fraude laboral. Y, entre otras medidas, propone identificar «relaciones extralaborales que deberían articularse a través de contratos de trabajo, como, por ejemplo, falsos autónomos, falsos cooperativistas y falsos becarios». Sobre estos «falsos» trabajadores por cuenta ajena, *vid.* el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio de 2018).

<sup>56</sup> Ampliamente, sobre la problemática suscitada al respecto, *vid.*, por todos, Cavas (2019) y Todolí (2019).

<sup>57</sup> Piénsese, por ejemplo, en plataformas digitales de economía colaborativa tipo BlaBlaCar.

Ahora bien, el que en una determinada prestación de servicios intermedie una concreta plataforma digital en absoluto significa que la actividad subyacente desarrollada no pueda calificarse como trabajo por cuenta ajena.

Al final, y en tanto nuestra legislación se mantenga al margen, habrán de ser nuevamente los tribunales quienes (como ya están haciendo) confirmen *ad casum* la presencia o no en estos supuestos de personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>58</sup>. Con todo, y por más que la ajenidad y/o la dependencia sean objeto de un nuevo examen práctico, no parece que haya que modificar legislativamente las notas básicas que tradicionalmente han venido configurando la relación laboral. Cuestión distinta es que, desde todos los ámbitos implicados (y, muy especialmente, desde las Administraciones nacionales y/o supranacionales), haya de llamarse la atención sobre el claro riesgo de huida del derecho del trabajo y, en último término, indiscutible precarización que a la postre significan todas estas nuevas formas de prestación de servicios profesionales.

## 4.3. Propuestas

### 4.3.1. De carácter formal

Desde un punto de vista estrictamente formal, apenas si se puede añadir mucho. En todo caso no estaría de más que, también en esta materia, la nueva norma estatutaria contemplara un lenguaje más inclusivo desde la perspectiva de género. Así, de entrada, parecería más adecuado hablar hoy del ET por cuenta ajena, del ET dependiente o, mejor aún, del Estatuto de las personas trabajadoras. Sea como fuere, ninguna duda cabe que, al delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, el artículo 1.1 de la futura norma estatutaria (como también el resto de preceptos que la integren) deberá referir no ya a «trabajadores», sino más bien a «personas trabajadoras». En clara correspondencia con ello, y tal y como ya ha hecho en algunos supuestos el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, habrá de hablarse, igualmente, de «empresas» o «personas empleadoras» en lugar de «empleador o empresario».

Asimismo, desde una perspectiva estrictamente formal, sería recomendable la reordenación sistemática del contenido de determinadas disposiciones estatutarias. Por ejemplo, asignando una letra específica en el correspondiente precepto de la futura norma estatutaria a la exclusión de determinados transportistas (actualmente contemplada en el último párrafo del art. 1.3 g) ET de 2015) o reubicando la general exclusión del trabajo autónomo por cuenta propia (actualmente prevista en la disp. adic. primera ET de 2015) en el precepto entonces destinado a la exclusión de su ámbito de aplicación (actualmente, art. 1.3 ET de 2015).

<sup>58</sup> Aunque existe doctrina judicial en contrario, un análisis judicial reciente de la laboralidad del trabajo prestado a través de plataformas digitales puede consultarse en la muy importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de 2020 (rec. 1323/2019).

## 4.3.2. De carácter material

### 4.3.2.1. Mantenimiento de las notas «clásicas» de la laboralidad

Desde un punto de vista estrictamente material, lo primero que cabe plantearse es si, ante la presencia de nuevos retos y/o sobre la base de la incidencia del derecho social de la Unión Europea, es necesario reformular o no las notas «clásicas» de la laboralidad actualmente reflejadas en el artículo 1.1 del ET de 2015. Esto es, personalidad, voluntariedad, ajenidad (y, con ella, retribución) y dependencia. En este sentido, no faltan opiniones que abogarían por la configuración legal de una tercera vía conceptual que viniera a complementar la tradicional dualidad existente entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia<sup>59</sup>. No obstante esto último, y sin perjuicio siempre de mejor criterio, considero que no hay motivos suficientes para proceder a una reformulación legal de las citadas notas. Y ello en atención, entre otras, a las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, porque con la actual configuración legal del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia se ofrece cobertura conceptual a la práctica totalidad de las prestaciones de servicios que, de presente o de futuro, han de considerarse incluidas (o no) en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo.
- En segundo lugar, porque, como ha tenido ocasión de señalarse con anterioridad, la citada configuración legal ya es objeto de una constante (y muy cualificada) reinterpretación jurisprudencial que permite adaptarla de forma permanente a los muy numerosos desafíos que dimanan de la cambiante realidad social a la que aquella se dirige. Lo que se refiere, por supuesto, a la actual problemática suscitada sobre el trabajo a través de plataformas digitales.
- En tercer lugar, porque, como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente el TJUE, el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena no es unívoco, pudiendo responder perfectamente a muy distintos ámbitos jurídicos. No es de extrañar en este sentido que, precisamente para hacer frente a los nuevos intentos de huida del derecho del trabajo, avancemos hacia un concepto amplio de persona trabajadora por cuenta ajena.
- Y, en cuarto lugar, porque, tal y como ha podido comprobarse, en último término el legislador laboral tiene la facultad de configurar legalmente determinadas prestaciones de servicios como de carácter laboral (común o especial; con particularidades o sin ellas) o no. Competencia esta que, sin perjuicio de lo que en su caso pueda entender el TJUE, limita en mucho el debate doctrinal y/o jurisprudencial al respecto.

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, desde la Asociación de Trabajadores Autónomos se ha propuesto la creación de la figura del «trabajador autónomo económicamente dependiente digital». Al respecto, *cfr.* el siguiente enlace web: <<https://ata.es/>>.

Así las cosas, de cara a la elaboración de una futura norma estatutaria, se aboga aquí por mantener en lo fundamental la tradicional delimitación legal del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y, por ende, del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena. Bien es verdad que todo ello sin perjuicio, entre otras muchas, de las consideraciones que se realizarán a continuación.

#### *4.3.2.2. Reformulación conceptual por referencia a determinados colectivos (selección)*

El que, con carácter general, se opte aquí por mantener la tradicional delimitación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo en los términos previstos en estos 40 años de normativa estatutaria (interpretación jurisprudencial incluida) en absoluto significa que no parezcan oportunas ciertas reformulaciones conceptuales de carácter legal por referencia a las prestaciones de servicios llevadas a cabo por determinados colectivos. Todo ello, en atención a la ya citada capacidad que el legislador tiene para incluir o no dentro de aquel ámbito a quienes en cada momento histórico considere conveniente.

Por cuanto ahora interesa, el denominador común a todas estas reformulaciones conceptuales reside, en último término, en el ánimo de hacer frente al evidente riesgo de precarización que deriva de la exclusión legal de ciertas prestaciones de servicios del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. A buen seguro, otras muchas actividades profesionales merecerían igual consideración. No obstante, sin perjuicio de que jurisprudencialmente siempre es posible delimitar la naturaleza jurídica en cada supuesto subyacente, las que a continuación se indican son las que, en el estado actual de las cosas en nuestro país, aconsejarían su replanteamiento urgente:

- <sup>a</sup> Trabajo autónomo económicamente dependiente. Aunque legalmente excluido del ámbito de aplicación del derecho del trabajo (art. 1.2 d) LETA), la pervivencia del régimen jurídico vigente del trabajo autónomo económicamente dependiente resulta hoy en día discutible. En primer lugar, por el limitado impacto cuantitativo que esta figura tiene en la práctica<sup>60</sup>. En segundo lugar, y quizás esto sea lo más importante a los efectos que ahora interesan, por aplicación de la doctrina establecida por el TJUE a propósito del concepto de falso autónomo. Y es que, como tuvo ocasión de señalarse con anterioridad, el concepto de falso autónomo manejado por la jurisprudencia comunitaria no se limitaría, única y exclusivamente, al que pudie-

<sup>60</sup> Según la estadística ofrecida por la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, a fecha 30 de septiembre de 2019 existirían 9.055 autónomos económicamente dependientes del total de 1.978.541 autónomos personas físicas. Los datos pueden consultarse en el siguiente enlace web: [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm).

ra derivar de la constatación de situaciones potencialmente fraudulentas, sino que igualmente se extendería a situaciones de prestaciones de servicios (incluso legalmente autónomas desde el punto de vista del derecho nacional) comparables a las de los trabajadores por cuenta ajena<sup>61</sup>. Y qué decir tiene que ninguna duda cabe de que la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente se encuentra más próxima hoy al concepto de persona trabajadora por cuenta ajena que al de persona trabajadora por cuenta propia<sup>62</sup>.

Ciertamente, la construcción legal llevada a cabo al respecto en 2007 estuvo presidida por una muy buena intención<sup>63</sup>. No obstante, la realidad de las cosas nos demuestra que la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente no ha calado en nuestro país o, lo que es peor, no resulta del agrado de los clientes que cabría calificar de «principales», quienes, a lo que parece teniendo en cuenta los datos estadísticos, rechazarían la existencia de una vinculación contractual de este tipo<sup>64</sup>.

Ante la falta de inclusión en la LETA de una «presunción de tradibilidad», desde estas páginas se aboga por la incorporación legal de este colectivo al ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Si hace falta, incluso, mediante una ampliación conceptual de la nota de la dependencia, de tal manera que bajo la misma quepa amparar tanto la dependencia jurídica (ámbito de organización y dirección) como la económica (a partir o no de un determinado porcentaje). Muy especialmente, cuando los servicios profesionales se prestan para una única persona empleadora. Lo cual resulta plenamente coherente con los dos siguientes objetivos avanzados por la actual coalición de Gobierno: perseguir «el fraude de los falsos autónomos, prestando especial atención a las situaciones en las que los ingresos obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras procedan de un único cliente o empleador» y fomentar «la gradual equiparación de los derechos de este colectivo con los de los trabajadores por cuenta ajena»<sup>65</sup>.

- 2.<sup>a</sup> Colaboración familiar en el trabajo autónomo. Aunque prevista con carácter general (art. 1.3 e) ET de 2015 y párrafo segundo art. 1.1 LETA), la genérica exclu-

<sup>61</sup> STJUE de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-413/13). A este respecto, *vid.* nota 46, donde se recoge el considerando octavo de la Directiva (UE) 2019/1152.

<sup>62</sup> Al respecto, *vid. supra*.

<sup>63</sup> Sobre el particular, *vid.* Informe (2006).

<sup>64</sup> A este respecto adviértase que el orden social de la jurisdicción es competente para determinar si existe o no un trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 2 d) Ley reguladora de la jurisdicción social).

<sup>65</sup> Último párrafo punto 1.6 y punto 4.6 del acuerdo de coalición de Gobierno suscrito entre el Partido Socialista y Unidas Podemos con fecha 30 de diciembre de 2019 («Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España»).



sión de determinados familiares del ámbito de aplicación del derecho del trabajo no tiene en la actualidad mucho sentido. Entre otras cosas porque, como tuvo ocasión de señalarse en su momento, nada ha impedido que legalmente quepa considerar incluidos dentro del citado ámbito de aplicación a los descendientes de las personas autónomas menores de 30 años o discapacitados en determinados grados que convivan con ellos (disp. adic. décima LETA y art. 12.2 LGSS). Y si el precio a pagar por ello es carecer de la prestación contributiva por desempleo, nada que objetar al respecto<sup>66</sup>.

Si bien se mira, excluida la consideración de los ascendientes (los menos) y descendientes (los más), el perfil tipo del colaborador familiar es básicamente una mujer unida por vínculos de afectividad a la persona trabajadora autónoma que colabora con esta en muy diversas tareas<sup>67</sup>. Ello es especialmente así si, al margen de los datos estadísticos oficiales, a tal efecto tenemos en cuenta la más que probable bolsa de empleo sumergido que en nuestro país existiría sobre el particular<sup>68</sup>. Precisamente por ello, cualquier reformulación del trabajo familiar que pase por su inclusión en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo (con o sin prestación contributiva por desempleo) sería muy bienvenida. Sobre todo en lo que de reconocimiento del mismo supondría para cientos de mujeres que trabajan a la sombra de sus respectivas parejas autónomas. En todo caso, la ausencia de referencias legales a las uniones de hecho en un sentido u otro por contraposición a la general exclusión de las personas cónyuges no tiene justificación alguna<sup>69</sup>.

- 3.<sup>a</sup> Prácticas no laborales. En fin, en relación con las prácticas no laborales y/o becarios existe todo un entramado normativo que, con independencia de su mayor o menor protección por el sistema público de protección social, constituye uno de los ejemplos más paradigmáticos de la precarización del empleo joven en

<sup>66</sup> La limitación opera cuando se convive; no cuando no se convive o, cuando conviviendo, se demuestra la laboralidad. Al respecto, *cfr.*, recientemente, la STS de 12 de noviembre de 2019 (rec. 2524/2017).

<sup>67</sup> Según la estadística ofrecida por la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, a fecha 30 de septiembre de 2019 existirían 198.552 colaboradores familiares en alta en la Seguridad Social. De ellos, 88.299 serían varones y 110.253 serían mujeres. La gran mayoría (81,3 %) trabaja en el sector servicios, particularmente en el comercio y hostelería, que supone un 76,4 % de este sector. Los datos pueden consultarse en el siguiente enlace web: <[http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm)>.

<sup>68</sup> A este respecto, *cfr.* la disposición adicional vigésima sexta de la LGSS, que se refiere expresamente a los siguientes supuestos:

[...] supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado el alta en la Seguridad Social en el régimen que correspondiese [...].

<sup>69</sup> A propósito del reconocimiento de las uniones de hecho, bien que a otros efectos distintos de los que aquí interesan, *cfr.* la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

nuestro país<sup>70</sup>. Sin perjuicio de reconocer lo positivo que deriva de la concepción inicial de todo este entramado normativo, lo cierto es que el mismo se ha desnaturalizado con el tiempo<sup>71</sup>. Por todo ello resulta necesario reformular las prácticas no laborales de tal manera que se ajusten a los mínimos académicos imprescindibles, reconduciendo todo lo demás al ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

Precisamente en este mismo sentido, desde la coalición que integra el Gobierno de España se propone (incluyéndolo en el apartado dedicado a la contratación) la siguiente medida:

Revisión de los contratos formativos y aprobación y desarrollo del Estatuto del becario para que su uso responda a finalidades exclusivamente formativas. Impulsaremos la mejora de sus retribuciones y limitaremos el encadenamiento de periodos de prácticas y estableciendo un porcentaje máximo de becarios y becarias en las empresas<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> A este respecto, *cfr.* los abrumadores datos que ya en 2015 arrojó sobre nuestro país el Informe OECD (2015).

<sup>71</sup> Sobre la necesidad de regularizar la situación de las personas trabajadoras que cabría incluir en el concepto de falsos becarios, *vid.* el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio de 2018).

<sup>72</sup> Punto 1.5 del acuerdo de coalición de Gobierno suscrito entre el Partido Socialista y Unidas Podemos con fecha 30 de diciembre de 2019 («Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España»).

A los «trabajadores en prácticas», en cuanto potenciales afectados por el trabajo precario, se dirige, también, el considerando octavo de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Montero, A. (2018). «Yacimientos de falsos autónomos» más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 424, 113-132.
- Cavas Martínez, F. (2019). Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales. *Revista de Derecho Social*, 87, 65-89.
- Cavas Martínez, F. y Sempere Navarro, A. V. (2016). *Guía de jurisprudencia social unificada (1991/2015)*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Galiana Moreno, J. (1974). Jerarquía normativa y reducción ilegal del ámbito subjetivo del derecho del trabajo. Un estudio de la exclusión del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Notarías y otras oficinas similares. *Revista de Política Social*, 104, 35-54.
- Hernández Martínez, M. (2010). *El trabajador autónomo económicamente dependiente. Delimitación conceptual y ámbito de aplicación*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Informe. (2006). Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador autónomo. *Perspectivas del Sistema Financiero*, 86, 119-240.
- Luján Alcaraz, J. (2000). Las notas de laborabilidad. Una aproximación en clave jurisprudencial. *Aranzadi Social*, 5, 257-270.
- Molina Navarrete, C. (2020). [Retornos desde el contrato a la servidumbre \(¿voluntaria?\): cuatro relatos de lucha \(judicial\) contra la «condición precaria»](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 5-22.
- Montoya Melgar, A. (2011). Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones públicas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93, 13-46.
- Montoya Melgar, A. (2019). *Derecho del trabajo*. (40.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- OECD. (2015). *Skills Outlook 2015: Youth, skills and employability*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <[https://www.oecd-ilibrary.org/education/oecd-skills-outlook-2015\\_9789264234178-en](https://www.oecd-ilibrary.org/education/oecd-skills-outlook-2015_9789264234178-en)>.
- Rodríguez Cardo, I. A. (2009). Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo. Historia de una tortuosa coexistencia. En *El Estatuto básico del empleado público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 239-256). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2002). El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y comunitario. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 37, 37-60.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2017). El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea. *La Ley Unión Europea*, 50.
- Selma Penalva, A. (2007). *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Selma Penalva, A. (2013). *El régimen jurídico del trabajador económicamente dependiente: novedades legales y consideraciones prácticas*. Murcia: Laborum.
- Sempere Navarro, A. V. (1982). Ante una reducción ilegal del ámbito subjetivo del derecho del trabajo (La OM de 17 de noviembre de 1981 y los corresponsales no banqueros). *Revista de Política Social*, 135, 63-105.



- Sempere Navarro, A. V. (1986). Sobre el concepto del derecho del trabajo. *Civitas. Revista Española del Derecho del Trabajo*, 26, 181-208.
- Sempere Navarro, A. V. (Dir.). (2011). *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Todoí Signes, A. (2019). Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista. *Lan Harremanak*, 41, 17-41.
- Villa Gil, L. E. de la. (1969). En torno al concepto del derecho español del trabajo. *Revista de Trabajo*, 26, 103-118.
- Villa Gil, L. E. de la. (2000). El concepto de trabajador (art. 1.1). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 37-60.
- Villa Gil, L. E. de la. (2006). Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español. En M. C. Palomeque López e I. García-Perrote Escartín (Coords.), *Derecho del trabajo y Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil* (pp. 659-778). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Villa Gil, L. E. de la. (2010). El concepto de empresario-empleador en derecho del trabajo. En A. A. Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación* (pp. 13-41). Valencia: Tirant lo Blanch.

# Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores

**María Luisa Molero Marañón**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos*

## Extracto

En este estudio se abordan las claves principales que identifican al empresario laboral o empleador en el Estatuto de los Trabajadores (art. 1.2), desde una perspectiva evolutiva que comprende los 40 años de dicha norma estatutaria. Se han seleccionado los hitos que han afectado más a la propia identidad del empresario laboral, como sujeto parte del contrato de trabajo, prestando especial atención al ejercicio de los poderes empresariales. En primera instancia, se analiza la transformación producida a consecuencia de la generalización de las nuevas estrategias de organización empresarial que van a alterar el *modus operandi* de las notas de dependencia y ajenidad que permiten reconocer al empresario laboral. En segunda instancia, se examina el cambio profundo que se lleva a cabo en el sujeto empresarial fruto de las reformas laborales del bienio 2012-2013 en el ejercicio de los poderes empresariales, reforzando la posición de supremacía que va a ocupar en la relación de trabajo. Y, finalmente, el estudio aborda algunos de los nuevos retos que supone el entorno digital, centrándose en el cambio producido en las relaciones de trabajo a partir de los nuevos modelos de negocio productivo configurados con las plataformas digitales. Del estudio se obtiene la conclusión de que el empleador, hoy en día, es un sujeto con una fisonomía muy plural y variada en las relaciones laborales actuales que reclama una revisión normativa que integre como alternativa posible al empleador plural o coempleador, como sujeto parte del contrato de trabajo (art. 1.2 ET).

**Palabras clave:** empleador; poderes; flexibilidad; organización empresarial; plataforma digital.

Fecha de entrada: 17-01-2020 / Fecha de aceptación: 20-01-2020

**Cómo citar:** Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2020). Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 59-91.



# Keys and evolution of the concept of employee or employer in the 40 years of the Statute of Workers

María Luisa Molero Marañón

## Abstract

This study addresses the main keys that identify the employer in the Statute of Workers (art. 1.2), from an evolutionary perspective that includes 40 years of Statute of Workers. The most relevant milestones in the change of the entrepreneur concept have been selected. Special attention has been given to the employer, as the subject of the employment contract, and holder of the business powers. First, the transformation produced in the employer by the new business organization strategies is analyzed. Second, the change produced by the 2012-2013 labor reforms on business powers. These reforms reinforce the position of supremacy in labor relations. Finally, the new challenges of the digital environment, especially the changes in working relationships by digital platforms. From the study, the conclusion is that the employer is a subject with a very plural and varied physiognomy in current labor relations.

**Keywords:** employer; powers; flexibility; business organization; digital platform.

**Citation:** Molero Marañón, M.<sup>a</sup>L. (2020). Keys and evolution of the concept of employee or employer in the 40 years of the Statute of Workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 59-91.





## Sumario

1. Los rasgos legales que identifican la noción premeditadamente abierta de empresario laboral
2. La transformación silenciosa de la noción de empresario laboral por obra de las nuevas formas de organización empresarial
3. La repercusión de la reforma laboral de 2012 en el reforzamiento sin precedentes de la posición del empresario como sujeto titular de los poderes empresariales
  - 3.1. La facilitación de la flexibilidad de entrada y de salida del mercado español de trabajo
  - 3.2. La potenciación de la flexibilidad interna en pro del interés empresarial
  - 3.3. El debilitamiento del derecho de negociación colectiva a favor del incremento del poder directivo empresarial
4. La problemática del concepto de empresario laboral en el entorno digital: una aproximación al cambio en las plataformas digitales

Referencias bibliográficas

## 1. Los rasgos legales que identifican la noción premeditadamente abierta de empresario laboral

La Constitución española (CE) y la aprobación del primer Estatuto de los Trabajadores (ET) supusieron un cambio fundamental en el concepto de empresario, puesto que en la Carta Magna se reconoce la libertad de empresa como derecho constitucional (art. 38 CE), dejando atrás la concepción comunitaria de la empresa. La aprobación del primer ET conduce, pues, a la desaparición del concepto patrimonialista del empresario, fijando un concepto contractualista del mismo (Desdentado, 2006, p. 59).

De este modo, el ET de 1980 configura una definición legal de empresario laboral que, prácticamente sin modificaciones, permanece hasta el día de hoy, vinculando el concepto esencialmente al sujeto del contrato de trabajo (arts. 1.2 y 8.1 ET). Como se sabe, el concepto diseñado constituye una noción refleja o traslativa de la noción de trabajador asalariado (art. 1.1 ET) (Camps, 1990, p. 39), puesto que su identidad se construye a partir de su reconocimiento, resultando que, en esta primera época, quien centra la atención del derecho del trabajo es la figura contractual del asalariado. En efecto, la regla estatutaria identifica al empresario o empleador como el sujeto que recibe la prestación de servicios de una persona con las notas que define la laboralidad en el primer precepto del ET (art. 1.2 ET).

Particularmente, son los rasgos de la dependencia y de la ajenidad los que distinguen su trabajo, otorgando la condición de empresario laboral a quien se beneficia de su prestación o de su utilidad patrimonial, por una parte, y dirigiendo y organizando dicha prestación de servicios, por otra, al incluirse dentro de su círculo rector y disciplinario. Por tanto, ineludible a la posición de empresario es la atribución de los poderes de dirección, organización y disciplinario frente al personal laboral de la empresa (art. 20 ET). Desde esta perspectiva, y como indica Valdés, la titularidad y el ejercicio del poder de dirección empresarial es «el auténtico nervio de la posición jurídica del empresario», que no es solo un principio de orden dogmático, sino que se trata de «una regla de orden público normativo, que los ordenamientos jurídicos se han cuidado tradicionalmente de preservar» (1993, p. 29).

Consecuentemente, dicha definición legal provoca una interrelación ineludible entre ambos sujetos, cuyo estudio difiere en función de cuál sea el centro de atención: cuando se aborda su estudio desde la perspectiva de la condición de empresario, se ha de centrar su atención en identificar al sujeto receptor de dicho trabajo, mientras que cuando de lo que se trata es de determinar la presencia de un trabajador asalariado, se ha de enjuiciar su existencia desde la perspectiva de la prestación de trabajo. En cualquier caso, sí se ha de indicar en estas consideraciones introductorias que el interés doctrinal sobre el concep-



to de empresario en la primera etapa de aprobación del primer ET de 1980 fue realmente escaso, puesto que el derecho del trabajo estaba forjando sus pilares esenciales en torno a la noción de trabajador asalariado y de sus representaciones, comenzando a sentar sus bases en el nuevo orden constitucional, pudiendo, incluso, advertir su práctica irrelevancia como objeto de estudio.

Al margen de lo anterior, cabe destacar que, desde un principio, la legislación laboral quiso establecer un concepto autónomo de empresario, que lo diferenciara del utilizado en otras ramas del ordenamiento que centran su atención mucho más en dicho sujeto (derecho mercantil, fiscal, etc.). Además, su definición ponía de relieve, al menos en esa primera época, que el interés fundamental que ostentaba el empresario para la disciplina era como sujeto principal centro de imputación de las normas jurídicas que integran la legislación laboral. Como indica Cruz, «la persona del empleador, como sujeto del contrato de trabajo, constituye una figura instrumental, a efectos de imputación de responsabilidades y correlativa atribución de facultades jurídicas» (1999, p. 35).

Por ello, el enunciado legal no se ha caracterizado por una definición positiva y precisa del término, sino que el legislador optó por una definición deliberadamente abierta, que no quiere restringir en función de algún rasgo predeterminado que pudiera condicionar su reconocimiento como sujeto obligado por la normativa laboral. Ello ha provocado que nos encontremos ante un precepto especialmente resistente al cambio normativo, habiendo sufrido solamente en estos 40 años una única modificación en 1994. Dicha inmutabilidad es especialmente llamativa si tenemos en cuenta las profundas transformaciones que ha sufrido el modelo empresarial y las formas de organización del trabajo, que se ha vuelto progresivamente complejo, desde que se aprueba el ET de 1980 hasta nuestros días, y, sin embargo, como se verá, ha podido ser integrado –no sin dificultades– dentro de la definición originaria del concepto de empresario, al resultar tan laxa en su identificación.

En efecto, el modelo de empresa predominante con el texto originario poco tiene que ver con el actual, habiendo voces que reclaman una reforma normativa, al haberse quedado superado el concepto. Bajo nuestro punto de vista, y como se desarrollará, el precepto reclama una modificación, pero los presupuestos esenciales en los que descansa la definición siguen siendo válidos, precisamente por su carácter amplio y genérico apoyado en las nociones de ajenidad y dependencia consustanciales a la laboralidad de la relación de trabajo, que resultan cualidades en cambio permanente, pero no en desuso, como indicadores nucleares para el reconocimiento de los sujetos del contrato de trabajo. Así, empresario, según el artículo 1.2 del ET, puede ser cualquier «persona física, jurídica o comunidades de bienes» sin ningún tipo de atributo jurídico que lo condicione como centro de imputación de los deberes, obligaciones y responsabilidades que le impone la legislación laboral, una vez se erija en sujeto receptor de una prestación laboral.

Consecuentemente, se admite cualquier sujeto con independencia de su ropaje o configuración jurídica, aceptándose tanto a las entidades de derecho privado como de derecho

público, incorporándose a la noción el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales, los organismos autónomos, así como las empresas públicas. Asimismo, el empleador como entidad privada puede ser una sociedad civil o mercantil, una asociación o una fundación, sociedades anónimas o colectivas, cooperativas o sociedades laborales, al no exigirse ninguna finalidad concreta o predeterminada a la titular de la organización productiva. En consecuencia, se admite el empresario que tiene como objetivo tanto una finalidad estrictamente empresarial o no, como un partido político o un sindicato, como una finalidad lucrativa, o una distinta o no lucrativa, como organizaciones benéficas, comunidades de propietarios u hogares familiares, puesto que el dato relevante es que se erija en sujeto receptor de la prestación laboral de un trabajador.

En tal sentido, es importante destacar que la definición de empresario laboral o empleador no se debe confundir con la noción de empresa, que es un concepto muy interrelacionado con el de empresario laboral, pero que no tiene necesariamente que coincidir con el mismo. La noción de empresa no se encuentra acuñada directamente en las reglas estatutarias, pero se deduce de varios preceptos del ET, y es, sin duda, más exigente en su identificación.

A la luz del artículo 43 del ET, se establece que una empresa es real y no meramente aparente cuando tenga una «actividad», «una organización propia y estable» y «cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad» (art. 43.2 ET); asimismo, el artículo 44 del ET concibe la empresa, como cualquier entidad económica, «como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio» (art. 44.2 ET). Dicha diferenciación entre empresa y empleador se desprende incluso del propio tenor del artículo 43 del ET, cuando establece que se podrá incurrir en una cesión ilegal, habiendo una empresa real, siempre que «no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario» (art. 43.2 ET). Por tanto, y como se ha dicho con razón, el concepto de empresario laboral o empleador es un concepto autónomo distinto del concepto económico de empresario que hace referencia al titular de una empresa (Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2019, p. 230).

Dicha indiferencia del legislador sobre los rasgos del empresario laboral no significa que realmente no interesen al derecho del trabajo sus cualidades. Por el contrario, se ha de destacar que hay dos cualidades o rasgos del empleador –y en este caso también de la empresa– que condicionan el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales que se desenvuelven bajo su ámbito de aplicación. En primera instancia, su actividad u objeto social, que servirá para discernir el sector productivo o rama de actividad a la que se dedica la empresa, que determinará el producto convencional aplicable. En segundo lugar, la dimensión de la empresa, medida en nuestra disciplina a partir del número de trabajadores empleados, que va a condicionar la aplicación de todo un conjunto de normas laborales, tanto de carácter individual (arts. 40.1, 41.3 y 52 c) ET) como colectivo (entre otros, arts. 62 y ss. ET). A este respecto, no podemos dejar de mencionar que en nuestro tejido productivo priman las empresas de reducidas dimensiones (menos de 50 trabajadores), habiendo una presencia generalizada de microempresas (menos de 5 o como máximo 10), siendo el

tratamiento que les otorga la legislación laboral igualitario al de la empresa de mayores dimensiones y a la gran empresa, como sujeto obligado frente al asalariado en el contrato de trabajo, con la excepción de las medidas más drásticas de reestructuración de flexibilidad interna y del despido económico. En efecto, el reconocimiento de la posición del empresario laboral puede ser la misma, o al menos no distar en exceso; ahora bien, su identificación como centro de imputación de la normativa laboral debería graduarse en mucha mayor medida, puesto que la relación laboral se desenvuelve bajo parámetros muy distintos.

Una vez puestos de relieve los rasgos que identifican el concepto de empleador, no podemos dejar de mencionar que dicho estudio va a adoptar una perspectiva evolutiva. Y ello, puesto que, como figura en el título de este trabajo, se trata de realizar un balance de lo sucedido a lo largo de los 40 años que el ET cumple este año 2020. Pese a la práctica inamovilidad legal del precepto directamente regulador (art. 1.2 ET), lo cierto es que dicha noción ha sufrido profundos cambios en el transcurso de dicho periodo y su fisonomía es sustancialmente distinta en el contexto actual de las relaciones laborales.

Desde este enfoque, se han seleccionado los hitos que, a nuestro juicio, han afectado más a la propia identidad del empresario laboral como sujeto parte del contrato de trabajo, prestando especial atención al rasgo que en positivo lo cualifica en mayor medida, cual es el ejercicio de los poderes empresariales. Consecuentemente, en primera instancia, se analiza la transformación producida a consecuencia de la generalización de las nuevas estrategias de organización empresarial que van a alterar la forma y el *modus operandi* de las notas de dependencia y ajenidad que permiten reconocer al empresario laboral. En segunda instancia, se examina el cambio profundo que se lleva a cabo en el sujeto empresarial fruto de las reformas laborales del bienio 2012-2013 en el ejercicio de los poderes empresariales, reforzando la posición de supremacía que va a ocupar en la relación de trabajo. Por último, el estudio finaliza abordando algunos de los nuevos retos que supone el entorno digital en el que se integra la empresa, centrándonos, de manera particular, en los cambios producidos a partir de los nuevos modelos de negocio productivo configurados con las plataformas digitales, que han suscitado nuevos (o viejos) interrogantes, poniendo en cuestión la propia noción de empresario-empleador al que se dedica este estudio, por las variaciones sufridas en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

## 2. La transformación silenciosa de la noción de empresario laboral por obra de las nuevas formas de organización empresarial

En la última década del siglo XX comienza a fraguarse un cambio profundo del entorno económico y productivo que va a dar lugar a las nuevas formas de organización del trabajo con consecuencias decisivas en la noción de empresario laboral, al provocar una transformación crucial en la posición empresarial en las relaciones de trabajo. Indudablemente,

dicho cambio afecta de forma determinante a nuestro campo de estudio, pero no se abordará con el detalle que se merece, puesto que ocupa el interés de uno de los trabajos de este monográfico. Consecuentemente, se analizará desde una perspectiva específica que no se puede soslayar en el tratamiento del concepto de empresario laboral o empleador. En concreto, se abordarán los denominadores comunes a dichos fenómenos de colaboración empresarial que repercuten en la identificación del sujeto empresarial y, de modo especial, en el ejercicio de los poderes empresariales inherentes a dicha condición. En un esquema de síntesis, se puede afirmar que dichas nuevas y variadas fórmulas van a desembocar en la normalización del fraccionamiento de los procesos productivos, puesto que, como indica Valdés, «en la economía moderna la colaboración o cooperación entre empresas para la consecución de un fin productivo ha dejado de ser un supuesto excepcional, para formar parte de la propia idiosincrasia de la economía del siglo XXI» (2001, p. 82).

En cualquier caso, se ha de destacar que su proliferación provocó una revalorización del estudio sobre el concepto de empresario en su dimensión laboral, siendo varios los autores que defendieron la necesidad de centrar la atención en el concepto de empleador (Cruz, 1999; Fernández, 2004; Molero, 2001b). En particular, sería la obra colectiva dirigida por Rodríguez-Piñero sobre el empleador en el derecho del trabajo (1999) el punto de partida para que a finales de los años noventa y en los inicios del nuevo siglo comenzara a visualizarse el creciente interés por el otro polo subjetivo del contrato de trabajo, al que el legislador y la doctrina habían silenciado, siendo los tribunales de lo social los que se habían enfrentado a la práctica cada vez más común de la disociación de las facultades que acompañan a la condición de empresario en distintos sujetos empresariales. De esta forma, estaba resultando un fenómeno imparable que daba lugar a estrategias empresariales cada vez más aparatosas jurídicamente, que tenían un efecto directo en el desarrollo de la relación de trabajo, dando lugar en esta década a estudios que abordaron dicha problemática de elevado impacto en la disciplina laboral (Desdentado, 2006; López, 2007; Sanguinetti, 2009).

Y es que no se puede pasar por alto que la globalización de la economía, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la extensión del sector servicios provocarán una transformación esencial en la propia organización de las estructuras empresariales «que tendrá una repercusión directa en el empresario como parte del contrato de trabajo, y en el funcionamiento de las instituciones jurídicas que toman necesariamente como elemento referencial a la persona del empleador» (Cruz, 1999, p. 38), provocando que el reconocimiento de la ajenidad y de la dependencia jurídica adquiriera tintes distintos. En suma, se estaba dejando atrás el modelo fordista de organización del trabajo centralizado y autosuficiente para dar entrada a una empresa que reduce su dimensión, por una parte, pero intensifica las relaciones de coordinación con otras estructuras empresariales, siendo una empresa eminentemente dependiente. El modelo de la gran empresa integrada verticalmente, y jerárquicamente dirigida, es un modelo rígido que no se adapta bien a las cambiantes circunstancias de la nueva economía, caracterizada por una mayor incertidumbre y una más intensa competencia, tanto interior como exterior.

De esta forma, por una parte, se generalizan las técnicas de descentralización productiva, desarticulando la estructura tradicional, cediendo parte de las actividades que integran su ciclo productivo a otras empresas autónomas, dando lugar a la imparable proliferación de las contratas y subcontratas, bajo las cuales se esconderán con relativa frecuencia operaciones de cesión de trabajadores, con fórmulas cada vez más complejas de ingeniería jurídica. Por otra parte, en la década de los noventa se legalizarán las empresas de trabajo temporal (ETT), admitiéndose jurídicamente la cesión lícita de trabajadores (Ley 14/1994 –LETT–) y comenzando a pujar con intensidad, también, la denominada «empresa red». De este modo, las nuevas organizaciones productivas reducirán los costes fijos de plantilla y controlarán en mayor medida el factor trabajo, aminorando los riesgos y ganando en capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias que exige un mercado más competitivo e internacionalizado, al descentralizar no solamente parte de la actividad productiva, sino también a los trabajadores ocupados en la misma, que pasan a depender de una empresa distinta. Así, se impondrá un modelo descentralizado de la actividad empresarial, abandonando el modelo empresarial centralizado y autosuficiente que llegará hasta nuestros días, en el que harán acto de presencia las empresas multiservicios, que producirán problemas adicionales en la identidad del empresario laboral<sup>1</sup>.

Por otro lado, junto a estos procesos de externalización o interrelacionados con ellos, se producirán simultáneamente fuertes fenómenos de concentración empresarial, de naturaleza multiforme, que conducirán a la multiplicación de los grupos de empresas, bajo cuya diversidad de fórmulas se encuentran sociedades independientes jurídicamente desde un punto de vista formal, pero que realmente constituyen una unidad empresarial desde la óptica económica que revela un proyecto empresarial común. A este respecto, y como indicará en su momento Monereo, «el grupo de empresas o empresa de grupo aparece como el modelo-tipo de empresa flexible contemporánea» (1997, p. 14). De nuevo, la justificación principal del nacimiento y expansión de los grupos viene determinada por la búsqueda de fórmulas de actuación flexible en los procesos de concentración empresarial, con vistas a asegurar la adaptabilidad al cambio en su funcionamiento interno y hacia el exterior (Molina, 2000, p. 166).

Todo lo anterior, descrito en esquema de síntesis, va a provocar, a los efectos que ahora concierne, varias consecuencias sobre las que me interesa detenerme. La primera es que, bajo fórmulas contractuales cada vez más intrincadas jurídicamente, en ocasiones, lo que se pretende es crear empresas ficticias o aparentes, sin estructura organizativa propia y actividad real, cuyo objetivo fundamental es eludir la condición de empresario laboral, y las cargas y obligaciones que conlleva frente a los trabajadores a su cargo en la legislación laboral (Martínez, 1992), produciéndose la huida de la condición de empresario, traspasando dicha posición jurídica a cualquiera que la acepte por un precio determinado. Como afirmara hace ya tiempo Rodríguez-Piñero, «el intento de elusión de la condición de empleador es un viejo conocido del derecho del trabajo» (1992, p. 86), dificultándose su

<sup>1</sup> Vid. Monereo (2018, pp. 236 y 260).

localización jurídica tras estos nuevos modos de organización empresarial, que, en ocasiones, están faltos de transparencia y seguridad jurídica para el personal que trabaja en estos medios organizativos.

De otra parte, dichas fórmulas de estructuración empresarial se traducirán en la extensión incontrolada de las relaciones triangulares, bajo cuyas diversas tipologías resulta común que una empresa o empresas ajenas al contrato de trabajo intervengan de manera principal en la suerte y destino de los trabajadores contratados por una empresa distinta. Y ello es así, porque dichas relaciones de colaboración empresarial producen la consecuencia común de que cada vez sea más frecuente que los trabajadores asalariados contribuyan con su prestación laboral a un proceso productivo que no es el propio de la empresa contratante, poniendo en tela de juicio la acepción tradicional o clásica de la ajenidad, en el que el empresario laboral o empleador es precisamente el sujeto que recibe los frutos o la utilidad patrimonial de la prestación de servicios del asalariado. En las hipótesis del trabajo en contratas, así como en el marco de las ETT, parece claro que tanto la empresa principal o contratista y la subcontratada como la ETT y la usuaria son destinatarias ambas del beneficio que reporta la prestación del trabajador por cuenta ajena contratado por la ETT y la subcontratada, respectivamente. Igualmente, ello sucede con cierta frecuencia en los grupos de empresa en los que los asalariados desempeñan su prestación laboral de forma simultánea o sucesiva para distintas empresas del grupo, rebasando el ámbito organizativo de la empresa con la que mantienen el vínculo contractual.

La respuesta que tradicionalmente ha atribuido el derecho del trabajo a esta implicación del trabajador con su prestación laboral en una empresa con la que no mantiene el contrato de trabajo ha sido la atribución de responsabilidades frente a las obligaciones laborales y de Seguridad Social, con distintas intensidades (solidaridad y, en su caso, subsidiariedad) (art. 42.2 ET y 16.3 LETT), resistiéndose a atribuirles cualquier efecto que pudiera afectar a la identidad del empresario laboral, posibilitándose la figura del empresario complejo (Martín, 2018, p. 1.128; Pérez, 2010, p. 49). El empleador de estos asalariados continúa siendo únicamente el empresario que celebra el contrato de trabajo, pese a que el sujeto receptor de su trabajo, beneficiario de su prestación, resulta ser más de un empresario. Dicha recepción fundamenta y justifica la extensión de las responsabilidades a empresas distintas de la contratante –empresa principal y usuaria–, puesto que dichos asalariados contribuyen con su esfuerzo laboral a su proceso productivo.

Igualmente, ello se puede producir en determinados tipos de redes empresariales (Sanguinetti, 2016, pp. 41 y ss.) o en los grupos de empresa calificados como patológicos, a los que la jurisprudencia desde los años noventa impuso la extensión de las responsabilidades al conjunto de las empresas del grupo, como si se tratara de una única empresa, reservándose dicha calificación en los casos en que existía un fraude o abuso de la personalidad jurídica, que, entre otras razones, pretendía el ocultamiento o la dispersión del verdadero empresario. Uno de los factores esenciales para reconocer la ampliación de responsabilidades venía determinado por la prestación de trabajo indistinta, simultánea o sucesiva por

parte de los trabajadores en favor de varias de las empresas del grupo, difuminándose, una vez más, la ajenidad entre varias de las empresas del grupo (Baz, 2002, p. 195).

Ahora bien, dicha indiferencia de la ajenidad para la identificación del empleador provocó que el criterio de la dependencia o subordinación jurídica adquiriera una mayor trascendencia para el reconocimiento de la posición empresarial en el caso de los procesos de descentralización productiva, cuya presencia se convertirá en una de las notas determinantes para excluir la calificación de ilegalidad de la operación y determinar la condición de empresario laboral o empleador, siempre que, claro está, nos encontremos ante empresas reales (art. 43.2 ET). La determinación de la empresa frente a la que el trabajador mantiene la dependencia o subordinación jurídica en su prestación laboral va a resultar la pieza clave para adjudicar la condición de empresario del trabajador (Molero, 2006, p. 57). Como ha indicado la jurisprudencia desde hace ya años, la licitud del negocio jurídico y la exclusión de la cesión ilícita se harán depender de la «doctrina del empresario efectivo», o, en los términos del Alto Tribunal, cuando la empresa contratista «asume la posición de empresario o empleador respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición» (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 30 de mayo de 2002, rec. 1945/2001). Y en dicha hipótesis, la contrata será auténtica cuando los trabajadores se mantengan «dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador» (STS de 25 de octubre de 1999, rec. 1792/1998).

Debemos advertir que dichas relaciones de colaboración empresarial van a afectar al modo de plasmación del criterio de la dependencia, en la medida en que el trabajador se integra en un ámbito empresarial de organización que no es el propio de la empresa contratante, resultando más habitual que ciertos poderes de organización y, en su caso, de dirección se ejerzan por personal de empresas distintas a la contratante, o estén directamente condicionados por ellas (Fernández, 2004, p. 41). Desde esta perspectiva, resulta casi impensable considerar que, cuando los asalariados se incorporan en un ámbito de organización empresarial distinto al del empresario contratante, los poderes de mando de este último empresario no afecten a la gestión ordinaria de las relaciones de trabajo en aspectos tan cotidianos como la organización de los tiempos de trabajo y descanso, las medidas de prevención de riesgos laborales o los que inciden en el ejercicio de los poderes de control y vigilancia del personal que participa en su proceso productivo. Indudablemente, resulta muy común que el ejercicio de los poderes de dirección se disperse ante la presencia de una pluralidad de centros de decisión empresarial, llegándose a aludir a la «crisis del concepto del poder de dirección, a la necesidad de su revisión en el modo de su ejercicio o, incluso, a su profunda transformación» (López, 2018, pp. 24-25).

Con cierta frecuencia, la autonomía del empresario se desvanece con dichas fórmulas de colaboración empresarial, siendo sus decisiones también frente al personal de la empresa fruto de un poder empresarial de decisión distinto a la contratante que lo ejercita de forma directa o indirecta, produciéndose interferencias de empresas extrañas al vínculo contrac-

tual en las prerrogativas inherentes al poder de dirección empresarial, que, no se puede obviar, identifica, como ningún otro rasgo en positivo, al concepto de empresario laboral. Desde esta perspectiva, y como indica Desdentado (2006, p. 76):

Las nuevas formas de organización empresarial alteran el juego de los criterios de calificación de la laboralidad de una relación contractual, pudiendo crearse incluso un conflicto entre ellos, cuando el que dirige la prestación no es el que retribuye, o cuando el que se apropia del trabajo no es el que tiene el poder de dirección.

Como se sabe, solamente en el marco de las ETT se admite como lícita la disociación de los poderes empresariales entre la ETT y la empresa usuaria, aceptándose por el legislador que una empresa distinta de la contratante pueda ejercer los poderes de dirección y control frente a trabajadores de otra empresa, sin que ello implique la asunción de la condición de empleador (art. 15.1 LETT). En cualquier caso, dicha regla legal ha de concebirse de naturaleza excepcional en el panorama de la legislación laboral, puesto que acepta desde la ley la presencia compartida del rasgo de la subordinación jurídica frente a dos empresas, constituyendo la justificación de que el ET se vea modificado en la definición del concepto de empleador en el año 1994 (art. 1.2 ET). Se trata de la única reforma que se origina en la definición legal de empresario (art. 1.2 ET), precisamente para excluir su condición a la empresa usuaria y conferirse en exclusiva a la ETT, pese a que los trabajadores cedidos mantienen una subordinación o dependencia jurídica con ambas empresas, que ejercen de forma compartida los poderes empresariales<sup>2</sup>.

En suma, como se ha indicado, las cualidades de la ajenidad y la dependencia adquieren un significado o unos matices distintos en función de las relaciones de colaboración empresarial que influyen directamente en el desarrollo de las relaciones de trabajo que se desenvuelven en su seno, dejando a un lado los supuestos en los que existe una ocultación o un fraude en la posición empresarial que se localiza prioritariamente a través del rasgo de la dependencia (cesión ilegal y grupos patológicos), siendo la respuesta común la extensión de responsabilidades. No obstante, y aun cuando el legislador no lo quiera admitir, parece claro que dichas relaciones de coordinación entre una pluralidad empresarial provocan efectos decisivos en la ejecución de las relaciones laborales que inciden abiertamente en el concepto de empresario-empleador, puesto que resulta un lugar común que sean varios los empresarios beneficiarios del esfuerzo laboral de trabajadores procedentes de distintas empresas que participan de un proyecto conjunto y que, además, dichos empleadores ejercen de forma compartida los poderes de dirección y organización frente a dicho personal. Y es que, como indica Cruz, se produce «una cierta desmembración del poder de dirección», de manera que este viene a ser «ejercido de forma plural entre las diversas empresas que establecen relaciones de cooperación en la ejecución del ciclo productivo» (2005, p. 332).

<sup>2</sup> *Vid.*, en detalle, Molero (2001a, pp. 19 a 35).



Indudablemente, los poderes de dirección se alteran en su ejercicio frente a las nuevas formas de organización del trabajo, pese a que las normas de la legislación laboral continúan asentadas en sus postulados tradicionales, defendiendo la presencia de un empresario único, cuando la realidad de la prestación laboral desmiente dicha unicidad. En este sentido, la definición de empresario laboral o empleador debería reformarse, acoplándose a esas realidades empresariales que implican a un empresario plural o complejo, sin necesidad de ligar su reconocimiento a una situación patológica o de fraude, sino a un uso fisiológico de las fórmulas de cooperación empresarial que se arbitran al amparo del artículo 38 de la CE. Como se ha dicho con razón, «la bilateralidad característica del contrato de trabajo se mantiene en el momento de su concertación, pero desaparece o se difumina en su fase de ejecución» (Martín, 2018, p. 1.119). Dicha admisión implícita del concepto plural de empresario laboral se ha dejado sentir de manera reciente, en sede judicial, no legal, en la evolución sufrida en el reconocimiento del grupo de empresas que definitivamente ha podido ser reconocido, sin necesidad de vincularlo al fraude o al uso abusivo de la personalidad jurídica, que queda limitado a los grupos patológicos.

A los efectos que ahora interesa, es de suma trascendencia para el propio avance del concepto de empresario laboral o empleador que se haya considerado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS) que la «empresa de grupo» o «empresa grupo» puede estar encajada en la definición que el artículo 1.2 del ET establece respecto a la figura del empleador, cuando se acredita en el seno del grupo un funcionamiento laboral unitario. Este concurre, entre otros factores, cuando la prestación de trabajo de los asalariados es indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias del grupo. De esta forma, la confusión de plantillas implica que el conjunto de las empresas del grupo se apropia de los resultados o frutos de la prestación laboral de los trabajadores, y estos se insertan en el ámbito organizativo del grupo, siendo dicha pluralidad empresarial quien organiza y dirige su prestación con un sistema de gobierno unitario. En dicha hipótesis, estaremos «ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria» (STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014).

En tal sentido, es importante también recoger el razonamiento formulado por el voto particular a dicho pronunciamiento judicial, que incide en el concepto de empleador, indicando que:

[...] cuando [...] varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinando sus actividades sin ocultación de ningún tipo y recibiendo en común los rendimientos o frutos del trabajo por cuenta ajena que redundan en beneficio común, debe entenderse que constituyen en común el «verdadero empresario» de los correspondientes trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el artículo 1 ET y sin necesidad de acudir a la normas civiles del fraude de ley o del abuso de su derecho, pues su conducta, ni es, ni debe considerarse abusiva, ni fraudulenta, ni patológica.

En definitiva, tras estas estrategias respaldadas por la libertad de autoorganización empresarial (art. 38 CE), se altera la dinámica del contrato de trabajo, estando en juego el rico y permanente debate sobre la propia configuración de la relación laboral, y de los sujetos que la integran, que depende decisivamente de la presencia de los rasgos de ajenidad y dependencia, que, ante las nuevas formas de organización empresarial plenamente asentadas en nuestro tejido productivo, deben dejar de identificarse solo con la empresa que celebra el contrato de trabajo, para reconducirse a una pluralidad empresarial como alternativa posible y común que debería ser recogida en la regla estatutaria como el empleador real (arts. 1.2 y 8.1 ET), sin que baste la tradicional fijación de extensión de responsabilidades empresariales ante hipótesis de incumplimiento empresarial. La respuesta de la legislación laboral debe ser más amplia y extensa, como *de facto* se está produciendo de manera creciente en determinados ámbitos de actuación, como en los procesos de reestructuración empresarial en la valoración causal en el grupo (art. 4.5 RD 1483/2012), o en el ámbito de la negociación colectiva entre empresas vinculadas o en el seno del grupo (art. 87.3 b) ET), o en el marco de la prevención de riesgos laborales (art. 24.1 Ley de prevención de riesgos laborales), por citar algunos de los exponentes más relevantes en los que se da entrada en el régimen jurídico de aplicación a una empresa plural o conectada.

Ahora bien, resultaría deseable que ya próximos al primer cuarto del siglo XXI se abordara un tratamiento legal transversal, y no parcelado, que reconozca la posibilidad del empresario plural o complejo, sin reticencias o reservas, en el desarrollo de las relaciones de trabajo en un contexto de normalidad productiva. Dicha alternativa no se producirá en todo caso. Lo determinante será que la relación de colaboración empresarial influya decisivamente en el ejercicio de la posición propia del empleador y de sus poderes, repercutiendo directamente en el artículo 1.2 del ET, dejando a un lado los supuestos de interposición fraudulenta de la condición de empleador que ya tienen un tratamiento normativo propio (art. 43 ET). De esta forma, el ET se haría eco de la complejidad que reviste en la actualidad la condición de empleador, erigiéndose en el centro de imputación normativa del conjunto de los derechos, deberes y obligaciones que acompañan dicha posición jurídica.

### **3. La repercusión de la reforma laboral de 2012 en el reforzamiento sin precedentes de la posición del empresario como sujeto titular de los poderes empresariales**

La evolución del concepto de empresario laboral no quedaría perfilada en estos 40 años si no se aludiera a la revalorización que ha sufrido en las relaciones de trabajo a raíz de la grave crisis económica padecida en nuestro país, con las alarmantes cifras de desempleo, que condujo a la gran reforma laboral de 2012 operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. Según dicha reforma, la rigidez de nuestro mercado de trabajo, derivada de las reglas jurídicas que lo regulaban, resultaba una de las responsables principales de la grave pérdida de empleo (exposición de motivos

Ley 3/2012), provocando la necesidad de una modificación de tal envergadura que afectó de forma crucial al conjunto del ET al considerar que el modelo laboral español resultaba insostenible. Indudablemente, uno de los efectos principales que trajo consigo la reforma fue la ruptura manifiesta en el equilibrio del modelo de relaciones laborales, al enfatizar los poderes empresariales hasta límites hasta el momento desconocidos (Escudero, 2013, p. 69). Como se detallará a continuación, el camino de dichas reformas de la crisis ahondó en el desequilibrio de la situación de desigualdad de origen entre empresa y trabajador a favor del polo empresarial, confiriendo una mayor libertad de actuación al poder del empresario, que condujo a que el asalariado y sus representaciones quedaran en una posición de mayor vulnerabilidad. Producto de dichas modificaciones legales, al empresario se lo situó en una posición de supremacía en las relaciones de trabajo, en una situación que no conoce precedentes en el modelo posconstitucional, despojando al asalariado de derechos arraigados en su estatuto jurídico, resultando en su conjunto como un sujeto controlado y dominado por la defensa de la productividad de la organización y por el interés de empresa, de una forma mucho más intensa que en el ordenamiento laboral anterior a la crisis económica.

En efecto, el contexto económico y del empleo ha variado sustancialmente desde el año 2014, consolidándose la recuperación en el año 2015, que, sin embargo, no ha generado los resultados deseados en el empleo, que ha crecido sustancialmente, pero que ha derivado en un trabajo de muy baja y preocupante calidad. En este estudio no se pueden abordar los efectos que provocó la reforma laboral de 2012, sino que nos limitaremos fundamentalmente a los que afectan a la posición jurídica que ocupa el empresario y, de modo particular, a los que han incidido en la nueva relación de poderes que se ha instaurado en el modelo laboral español, prestando especial atención al debilitamiento de los contrapesos que tradicionalmente habían actuado frente a la regulación del poder de dirección empresarial en la historia posconstitucional.

### 3.1. La facilitación de la flexibilidad de entrada y de salida del mercado español de trabajo

En un esquema de síntesis, y pese a que los objetivos declarados en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 eran los de potenciar las medidas de flexibilidad interna, la realidad que se impuso en nuestro sistema de relaciones laborales fue otra, puesto que dicha reforma facilitó también las medidas de flexibilidad externa, promoviendo tanto la flexibilidad de entrada como de salida. Lo coherente hubiera sido entorpecer los mecanismos de flexibilidad externa (Molero, 2012, pp. 369-370).

De esta forma, se produjeron toda una serie de reformas en la contratación, que, lejos de recuperar el principio de causalidad (Cruz, 2014, p. 613), introducen nuevas fórmulas de empleo temporal de apoyo al empleo juvenil (Ley 11/2013), ampliando las posibilidades de contratación temporal en el marco de las ETT, incluyendo las formativas, recurso clásico y tradicional para el ensanchamiento de los márgenes de la contratación temporal. A todo ello se habría

de añadir la potenciación que sufre la contratación a tiempo parcial con el fin de promover su crecimiento (RDL 16/2013). Todo ello conducirá a que, durante la crisis económica y en una tendencia que llega al contexto actual, se combine de forma intensa la fórmula de temporalidad con la parcialidad, dando lugar a la modalidad contractual más precarizada. Crece también la fórmula del «falso autónomo», en un contexto de incentivación del trabajo autónomo o del emprendimiento (Ley 11/2013 o Ley 6/2017)<sup>3</sup>. En cualquier caso, es preciso hacer notar que dicho balance confirmado con las estadísticas va a provocar un efecto directo en la posición que ocupa el empresario en el contrato de trabajo, puesto que resulta un lugar común que en esta clase de modalidades contractuales aumenta significativamente su posición de dominio, viéndose reforzados abrumadoramente los poderes empresariales en su dinámica, a expensas del mantenimiento del vínculo o de la renovación contractual, convirtiendo al asalariado en un sujeto plenamente subordinado a la voluntad empresarial.

Del mismo modo, ello ocurrirá con la regulación del despido, que ha sido una de las instituciones jurídicas más reformuladas por dichas reformas legislativas, llegándose a revisar postulados tradicionales que lo habían caracterizado históricamente en la legislación española y que parecían intocables (Murcia, 2018). Como se ha dicho con razón por Rodríguez-Piñero, «el despido no es solo una institución jurídica, sino ante todo es un instrumento jurídico fundamentador del poder real del empresario» (2013, p. 19). Pues bien, en una visión de conjunto, las reformas producidas han venido dirigidas a aligerarlo, al ampliar el poder de decisión del empresario en el momento de la ruptura del contrato de trabajo, reduciendo las garantías ordenadas a favor de los trabajadores en esta institución y disminuyendo el coste económico que supone la extinción contractual en nuestro país.

De modo particular, en la gran empresa (y no tanto en la pequeña y mediana), el régimen de autorización fortalecía el poder de las representaciones de los trabajadores en la negociación del periodo de consultas, con el fin de alcanzar un acuerdo y evitar la intervención administrativa. Ahora bien, es preciso hacer notar que el aumento de los despidos colectivos y de las suspensiones temporales que se produjo durante la crisis económica fue controlado con eficacia por la participación decisiva de los jueces de lo social –Audiencia Nacional y TS–, que cumplieron una función determinante en su aplicación, a través de la resolución de la novedosa y compleja modalidad procesal colectiva instaurada (Molero, 2016, pp. 319 y ss.). En un esquema de síntesis, se puede afirmar que el periodo de consultas previo a la decisión empresarial ha salido revalorizado, convirtiéndose en una fase esencial del despido colectivo (Directiva 1998/59/CE).

Ahora bien, es importante indicar también que a la reforma laboral no le bastó con modificar en profundidad el despido económico con el fin de promocionarlo en tiempos de crisis, sino que redujo la intocable hasta la fecha indemnización del despido improcedente, refor-

---

<sup>3</sup> Así se hace notar en el Informe del diagnóstico del mercado de trabajo, elaborado por el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020.

mándose sustancialmente los salarios de tramitación, que limitaron su devengo de forma significativa, con la consiguiente desaparición del despido exprés. Como se ha dicho con razón, el abaratamiento que ha sufrido el despido improcedente en nuestro derecho no garantiza el derecho del trabajador a una protección adecuada contra un despido declarado injustificado, contrariando el derecho al trabajo reconocido por el artículo 35.1 de la CE, y los términos de una «indemnización adecuada» conforme prescribe el artículo 10 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 158 (Murcia, 2018, pp. 129 a 133).

Transcurridos ya 8 años desde dichas reformas devastadoras para el propio equilibrio de la relación laboral, se comprueba que la dualidad del mercado de trabajo no se ha reducido<sup>4</sup>. Es más, el año 2019 se ha cerrado con un menor número de contratos indefinidos que antes de la crisis, ante la expectativa de una desaceleración económica y de una nueva reforma laboral que derogue los aspectos más lesivos de la del año 2012. En todo caso, la incertidumbre provoca el descenso de los contratos indefinidos, que no han despegado en el mercado español de trabajo en la poscrisis como debieran, frente a la elevada temporalidad que distingue nuestra contratación en el panorama europeo, siendo el país de la eurozona donde la temporalidad es mayor, evidenciando el fracaso de las reformas laborales en este terreno.

### 3.2. La potenciación de la flexibilidad interna en pro del interés empresarial

Por último, hemos de hacer referencia al eje esencial que persiguió la reforma de 2012, que fue el de promover las acciones de flexibilidad interna con el fin de frenar la pérdida de empleo y favorecer la contratación estable, pero cuya articulación jurídica inclinó sin pudor alguno la balanza hacia el reforzamiento de los poderes del empresario (Ballester, 2013, pp. 25 y ss.; Molero, 2012, pp. 368-369; Valdés, 2012a, p. 6). Como ya se ha expuesto, la promoción de las medidas de flexibilidad interna en la empresa se pretendía constituir como la clave de bóveda para mantener los puestos de trabajo y aumentar la contratación indefinida, frenando los recursos tradicionales de la supresión del empleo que habían operado en nuestro mercado de trabajo ante escenarios de dificultad económica. De manera progresiva, se aprueban reformas que afectan a las reglas de la movilidad funcional (arts. 22 y 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión de contrato y reducción de jornada por razones empresariales (art. 47 ET) y descuelgue convencional (art. 82.3 ET). No es momento ahora de entrar en un análisis individualizado en cada caso, sino que nuestro objetivo es mucho más modesto, consiste simplemente en poner de relieve su repercusión en la configuración del poder de dirección empresarial.

<sup>4</sup> Datos extraídos del Informe de diagnóstico del mercado de trabajo del Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020.

Centrándonos en la configuración de los poderes denominados «fuertes», que se habían distinguido tradicionalmente por una estructura jurídica compleja que pretendía salvaguardar un delicado equilibrio entre los intereses de la empresa y de los trabajadores y sus representaciones, a raíz de las reformas de la crisis se altera el juego de pesos y contrapesos que condicionaban la voluntad empresarial, intensificando la libertad de actuación en el ejercicio del poder de dirección. En tal sentido, y si las reformas de 2010-2011 apostaban por un modelo de flexibilidad interna pactado colectivamente en el ámbito de la empresa, la reforma de 2012 considera que «la flexibilidad negociada es deseable, pero en todo caso la interna adecuadamente justificada es preferible a la externa» (Informe, 2013), abriendo paso sin timidez alguna a la imposición empresarial unilateral de sus decisiones, ensanchando dichos poderes, y limitando los espacios reservados a la negociación colectiva.

Así, dicha reforma devalúa manifiestamente el fundamento causal que había legitimado tradicionalmente dichas medidas, redefiniendo las causas de una forma mucho más ambigua y difusa, vinculándolas a meras razones de «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa» (arts. 40 y 41 ET), suprimiéndose cualquier referencia a la finalidad que ha de perseguir la medida para que pueda considerarse justificada, resultando en extremo difícil que la empresa no cumpla la causalidad requerida. En el caso de la movilidad funcional, la exigencia causal reforzada desaparece para los cambios inferiores, equiparándose a la de funciones superiores, ampliándose significativamente las posibilidades del cambio de la mano de los grupos profesionales y la polivalencia funcional. En suma, en estos tres tipos de cambios se produce un claro vaciamiento de la exigencia causal, que se ve claramente reforzado en el caso de la modificación sustancial, cuando se produce el acuerdo colectivo que presume la existencia de la causa (art. 41.4 ET).

Dicha tendencia a la «levedad» de la exigencia causal, o a su clara «relativización», se vuelve a producir en los instrumentos tan utilizados de reestructuración, de la suspensión o reducción temporal de jornada por causas empresariales (art. 47.1 ET), al igual que en el descuelgue convencional (art. 82.3 ET), desapareciendo de la definición el elemento crucial relativo al cumplimiento de cualquier finalidad que se debe lograr con dichas medidas, reelaborándose la definición de la causa económica con el fin de objetivarla y otorgar seguridad jurídica al empresario, reduciendo el control judicial sobre la misma. Dicha reforma se producía pese a que la jurisprudencia social ya había reconocido a favor del empresario unos márgenes más holgados:

[...] cuando ejercita las facultades de flexibilidad interna, al ser manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocida en el artículo 38 CE, frente a la externa que ha de encontrar un punto de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 CE (STS de 17 de mayo de 2005, rec. 2363/2004).

La mera lectura de los reformados enunciados normativos introducidos revela el carácter tan endeble con que las reglas estatutarias diseñan el único fundamento material exige-

do legalmente para llevar a cabo dichas acciones, como presupuesto de legitimidad de las decisiones empresariales, que, sin embargo, no ha impedido que el Alto Tribunal defienda «un juicio de razonabilidad» (STS de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013).

Adicionalmente, dicha devaluación causal se ha visto acompañada de un debilitamiento de los derechos de participación que se producen en este terreno, que van a provocar una realidad incontestable: el reforzamiento de la unilateralidad de las decisiones empresariales en el desarrollo de la relación de trabajo para el cambio de las condiciones de trabajo. Por citar varios de los exponentes más significativos, ha de hacerse referencia a la modificación de los convenios colectivos extraestatutarios y pactos o acuerdos de empresa que, desde la reforma de 2012, pueden ser solo susceptibles del derecho de información a la representación de los trabajadores –y no de consulta–, cuando no alcancen los umbrales numéricos exigidos por la ley (art. 41.2 ET). Y así, con el texto vigente, la variación de estos pactos en un amplio elenco de materias y para un elevado número de trabajadores se podrá modificar con una simple notificación empresarial preavisada de 15 días. Del mismo modo, y con efectos si cabe más graves, se admitirá la posibilidad de la decisión unilateral del empresario para modificar las condiciones de trabajo del convenio colectivo extraestatutario y los pactos o acuerdos de la misma naturaleza, cuando no logra el acuerdo con la representación de los trabajadores en el periodo de consultas. Alternativa declarada constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 8/2015, de 22 de enero, pese a la afectación que supone en la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE), en aras de la conservación del empleo. Como bien afirma Casas (2019, p. 36), dicha opción legal:

[...] difícilmente se compadece con su fuerza vinculante, deteriora el valor de esos pactos en la gestión de las relaciones laborales, debilita la confianza en los procesos negociadores, y pone en riesgo, a la postre, la posición institucional de los sindicatos.

En esta misma dirección, las acciones de reducción temporal de jornada y suspensión de contrato (art. 47 ET), al liberarse del régimen de autorización administrativa en 2012, han incidido también en la posición que ocupa la representación de los trabajadores en el periodo de consultas. Con la normativa precedente, la autorización administrativa había conseguido fortalecer la posición de los representantes, puesto que los empresarios tenían interés en lograr el pacto colectivo que les blindaba frente a la intervención administrativa que se limitaba a homologar el acuerdo logrado, provocando que la mayoría de los expedientes fueran pactados. Con el régimen actual, a los empresarios se les permite adoptar e imponer su decisión de forma unilateral, si no logran el acuerdo con la representación, sea cual sea la intensidad de la medida y el número de afectados. Por tanto, parece claro que la posición empresarial sale reforzada en detrimento de la que ocupa la representación en la negociación, máxime si tenemos en cuenta que el control judicial también resulta más difícil de activar, si se atiende a la endeble definición causal y a su presunción de legitimidad en caso de pacto,

centrándose en la regularidad del periodo de consultas, que, como se ha indicado, ha quedado revalorizado por la decisiva intervención de la jurisdicción social, condicionando decisivamente el éxito de la fase judicial (arts. 138 y 153 Ley reguladora de la jurisdicción social).

Finalmente, la última de las medidas sobre las que se quiere llamar la atención se refiere al nuevo sujeto de representación de los trabajadores que se configuró con la reforma de 2010, que pretendía dar respuesta al problema de interlocución negociadora que tiene la pequeña y mediana empresa en nuestro país, predominante en nuestro tejido productivo, y que ha posibilitado la constitución de comisiones *ad hoc*, que, pese al texto del ET (art. 41.4 ET), han actuado por lo común al margen del cauce sindical, configurando un sujeto mucho más débil frente a la dirección de las empresas cuando se trata de negociar medidas de reestructuración empresarial. En tal sentido, se ha de llamar la atención sobre cómo estas comisiones carecen de la experiencia, competencias y garantías que posee en nuestro derecho el doble canal de representación de los trabajadores, y, que, sin embargo, se les ha otorgado una amplia y extensa legitimación para negociar los acuerdos que formalizan las medidas de flexibilidad interna –incluido el descuelgue convencional–. Dicha atribución se ha producido en detrimento de la posición de los trabajadores, que, sin duda, han perdido capacidad negociadora y de presión en el ámbito de la empresa, reforzándose, una vez más, la posición del empresario, que podrá acordar dichas acciones con una representación claramente debilitada y más expuesta a sus presiones. En suma, dichas comisiones *ad hoc* tienen que actuar de forma rápida, sin contar con toda la información y documentación que tienen las representaciones de los trabajadores de forma previa, y sin la experiencia negociadora que aportan las organizaciones sindicales, careciendo de las prerrogativas de los representantes, legitimando un sinfín de decisiones empresariales de reestructuración, al prestar su conformidad al acuerdo en el periodo de consultas, dando cobertura a unas medidas que en muchas ocasiones son resueltas y decididas unilateralmente por el empresario.

Al margen de dichas previsiones legales, se ha de destacar que la reforma laboral de 2012 introdujo toda una serie de instrumentos que han facilitado la modificación salarial hasta límites insospechados frente al régimen estatutario precedente. De esta forma, se permitió la modificación sustancial de la «cuantía salarial» hasta entonces vedada (art. 41.1 d) ET), el descuelgue convencional que permite la bajada de salarios en cualquier convenio (art. 82.3 d) ET), así como la negociación del convenio de empresa frente al sectorial que permite igualmente dicho objetivo (art. 84.2 a) ET). Paralelamente, la alteración de los tiempos de trabajo y descanso sufrió también una apertura a su adaptación a las variables necesidades de la empresa que priman frente a la estabilidad de la jornada y horario de trabajo. De este modo, se posibilitó la distribución irregular del 10 % de la jornada sin apenas cortapisas (art. 34.2 ET), así como la variación del tiempo en sus distintas facetas por el procedimiento de la modificación sustancial de condiciones (art. 41.1 a), b) y c) ET), al igual que, por primera vez, se habilitó el descuelgue empresarial de la jornada de un convenio estatutario, al igual que del horario y su distribución horaria (art. 82.3 a) y b) ET), pudiéndose variar di-



chas últimas condiciones a través de la negociación de un convenio de empresa (art. 84.2 c) ET), con los efectos que ello podía implicar en el régimen de retribuciones. Consiguientemente, dicho cúmulo de mecanismos provocó que en la primera fase de aplicación de las reformas se produjera la devaluación salarial en España, optándose por la reducción de salarios como medida de ajuste preferida por las empresas para ganar en competitividad (Rodríguez-Piñero, Valdés y Casas, 2013, p. 7). Sin embargo, dicha devaluación no se ha neutralizado como debiera con un contexto económico diferente, sino que se ha convertido en una de las características de la evolución de la economía española, que ha continuado hasta casi el momento actual, resultando una anomalía histórica intensamente relacionada con la pérdida de capacidad negociadora de nuestros trabajadores<sup>5</sup>.

Y es que, desde una perspectiva más general, todo lo anterior ha conducido a poder concluir que el trabajador que concierta un contrato de trabajo en España se ha convertido, a raíz de la crisis económica, en un sujeto mucho más vulnerable frente al cambio en las condiciones principales de ejecución de su trabajo, que, indudablemente, pueden verse alteradas con un alto grado de flexibilidad por el empresario. Dichas medidas, que fueron amparadas como medidas anticrisis frente a escenarios de dificultad económica, se han instalado en nuestro tejido productivo como medidas de gestión ordinaria de las relaciones laborales en un contexto fisiológico que ha convertido al empresario en un sujeto mucho más poderoso en la dinámica del contrato de trabajo. Las reformas laborales han contribuido decisivamente al incremento sustancial de las facultades del poder de dirección empresarial, erigiéndose en un poder que se ejerce con extraordinaria libertad cuando se trata de variar las condiciones de trabajo en función del interés organizativo o productivo de la empresa, al haberse reducido significativamente las cortapisas o limitaciones preexistentes.

En términos generales, como se expuso con razón, la reforma laboral de 2012 quebró el equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la seguridad del trabajador que trataban de salvaguardar las instituciones, «gravitando de modo abrumador sobre el primer polo del concepto en perjuicio del segundo» (Escudero, 2013, p. 68). Y es que se dio la vuelta a la racionalidad que ha inspirado históricamente las normas laborales, alterándose en profundidad su centro de atención y su función reequilibradora, al considerar que el modelo laboral precedente había sido un freno decisivo para el objetivo del empleo, que resultaba el *leitmotiv* de la reforma, llegando a alterar la funcionalidad y la esencia del derecho del trabajo que ha perdido su capacidad protectora de los trabajadores, en contra de las previsiones constitucionales (art. 35.1 CE). De esta forma, se invisibilizó el interés individual y colectivo de los trabajadores, degradando seriamente su posición y la de sus representantes, incluido el poder sindical, reconduciéndose el centro de gravedad al espacio empresarial, la libertad de empresa y los poderes empresariales, que, como se ha expuesto, han salido abrumadoramente reforzados tanto en la flexibilidad externa como en la interna, sin que haya tenido los

<sup>5</sup> Diagnóstico del mercado de trabajo del Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020.

efectos deseados en el empleo. Por el contrario, tras 8 años de su aplicación, ha generado consecuencias muy negativas en la pérdida general de la calidad del empleo y en la grave desigualdad social que ha provocado el modelo actual de relaciones de trabajo.

### 3.3. El debilitamiento del derecho de negociación colectiva a favor del incremento del poder directivo empresarial

El desarrollo histórico de las relaciones de trabajo se ha caracterizado por la progresiva limitación de los poderes empresariales a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva, como procedimiento atribuido a la autonomía colectiva para la solución de su propio conflicto de intereses, siempre ha supuesto un límite a los poderes del empresario, en la medida en que la unilateralidad absoluta de aquel se descarta en favor de la participación de los trabajadores (Román, 1993, p. 402). El poder de dirección no solo está afectado por la propia reglamentación jurídica de las condiciones de trabajo, sino por la negociación de las relaciones productivas en general y de la propia empresa como sujeto económico.

La entrada en acción de la crisis económica provocó el debilitamiento de la negociación colectiva, al partir del insistente presupuesto de que el convenio colectivo no se podía constituir en un «obstáculo» para que las empresas pudieran adaptar sus condiciones de trabajo a las circunstancias cambiantes de la empresa, insertándolo dentro de la rigidez normativa imputable a nuestra disciplina. En efecto, las reformas de 2010-2011 comenzaron a sentar varias de las líneas de tendencia que desarrollaría la reforma de 2012; no obstante, la diferencia cualitativa es que la primera respetaba la autonomía colectiva en la dirección y gestión del cambio del modelo. En tal sentido, las reformas de 2010-2011 comenzaron a revalorizar el nivel empresarial de negociación y a condicionar la ultraactividad de los convenios colectivos, pero sería la reforma de 2012 la que daría un paso sustancial y decisivo, decantándose por un modelo intensamente dirigido por el legislador y en el que, sin duda, va a primar el interés de empresa y sus necesidades en la configuración del sistema de negociación colectiva sobre los de la autonomía colectiva, repercutiendo de forma directa en el ámbito de actuación de los poderes empresariales. Y es que, como indica Escudero, dichos poderes «se han robustecido, como nunca se había hecho en los más de 30 años de vigencia del ET» (2012, p. 17), quedando las representaciones de los trabajadores en una posición de mucha mayor debilidad.

En el año 2012 se van a llevar a cabo toda una serie de modificaciones que, a los efectos que ahora interesa, debilitan sustancialmente el convenio colectivo en la garantía constitucional de la eficacia vinculante (art. 37 CE), reforzando el nivel empresarial sin precedentes en la historia constitucional. De esta forma, por una parte, se revaloriza la negociación de los convenios de empresa frente a los sectoriales (art. 84.2 ET) y, por otra, se amplían las posibilidades del descuelgue convencional con el fin de convertirlo en una herramienta or-

dinaria de adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las necesidades de las empresas (art. 83.2 ET). Y así, se convierte en norma de orden público negocial la que se decanta por la prioridad aplicativa del convenio de empresa que desbanca al convenio sectorial *prius in tempore*, no solo en las condiciones de trabajo más propias de dicho nivel, sino en las condiciones nucleares del régimen de retribuciones y tiempo de trabajo. El nuevo modelo legal implica un rechazo al modelo de negociación colectiva supraempresarial gestionado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, produciéndose una minusvaloración de la posición constitucional que deben ocupar los sindicatos en el sistema de relaciones laborales (art. 28.1 CE), apostando con claridad por la participación de las instituciones representativas en el seno de la empresa. Alternativa que para el Tribunal Constitucional (TC) se admite sin paliativos en el propio artículo 37.1 de la CE, que reconoce el derecho de negociación colectiva a favor de distintos «representantes de los trabajadores», sin que la representación sindical tenga que tener una prioridad absoluta sobre la realizada por otros representantes no sindicales (art. 129.2 CE), considerándolas alternativas equivalentes (SSTC 119/2014 y 8/2015).

De otra parte, se intensifica la posibilidad del descuelgue hasta un relevante elenco de materias, con una ampliación causal desmedida, dejando la decisión final a la suerte de un arbitraje público que puede ser instado por una sola de las partes negociadoras, quedando seriamente dañada la fuerza vinculante de los convenios colectivos que se debería garantizar por el legislador (art. 37.1 CE). Y ello sin perjuicio de reconocer que el TC ha declarado legítima la medida, al dictarse en un contexto de grave crisis económica con la finalidad de favorecer la flexibilidad interna que evite la destrucción de empleo, con el exclusivo objeto de evitar que la situación de desacuerdo entre las partes negociadoras «quede abocada al enquistamiento, con grave peligro para la estabilidad de los puestos de trabajo o, incluso, de la propia viabilidad de la propia empresa» (SSTC 119/2014 y 8/2015).

Y es que, desde la reforma de 2012, la negociación colectiva se ha convertido básicamente en un instrumento o herramienta de gestión para que el empresario pueda adaptar o acomodar las condiciones de trabajo pactadas colectivamente al servicio de los intereses de la organización empresarial. De esta forma, y como indicara en su momento Valdés (2012b, p. 225), «los cambios normativos efectuados en el título III del ET tuvieron como objetivo básico exacerbar la función de gestión de los convenios y acuerdos colectivos», en detrimento de la histórica función socioeconómica que evitaba la competencia entre empresas de un sector, asegurando una competencia leal entre las mismas, constituyéndose en el instrumento principal de ordenación del mercado de trabajo, que lograba la mejora de sus condiciones de trabajo, así como de su función política que servía como mecanismo de regulación de poder. Hoy en día, el convenio colectivo se erige principalmente en un instrumento de gestión al servicio de la empresa, para dar respuesta a los cambiantes requerimientos empresariales.

Por tanto, dicha opción del nuevo modelo legal en el que va a descansar el sistema de negociación colectiva y que llega hasta nuestros días no es ni mucho menos neutral para el poder de dirección empresarial, sino que aproxima la negociación al campo de juego donde

la posición jurídica del empresario se fortalece (arts. 82.3 y 84.2 ET). La empresa es la unidad en la que las razones económicas, la competitividad productiva, se revelan en toda su amplitud en el momento de la negociación, convirtiéndose en el argumento de peso en la transacción. Asimismo, en dicho espacio negocial es donde se produce un enfrentamiento más directo y tenso entre la representación de los trabajadores y el empresario, donde cobran más relevancia las unitarias frente a las sindicales, pese a su prioridad legal, y emergen sujetos de representación no estables –como las comisiones *ad hoc* o híbridas– que favorecen la posición empresarial frente al nivel supraempresarial.

Además, y por si dichas reformas no fueran suficientes, la pérdida de vigencia de la ultraactividad impuesta legalmente desemboca en un escenario que beneficia igualmente las posiciones empresariales en la secuencia de cierre del convenio, al permitir disponer de la regla legal y evitar el vacío de regulación convencional. Como se ha dicho con razón, las nuevas reglas pretenden garantizar un mayor dinamismo y capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades productivas de las empresas, pero su aplicación práctica ha conducido a escenarios de grave incertidumbre que, a la postre, han favorecido la posición negociadora del empresario (Llano, 2014, p. 554). Ello ha provocado que la reducción de los salarios reales cobrados en el mercado de trabajo operada desde la crisis ha sido significativamente mayor cuando dichos trabajadores estaban sometidos a un convenio de empresa, peligrando la función atribuida al convenio colectivo como mecanismo que controla y minimiza la competencia desleal entre las empresas. A este respecto, la reforma legal abrió la vía de utilizar el convenio de empresa para degradar las condiciones de trabajo del convenio sectorial y, como no podía ser de otro modo, las empresas lo han utilizado para abaratar los costes laborales y ser más competitivas en el mercado.

En conclusión, la doble posibilidad del convenio de empresa y la facilitación del descalce convencional han servido, indudablemente, para incrementar significativamente el poder de dirección empresarial en la fijación de las condiciones de trabajo y su modificación, que, junto con la pérdida de vigencia de los convenios colectivos, han fortalecido la posición empresarial en el proceso de la negociación. Consecuentemente, la negociación colectiva ha dejado de funcionar de forma sistemática como fuente limitadora del poder empresarial para convertirse en un mecanismo que se encuentra al servicio del interés de la empresa y de su productividad en aras del mantenimiento del empleo, facilitando la adaptación de las condiciones a las situaciones cambiantes de las empresas y de la economía. A la vista del cambio en el escenario económico y de la degradación del empleo sufrida en nuestro país, se requiere de una reforma legal en profundidad del sistema de negociación colectiva que acomode el derecho de negociación a los contenidos constitucionales del artículo 37.1 de la CE y, de modo especial, a la fuerza vinculante de los convenios, recuperando la primacía de la voluntad colectiva y de la libertad sindical (art. 28.1 CE), frente a la autonomía individual y el ejercicio de los poderes empresariales. Es hora ya de que los poderes del empresario se vean condicionados por la negociación colectiva y los convenios, y no que se produzca el fenómeno inverso que provoque que su predominio corrija el espacio ocupado por la autonomía colectiva y sindical.

## 4. La problemática del concepto de empresario laboral en el entorno digital: una aproximación al cambio en las plataformas digitales

No podemos finalizar este estudio sin realizar una breve aproximación a las consecuencias producidas en la propia conformación de las relaciones de trabajo por la cuarta revolución industrial, o también denominada «industria 4.0», cuyos efectos se están dejando ya sentir, pese a que todavía son impredecibles las consecuencias que se producirán en el tejido económico y empresarial, que en buena lógica repercutirán de forma directa en el derecho del trabajo (Del Rey, 2017, p. 162). Como se ha dicho con razón, en el contexto actual, la digitalización de la economía presenta ya múltiples implicaciones en las formas de trabajar y organizar el trabajo y, en consecuencia, en los propios vínculos de trabajo que se formalizan bajo estos procesos. Por razones de espacio nos limitaremos a las nuevas tipologías de prestación de servicios que se están generando en las plataformas digitales, centrando nuestra atención en el nuevo modelo de negocio donde las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten a las plataformas virtuales disponer de grandes grupos de prestadores de servicios a la espera de que un consumidor-cliente solicite un servicio a través de una aplicación –*app*– que funciona por internet. En este caso, la solicitud puede suponer la realización de un trabajo tradicional o clásico, como puede ser el transporte, limpieza, ayuda a domicilio, servicio de comida, etc., o trabajos más cualificados, como el servicio de traducción (*vid.* STS de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015), gestionados a través de una aplicación informática. Ahora bien, lo relevante es que en la relación que se entabla intervienen los clientes, que pueden ser empresas o particulares que demandan una prestación de servicios, los trabajadores que lo prestan a cambio de un precio y las plataformas virtuales que unen oferta y demanda, generándose un llamado trabajo a demanda o «*crowdsourcing*».

El negocio de las empresas consiste precisamente en la creación de una plataforma digital que utiliza una página web y una aplicación para que los demandantes del servicio puedan buscar y localizar a una persona que les preste el servicio. No obstante, es preciso partir del presupuesto de que los términos y condiciones de las plataformas varían dependiendo de cada país y de sus condiciones locales. Por ello, es en extremo difícil otorgar un tratamiento unitario al trabajo en plataformas digitales, habiendo, en síntesis, entidades que se limitan a una mera función de intermediación o puesta en contacto entre el prestador del servicio y el receptor, sin que participen en la forma y modo de llevar a cabo el servicio, y, por el contrario, otras plataformas que sí intervienen en la dirección y organización de dicho trabajo, que son las que nos interesan en nuestro estudio<sup>6</sup>. En este último caso, y aunque la forma de configurar la relación puede presentar matices distintos, se advierte la presencia de elementos comunes cuando surge la controversia judicial sobre la presencia o no de la laboralidad de la relación contractual de los trabajadores prestadores del servicio, de la

<sup>6</sup> *Vid.*, sobre los distintos tipos de plataformas, Todolí (2017).

que esta clase de empresas tratan de evadirse, diseñando un trabajo en régimen de formal autonomía que optimiza el rendimiento empresarial. Y es que dicha actividad constituye el germen del crecimiento del trabajo autónomo altamente precario que ha hecho acto de presencia en nuestro mercado laboral, y a nivel europeo e internacional, poniendo la OIT especial énfasis en los riesgos que conlleva para los prestadores de servicios, por sus deficientes condiciones de trabajo, denunciando de modo particular el peligro que implica para su seguridad y salud laboral<sup>7</sup>. Las plataformas de trabajo en línea consideran a sus trabajadores como autónomos, posibilitando un abaratamiento de costes laborales y una elusión de las cargas, obligaciones y responsabilidades que les impondría la legislación laboral y de Seguridad Social, resultando con cierta frecuencia una manifestación de un viejo conocido en nuestra disciplina, como es el que representa la huida de la condición de empleador o del derecho del trabajo, facilitado en el contexto actual por las posibilidades que brinda el entorno tecnológico en el ejercicio de los poderes de dirección empresarial.

Al margen de no poder realizar un estudio exhaustivo sobre la cuestión, si queremos poner de relieve, a los efectos de nuestro estudio, los cambios más significativos que plantean las plataformas digitales en relación con la noción de empleador, que derivan directamente de la complejidad que supone el reconocimiento de la condición del trabajador asalariado en estas hipótesis. Lo primero que se quiere advertir es que su irrupción dentro del tejido empresarial se distancia de la noción de empresa que utiliza el ET en sus preceptos de referencia (arts. 43.2 o 44.1 ET), puesto que se trata de una entidad *sui generis*, al carecer de una estructura organizativa propia o estable, identificada con unos medios materiales y humanos destinados a una actividad económica, al modo tradicional. Las plataformas digitales funcionan en la mayoría de las ocasiones con una escasísima organización, si se tienen en cuenta los medios materiales que soportan su actividad, al reducirse a una página web y, de modo especial, al diseño y configuración de una aplicación informática de la que depende nuclearmente el desarrollo de su negocio, pudiendo prescindir de un centro de trabajo físico, minimizando así los costes del negocio e invisibilizándose la plantilla de la que se valen para prestar el servicio. El componente fundamental para el funcionamiento del negocio son las herramientas tecnológicas.

Ahora bien, dicha escasez de medios y estructura organizativa no implica que se pueda descartar su condición de empleador, puesto que, como se expuso al principio de este estudio, empresa y empresario laboral o empleador no son nociones equivalentes o idénticas, sino que son conceptos autónomos, teniendo que acudir a los criterios tradicionales de enjuiciamiento para determinar si en efecto existe o no una relación laboral entre los prestadores del servicio y dichas plataformas. Y, en efecto, es ahí donde aparecen elementos

<sup>7</sup> Vid., al respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de junio de 2016, sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa»; el Informe de la OIT sobre «Las plataformas digitales y el futuro del trabajo», de 20 de septiembre de 2018, o el más reciente de «Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital», de 2019.

de configuración de las relaciones de trabajo, hasta fechas relativamente recientes, desconocidos, que son propiciados por la revolución tecnológica que permite una visualización del desarrollo de las relaciones interpersonales bajo unos parámetros distintos. A este respecto, el nuevo entorno digital facilita el contacto inmediato y la comunicación de forma globalizada, incidiendo en el intercambio de bienes y servicios que promueven un tipo de organización del trabajo que nada tiene que ver con los esquemas tradicionales, debiéndose apreciar la presencia de la dependencia y de la ajenidad bajo cánones distintos que en el pasado, que permitirán inclinar la balanza hacia la laboralidad de la relación contractual o hacia la autonomía del trabajo prestado. Indudablemente, lo más característico de este trabajo condicionado por el uso de la tecnología digital es que presenta una prestación de servicios enormemente flexible, en el lugar de desempeño y en sus tiempos de ejecución, configurando un trabajo ágil, dinámico y muy eficiente desde la óptica empresarial, maximizando su rendimiento económico (Molina, 2019, p. 11).

El debate sobre la calificación jurídica de la relación que vincula a las plataformas digitales con los prestadores de servicios se ha intensificado en España, puesto que han surgido en un tiempo relativamente corto numerosos pronunciamientos judiciales que se inclinan tanto por la laboralidad como por el carácter autónomo del vínculo contractual, auspiciados por una Inspección de Trabajo que también ha tenido una intervención decisiva inclinándose por la tesis del falso autónomo, tanto en Valencia, como en Madrid y Barcelona, y por una doctrina que tampoco es unánime en la calificación jurídica del contrato. Parece claro que el estatuto laboral de dichos trabajadores que determina la condición o no de empleador laboral de la plataforma digital no se adscribe con rotundidad, ni con la figura del trabajo autónomo, ni con la del trabajador asalariado, habiéndose planteado que este tipo de relación se reconozca como autónomo económicamente dependiente (Mercader, 2018, pp. 174 a 176), o, por el contrario, se ha defendido la necesidad de configurar una relación laboral especial (Todolí, 2017, p. 90).

Al margen del carácter internacional de dicha polémica, que ya ha recibido importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, y 10 de abril de 2018, asunto C-320/16) y que conduce a que se reclame un tratamiento normativo europeo, nuestro estudio se limita a nuestras fronteras, en las que el conflicto de calificación se centra fundamentalmente en la presencia de las dos notas que distinguen la laboralidad en nuestra legislación. Indudablemente se requiere una labor de adaptación a la nueva realidad sociolaboral impuesta por el entorno digital, pero «en esencia» no afecta a los aspectos medulares de ambas cualidades jurídicas que se han desentrañado tradicionalmente a través de una jurisprudencia típica de indicios, pese a reconocer el cambio en determinados aspectos del desarrollo de la relación de trabajo sobre los que después volveremos.

De la lectura de los pronunciamientos judiciales recaídos en nuestro país, se revela que la prestación de servicios se realiza bajo un régimen de ajenidad, y no por cuenta propia, al modo en que tradicionalmente se ha entendido dicha nota configuradora. Así, la plata-

forma digital es la beneficiaria del resultado del trabajo realizado por el prestador, que no se apropia directamente de la utilidad patrimonial de su trabajo. Dicha entidad es la que fija los precios o tarifas del servicio a los clientes, que, además, pueden variar en función de las puntas de trabajo por decisión de la plataforma, pero lo que es más relevante, dichos trabajadores no son los que cobran directamente el precio del servicio por su trabajo, sino que el cliente paga a través de la aplicación, o a través de unas tarjetas que no son de su propiedad, que conduce a que el importe sea abonado a la plataforma. Tras la realización de su prestación, la titular de la plataforma le pagará periódicamente al trabajador en función de los servicios realizados, resultando, además, que las facturas las girará la plataforma y no el trabajador. Del mismo modo, el prestador del servicio es ajeno a los medios de producción, o a los activos esenciales para llevar a cabo su trabajo, que, como bien se indica en las resoluciones judiciales, no son las bicicletas, ni el teléfono (iPhone), o el ordenador, sino la aplicación informática o *app*, y, en su caso, la página web, que son los recursos imprescindibles para la realización del servicio y a los que el trabajador es ajeno, al ser propiedad de la plataforma digital. Solamente se puede encontrar como nota más discordante en la presencia de la ajenidad la posible repercusión que puede tener el trabajador en el precio del servicio que se le abona, cuando se producen incidencias a la hora de realizar el trabajo (accidentes, caída de la mercancía, no conformidad del cliente), que en algunos casos le puede revertir, no siendo, entonces, plenamente ajeno al riesgo del negocio. Ahora bien, la esencia de la ajenidad en los frutos de su trabajo, y en el mercado, así como en los medios de producción, se mantiene con el trabajador en la mayoría de las ocasiones, siendo la plataforma digital la que se apropia de los resultados de su trabajo, ofrece el servicio y sus condiciones –incluido el precio– y es titular de los medios principales en los que se sostiene el negocio empresarial.

Correlativamente, si atendemos a la dependencia jurídica, parece claro que el modo de ejercicio de su prestación revela una subordinación realmente intensa con la plataforma. A este respecto, el trabajador se integra dentro del ámbito de organización y dirección de la plataforma, siendo su margen de decisión muy reducido en la forma de ejecución de su trabajo. De esta forma, la asignación de las tareas que tiene que realizar se lleva a cabo a través de la aplicación informática, que, por medio del uso de algoritmos, decide a quién asigna el trabajo cuyas condiciones de ejecución ha impuesto, habiendo formado previamente al trabajador –por lo común, *online*– del *know how* de la empresa, dándole instrucciones de cómo se debe realizar el trabajo y fijando el precio de sus servicios, identificándose como trabajador de la plataforma, cuyo titular es quien organiza este modelo de negocio. Pero, además, en la mayoría de las ocasiones, dichas plataformas ejercen un poder de vigilancia y control sobre su trabajo muy intenso, a través de aplicaciones que pueden llegar a controlar todos sus movimientos (como hace notar la Inspección de Trabajo de Valencia con los *riders*), por medio de los GPS instalados en la *app* o con aplicaciones en el dispositivo móvil, utilizando dichos mecanismos para vigilar la actividad del conductor o del prestador del servicio, registrando las horas de trabajo, y geolocalizándolo en todo momento, teniendo un control absoluto sobre el desarrollo de su prestación laboral (Martín, 2018, p. 1.138). Consecuentemente, a raíz de dicha función de control y de la que ejercen también los clien-



tes, que pueden evaluar su satisfacción por el servicio, los trabajadores pueden ser objeto de premios, distinciones o castigos, siendo sujetos a un poder disciplinario externo que, en última instancia, ejerce el titular de la plataforma digital. Todo lo anterior revela una dependencia jurídica, haciendo del trabajador un sujeto más dependiente y «transparente», o también denominado «trabajador de cristal» (Casas, 2015, p. 713).

Al margen de estos indicios que revelan una relación de trabajo laboralizada, donde la dependencia y la ajenidad se pueden apreciar de forma significativa, emergen una serie de factores que son llamativos para la configuración tradicional del trabajo asalariado. En esquema de síntesis, la relación es mucho más despersonalizada, tanto en el proceso de selección como en su desarrollo, como incluso en la extinción, que puede darse a través de la simple «desactivación de la plataforma» que decide la empresa que la gestiona. No hay al modo clásico una prestación diaria o habitual, sino que se puede concebir como ocasional, reduciéndose el compromiso personal del prestador del servicio, admitiéndose, en ocasiones, incluso, la sustitución del trabajador, y la posibilidad de contratar la prestación para terceros u otras plataformas, sin que haya una exclusividad en la relación. Del mismo modo, no hay una prestación que se desenvuelve en un centro de trabajo concreto y predeterminado, y los tiempos de trabajo tampoco son fijos o cerrados, teniendo el trabajador cierto margen de libertad a la hora de decidir sus horarios, utilizando en la prestación medios de producción propios (el medio de transporte, el ordenador o el móvil), y pudiendo asumir costes de la propia actividad. Todos estos datos que revelan una cierta autonomía en su prestación y una relativización de la ajenidad que, a mi juicio, no desvirtúan el predominio de la laboralidad descrita, que se manifiesta en aspectos más decisivos para el desarrollo de la relación de trabajo, sin perjuicio de reconocer que los datos que ponen más en entredicho el carácter asalariado del trabajo son los que otorgan la posibilidad de que el asalariado decida cuándo va a trabajar, así como que pueda también resolver si asume el encargo o lo rechaza (De las Heras y Lanzadera, 2019, p. 67).

Bajo nuestra perspectiva, la balanza se inclina a favor de la laboralidad de una relación de trabajo que, aparentemente autónoma, esconde una subordinación jurídica dura e intensa frente al titular de la plataforma digital que la controla sustancialmente, erigiéndose en un empleador frío, puesto que la relación se digitaliza y se despersonaliza, deshumanizándose a un tiempo, teniendo en su poder la propiedad de los medios principales para realizar y prestar el servicio que condicionan por entero el trabajo, pero sin apenas contacto personal y directo con el asalariado. Asimismo, se ha de llamar la atención sobre el nivel de control que ejercen dichas plataformas sobre el servicio que ofrecen, sobre el que deciden la plenitud de las condiciones que se ofertan en el mercado, pero, además, dichas plataformas ejercitan el poder de dirección, organización y control frente a los prestadores del servicio, comportándose como un empresario laboral, a través de la aplicación que han diseñado ellos mismos, y que gestionan y supervisan, y a través de la cual se organiza todo su modelo de negocio, resultando en extremo difícil apreciar una independencia en el régimen del trabajo que prestan que permita reconocer a un trabajador autónomo. Ello es así, pese a reconocer que el entorno digital está trayendo unos nuevos modos de organizar

el trabajo asalariado que revisten diferencias sustanciales con los esquemas tradicionales, introduciendo una mayor flexibilidad en todo su desarrollo, pero sin que ello implique la carencia de las notas de subordinación y ajenidad que siguen presentes bajo estas formas de organización empresarial, en las que, como bien advierte la profesora Casas, «las circunstancias de modo, tiempo y lugar del trabajo en régimen de ajenidad y dependencia han variado decisivamente» (2015, p. 710).

A este respecto, y como se ha dicho con razón, ha hecho su aparición el denominado «trabajo líquido», que hace referencia a una nueva forma de plantear las relaciones laborales en la era digital, que rompe con los patrones propios de la era industrial organizada con base en estructuras más jerárquicas, horarios fijos, estabilidad laboral, o relaciones exclusivas entre empleado y empleador. Aun así, es preciso reconocer al cierre de este estudio que, como ha quedado expuesto, la variedad de los modelos de producción en mercados internacionalmente globales, propiciada por las tecnologías digitales, ha provocado una transformación sustancial de los modos de organizar el trabajo y las empresas, y la prestación de actividades y servicios, dando lugar a un cambio fundamental en la condición de empresario laboral-empleador y en su posición jurídica, cuya diversidad es el rasgo común y diferencial, al convivir dichas nuevas modalidades de prestar el trabajo con las formas más tradicionales y clásicas de trabajar que siguen presentes en nuestro tejido productivo, haciendo del empleador un sujeto con una fisonomía muy plural y variada en las relaciones laborales actuales.

## Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, M.<sup>a</sup> A. (2013). La flexibilidad interna o el fortalecimiento del *ius variandi* empresarial en el contexto: los defectos del modelo. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 34.
- Baz Rodríguez, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Comares.
- Camps Ruiz, L. M. (1990). El concepto laboral de empresario. En E. Borrajo Dacruz (Coord.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (2015). El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, 7.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (2019). La negociación colectiva en la Constitución. Balance y retos de futuro. En *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución* (pp. 29-68). Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- Cruz Villalón, J. (1999). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos

- en el derecho del trabajo: aspectos individuales. En M. Rodríguez-Piñero Royo (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Cruz Villalón, J. (2005). Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 323-352.
- Cruz Villalón, J. (2014). Empleo juvenil y crisis económica. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 15, 591-617.
- Desdentado Daroca, E. (2006). *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova.
- Escudero Rodríguez, R. (2012). El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva. En R. Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012* (pp. 11-56). Madrid: Cinca.
- Escudero Rodríguez, R. (2013). La aplicación de la reforma laboral de 2012 o el anunciado réquiem por la flexiseguridad. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 12, 67-89.
- Fernández López, M.<sup>a</sup> F. (2004). El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar. En M.<sup>a</sup> F. Fernández López (Coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*. Madrid: Trotta.
- 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.
- Informe. (2013). Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral. Recuperado de [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Sala\\_de\\_comunicaciones/Noticias/2013/Adj\\_not\\_20130830.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Sala_de_comunicaciones/Noticias/2013/Adj_not_20130830.pdf).
- Llano Sánchez, M. (2014). Libertad de empresa y crisis económica. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 15, 535-565.
- López Ahumada, J. E. (2018). Dispersión y fragmentación del poder de dirección en las empresas de estructura compleja. En J. E. López Ahumada y M.<sup>a</sup> R. Menéndez Calvo (Coords.), *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas* (pp. 19-72). Madrid: Cinca.
- López Sánchez, M.<sup>a</sup> C. (2007). *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F. y García, J. (2019). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Martín Rivera, L. (2018). La identificación del sujeto empleador en el contrato de trabajo: empleadores complejos y plataformas digitales. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 1.117-1.138.
- Martínez Girón, J. (1992). *El empresario aparente*. Madrid: Civitas.
- Mercader Uguina, J. (2018). La prestación de servicios en plataformas digitales. Nuevos indicios para una nueva realidad. En A. Todolí Signes y M. Hernández Bejarano (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Aranzadi.
- Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2001a). *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal*. Madrid: La Ley.
- Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2001b). Sobre la necesidad de revisar el concepto de empresario. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 7.

- Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2006). Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 23-24.
- Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2012). La flexibilidad interna promovida por las sucesivas reformas laborales. En *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*. Madrid: La Ley.
- Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L. (2016). La aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial. En E. Escudero Rodríguez (Coord.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado* (pp. 319-346). Madrid: Cinca.
- Molina Navarrete, C. (2000). *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*. Granada: Comares.
- Molina Navarrete, C. (2019). [La «gran transformación» digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número extraordinario 2019, 5-26.
- Monereo Pérez, J. L. (1997). Prólogo. En C. Molina Navarrete, *El derecho nuevo de los grupos de empresa: entre libertad y norma*. Madrid: Ibidem.
- Monereo Pérez, J. L. (2018). Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Coord.), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela* (pp. 235-274). Madrid: Cinca.
- Murcia Clavería, A. (2018). Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado. En A. Murcia Clavería y F. Valdés Dal-Ré (Dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*. Madrid: Francis y Taylor.
- Pérez Rey, J. (2010). El empresario complejo y la necesidad de un derecho del trabajo insolente. En L. Gaeta y R. Gallardo (Dirs.), *Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo* (pp. 49-66). Albacete: Bomarzo.
- Rey Guanter, S. del. (2017). Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos. En *El futuro del trabajo que queremos* (pp. 359-366). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (Coord.). (1999). *El empleador en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (1992). La huida del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 85-94.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2013). La problemática aplicación del nuevo marco laboral del despido. (Presentación). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 12.
- Rodríguez-Piñero, M., Valdés, F. y Casas, M.<sup>a</sup>E. (2013). La aplicación de la reforma laboral. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 12, 1-32.
- Román de la Torre, M.<sup>a</sup> D. (1993). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Grapheus.
- Sanguinetti Raymond, W. (2009). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 389-416.
- Sanguinetti Raymond, W. (2016). *Redes empresariales y derecho del trabajo*. Granada: Comares.



- Todolí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal-Ré, F. (1993). Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 26-32.
- Valdés Dal-Ré, F. (2001). Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 79-88.
- Valdés Dal-Ré, F. (2012a). Hacia un derecho común de la flexibilidad interna. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 19-20, 1-20.
- Valdés Dal-Ré, F. (2012b). La reforma de la negociación colectiva de 2012. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 23-24, 221-257.



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



# La contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores: una visión diacrónica (1980-2020)

**Carmen Sánchez Trigueros**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Murcia*

**Francisco Javier Hierro Hierro**

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

## Extracto

En este estudio se realiza una aproximación a una de las cuestiones vinculadas con la contratación laboral española que ha tenido una mayor repercusión en la norma estatutaria a lo largo de sus 40 años de vigencia. Se trata de las materias relacionadas con la duración de la contratación. La diatriba duración indefinida versus duración determinada, en sus múltiples variantes, que estigmatiza la contratación laboral en España, marca el contenido de esta colaboración.

**Palabras clave:** contrato de trabajo; duración; temporalidad.

Fecha de entrada: 19-01-2020 / Fecha de aceptación: 20-01-2020

**Cómo citar:** Sánchez Trigueros, C. y Hierro Hierro, F. J. (2020). La contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores: una visión diacrónica (1980-2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 93-124.



# Labor recruitment in the Workers Statute: a diachronic vision (1980-2020)

Carmen Sánchez Trigueros

Francisco Javier Hierro Hierro

## Abstract

In this study, an approximation is made to one of the issues related to Spanish employment that has had the greatest impact on the statutory norm during its 40 years of validity. Thus, matters relating to the duration of the procurement will focus on the subject matter of interpretation. The diatribe of indefinite duration versus fixed duration, in its multiple variants, that stigmatizes employment in Spain, marks the content of this collaboration.

**Keywords:** work contract; duration; temporality.

**Citation:** Sánchez Trigueros, C. y Hierro Hierro, F. J. (2020). Labor recruitment in the Workers Statute: a diachronic vision (1980-2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 93-124.





## Sumario

1. Introducción: delimitando la materia objeto de estudio
2. La intencionalidad política en el uso de esta figura acorde a las necesidades del mercado laboral: de la utilización de la contratación temporal como medida de lucha contra el desempleo al objetivo irrenunciable del fomento de la estabilidad laboral (un valor seguro ¿e inalcanzable?)
  - 2.1. Presentación
  - 2.2. Del impulso de la temporalidad hacia la estabilidad en el empleo: bandazos sin ideologías (y con escasos efectos directos)
3. Claves en la configuración estatutaria
  - 3.1. El punto de partida
  - 3.2. La reforma del año 1984
  - 3.3. Las reformas de los años noventa
    - 3.3.1. Fomento del empleo a costa de la temporalidad
    - 3.3.2. La atribución de competencias a la negociación colectiva: haciendo partícipes a los agentes sociales de la temporalidad
    - 3.3.3. Otras concreciones, pero con un cambio de paradigma: hacia la estabilidad en el empleo
  - 3.4. ... y las del nuevo milenio
    - 3.4.1. Una nueva modalidad temporal: el contrato de inserción
    - 3.4.2. Desandando el camino (derogación del contrato de inserción) y ese tradicional juego del bamboleo (te doy y te quito)
    - 3.4.3. Nueva década, más reformas
    - 3.4.4. Y otra vez se da un paso atrás
    - 3.4.5. Para luego volver al mismo sitio
4. Problemas prácticos: breve referencia a algunos aspectos estadísticos para contextualizar esta realidad siempre inacabada
5. Propuestas de reforma

### Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio enmarcado en el proyecto de investigación «Sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones: ¿un diálogo imposible?», RETOS 2017 (referencia DER2017-86394-C2-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Agencia Estatal de Investigación) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

## 1. Introducción: delimitando la materia objeto de estudio

Han sido numerosas las ocasiones en las que la doctrina científica ha rendido tributo a la norma legal que por excelencia regula las relaciones laborales en el territorio nacional. Y lo ha hecho como sabe hacerlo, quizá del mejor modo en que puede llevarse a cabo este cometido, con el análisis, con el estudio y con la interpretación de sus preceptos, destacando y positivizando todo lo bueno que en ella se contiene a la par que aportando una crítica constructiva sobre los elementos necesitados de mejora.

De manera sistemática<sup>1</sup>, acompañado con los pronunciamientos de los tribunales menores y mayores<sup>2</sup>, estructurado en bloques o con el empleo de metodologías yuxtapuestas y combinadas<sup>3</sup>..., han sido constantes y variadas las contribuciones que han servido para homenajear al Estatuto de los Trabajadores (ET) en las últimas décadas.

Ahora, y esta oportunidad se verá seguida de otras muchas, se presenta de nuevo una ocasión magnífica para ensalzar su labor. Su 40 aniversario es la excusa adecuada para impulsar una vez más la puesta en valor de esta norma legal que de modo firme (si bien con numerosos ajustes y retoques continuos, sin duda exigidos por los cambios sociales y productivos que han penetrado en el ámbito de las relaciones laborales en el plano nacional e internacional) ha regido el marco laboral español.

Frente a las múltiples opciones que se le presentan al exégeta con relación a cómo enfrentarse a este nada simple envite (sistemática, compendiada...), aunque en lo que ahora atañe ceñido en exclusiva a la temática concreta y focalizada de los preceptos que se ocupan de la contratación laboral de esta previsión normativa, tal y como se nos ha encomendado por el Consejo de redacción de la revista, se ha optado por centrar el estudio en un aspecto determinado, muy singular y de extrema relevancia, la duración de los contratos. En especial, del precepto dedicado con carácter principal a ello, su artículo 15, contratos de duración indefinida y contratos temporales estructurales u ordinarios (obra o servicio determinado, eventuales por circunstancias de la producción y de interinidad), con la oportuna atención a aquellas otras figuras que los han acompañado (y a su vez abandonado) con el paso del tiempo.

<sup>1</sup> Vid. Cruz, García-Perrote, Goerlich y Mercader (2016); Monereo (2012); Montoya, Galiana, Sempere y Ríos (2014).

<sup>2</sup> Vid. Del Rey (2007).

<sup>3</sup> Vid. Goerlich (2016).

Se han desechado otras posibilidades. Se ha huido del análisis particularizado de las secciones que en bloque se ocupan de esta materia (elementos y eficacia de los contratos y modalidades contractuales –secciones 3 y 4, respectivamente, del capítulo I de la norma estatutaria–). No se ha querido realizar una aproximación a aspectos que, en términos generales, han permanecido inalterados desde su regulación salvo pequeñas cuestiones de matiz (trabajo de menores, capacidad para contratar, validez del contrato...). Se ha optado por no prestar atención a materias importantes, dignas también de ser destacadas, pero limitadas a colectivos individualizados de jóvenes o personas con difícil inserción (contratos formativos) o significativamente vinculadas a las personas de edad avanzada (contratos de relevo), por cuanto constreñiría el trabajo en exceso.

Por eso la colaboración se centra en la cuestión que presenta una más amplia repercusión en el sistema de relaciones laborales, que no es otra que la duración de los contratos. Esta materia lastra, en modo mayúsculo, múltiples políticas (vivienda, emancipación de los jóvenes, políticas sociales, inversión en capital humano, rotación de empleos, acceso al crédito personal, profesionalidad, monto de las indemnizaciones indexadas según antigüedad, movilidad geográfica, índices de afiliación sindical, carreras de cotización discontinuas, etc.) y sus implicaciones sobre estas son incuestionables. De ahí, la atención individualizada y excluyente de otras líneas tangenciales<sup>4</sup>, no en vano el gran bloque de las reformas laborales de los últimos tiempos se ha encaminado a luchar (con resultados poco esperanzadores) contra la dualidad del mercado de trabajo, favoreciendo el contrato de duración indefinida y limitando la temporalidad.

## **2. La intencionalidad política en el uso de esta figura acorde a las necesidades del mercado laboral: de la utilización de la contratación temporal como medida de lucha contra el desempleo al objetivo irrenunciable del fomento de la estabilidad laboral (un valor seguro ¿e inalcanzable?)**

### 2.1. Presentación

Basta recordar para corroborar la importancia de esta temática, que este aspecto individualizado (la duración de los contratos) ha desplegado en estos 40 años de democracia española (y que continúa entrañando hoy), algunas secuencias, algunas breves pinceladas, de las diversas intervenciones que los candidatos a la presidencia del Gobierno han vertido en los debates con los que se marca su acción futura de gobierno para el supuesto de contar tras este con el refrendo de las Cámaras, esto es, en el debate de investidura.

<sup>4</sup> Sobre la potenciación de la temporalidad en términos amplios, *vid.* Fundación 1.º de Mayo (2012, pp. 1-72).

Con esta simple aproximación se observa, sobre cualquier otro elemento, el valor concedido a la duración de la contratación en estas 4 décadas. De manera reiterada, con independencia del color político del Gobierno o de contar o no con el respaldo necesario o ser precisos apoyos puntuales para la investidura, siempre se han hecho referencias en este periodo de legislación laboral democrática a cómo debe articularse la duración de los contratos en beneficio de unas u otras políticas.

Bien de manera indirecta, bien de modo expreso, no ha faltado confrontación política de inicio de legislatura sin referencia a la caracterización del mercado de trabajo. A lo largo de las diferentes legislaturas, los candidatos a la presidencia del Gobierno de España han aludido al empleo, a los condicionantes de las relaciones laborales y se han fijado con diferente grado de intensidad entre sus objetivos, según los casos y la situación económica presente, la lucha contra el paro y contra la precariedad laboral desde el inicio de sus mandatos.

Perennemente ha jugado en este tablero un papel estelar la duración de los contratos, por cuanto con ello se buscaba una actuación directa contra el desempleo. La temporalidad contractual vista como medida de reparto de empleo, en algunos periodos, y el fomento de la contratación indefinida para evitar desigualdades en el mercado de trabajo, en otros, constituyen dinámicas recurrentes durante este espacio temporal.

## 2.2. Del impulso de la temporalidad hacia la estabilidad en el empleo: bandazos sin ideologías (y con escasos efectos directos)

Corresponde ahora, por ende, realizar un ligero extracto de estas voluntades políticas. Para acto seguido concatenarlas con las acciones legislativas acometidas en este pasar del tiempo.

El presidente de la transición, Adolfo Suárez González, fijaba como hito para la primera legislatura (1979-1982) la realización de programas de empleo específicamente destinados a favorecer la colocación de los trabajadores en paro, así como la iniciación de nuevas formas de contratación de trabajo a tiempo parcial<sup>5</sup>.

De otra parte, el dirigente socialista Felipe González Márquez ya señalaba en el año 1982 (segunda legislatura 1982-1986), y en los albores de lo que habría de ser un extenso mandato, que en la lucha prioritaria contra el paro se emplearían todos los instrumentos disponibles, todos los esfuerzos, desde la inversión creadora de empleo hasta la modificación

<sup>5</sup> Cfr. Diario de Sesiones (DS) –Congreso de los Diputados–, núm. 3, de 30 de marzo de 1979, p. 48 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL\\_003.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_003.PDF)>).

y reducción de horarios; pasando por ciertos reajustes de técnicas y de sectores o por la implementación de apoyos públicos a contratos para los sectores que encuentran más dificultad para acceder a un empleo<sup>6</sup>.

Con posterioridad, en el debate de la tercera legislatura (1986-1989), el señor González Márquez ensalzaba los logros alcanzados durante la etapa anterior. Reafirmaba su voluntad de seguir impulsando políticas de empleo concretas, intensificando las políticas ya ensayadas por este Gobierno y que habían producido 1.400.000 contrataciones por técnicas de fomento de empleo, de contratos temporales y de contratos de formación en el año 1985<sup>7</sup>.

El mismo presidente, ya en la cuarta legislatura (1989-1993), y ahora ante una situación económica propicia<sup>8</sup>, se expresaba a favor de una actuación decidida desde el Gobierno para complementar en número y en estabilidad los puestos de trabajo, reformando los servicios públicos de empleo y apoyando la contratación indefinida y la conversión de contratos temporales en empleos duraderos<sup>9</sup>.

Se dio paso, entonces, del fomento de la temporalidad como medida para luchar contra el desempleo a la propulsión de la estabilidad laboral. Sin embargo, estas políticas tuvieron un escaso recorrido ante la llegada de un nuevo ciclo económico complejo.

En su última legislatura al frente del Ejecutivo, la quinta (1993-1996), el señor González Márquez señalaba ante este nuevo contexto económico adverso que «un empleo temporal es mucho mejor que un no empleo. Entre un empleo temporal y uno fijo, es mejor el fijo; entre un empleo temporal y un no empleo, es mucho mejor un empleo temporal»<sup>10</sup>.

Otros tiempos marcaron la sexta legislatura (1996-2000). Tras casi 3 lustros de Gobiernos socialistas se produjo la alternancia con otra fuerza política. El objetivo señalado entonces por el señor Aznar López fue, con la aplicación de ambiciosas reformas económicas, el relanzamiento de las oportunidades de empleo estable, gran objetivo de toda la sociedad española. Es esta, en palabras del candidato a la presidencia del Gobierno:

<sup>6</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 3, de 30 de noviembre de 1982, p. 32 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL\\_003.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_003.PDF)>).

<sup>7</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 22 de julio de 1986, p. 22 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>8</sup> Acerca de los contextos socioeconómicos presentes en las distintas reformas laborales, *vid.* Fundación 1.º de Mayo (2012, pp. 1-72).

<sup>9</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 4 de diciembre de 1989, p. 26 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L4/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>10</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 8 de julio de 1993, p. 56 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

[...] una situación que produce cotidianamente una doble injusticia: el agravio entre quienes tienen trabajo y quienes carecen de él y la dualidad en el mercado laboral entre quienes gozan de un puesto protegido y quienes están sujetos a la precariedad<sup>11</sup>.

Finalidad también perseguida por el señor Aznar López en su segundo y último mandato. Se señalaba entonces por el candidato que la reducción de la temporalidad había sido insuficiente, de ahí que entre los objetivos a alcanzar durante la séptima legislatura (2000-2004) se estableciera la implantación de medidas que ayudasen a la creación de empleo y a la reducción de la temporalidad<sup>12</sup>.

Tendencia seguida desde entonces y sin ambages por todos los Ejecutivos. Primero, por los Gobiernos socialistas bajo el mandato del señor Rodríguez Zapatero. De una parte, en su primera legislatura al frente del Ejecutivo (octava legislatura 2004-2008), el candidato a la presidencia del Gobierno manifestó su intención de provocar un acuerdo social de competitividad y empleo estable, definiendo sobre nuevas bases los supuestos de contratación temporal y constituyendo una apuesta clara la creación de empleo estable y de calidad<sup>13</sup>.

Luego reiterada en la novena legislatura (2008-2011) –la segunda del señor Rodríguez Zapatero–, donde se insistía en la promoción de medidas para favorecer las actividades generadoras de empleo, articulando políticas para reducir la temporalidad del mercado laboral hasta el 25 %, objetivo expreso y concreto para el periodo de gobierno que comenzaba.

Después, por los Gobiernos del Partido Popular. Así se constata cuando el señor Rajoy Brey (décima legislatura 2011-2016) señala que le parece peligrosa la situación que se vive en España, donde solo hay dos tipos de contratos: el contrato indefinido, con una indemnización muy elevada, y el contrato temporal, convertido en el modelo de contrato por excelencia, que en la práctica se traduce en que en España no hay contratos indefinidos y solo hay contratos temporales, manifestando su intención de corregir esta situación<sup>14</sup>.

Esa idea se mantiene en la duodécima legislatura<sup>15</sup> (2016-2019). Tanto en su primer discurso de investidura, con la aspiración de alcanzar los 20 millones de personas trabajando

<sup>11</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 3 de mayo de 1996, p. 29 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>12</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 25 de abril de 2000, p. 27 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>13</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 15 de abril de 2004, p. 22 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>14</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 19 de diciembre de 2011, p. 26 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL\\_002.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_002.PDF)>).

<sup>15</sup> Recuérdese que la undécima legislatura (2016-2016) solo se extendió durante unos meses sin que el candidato propuesto a la presidencia del Gobierno (Sánchez Pérez-Castejón) obtuviera entonces el apoyo

en la España de 2020, manteniendo «el ritmo actual de creación de medio millón de puestos de trabajo al año, y lograr también que cada vez sean de mayor estabilidad y calidad»<sup>16</sup>. Como en su segundo discurso de investidura, si bien no de modo directo<sup>17</sup>.

Renovado el Poder Ejecutivo a través de la moción de censura presentada, el candidato a la presidencia, el señor Sánchez Pérez-Castejón, relataba la que para él era la situación del mercado laboral español:

[...] preso de una inaceptable tasa de temporalidad y la desigualdad se abre paso hasta consolidar la figura del trabajador pobre, del autónomo prisionero de la rueda de la precariedad, del pequeño empresario ahogado por los impuestos o del joven incapaz de poder emanciparse por la burbuja que sufre la vivienda en nuestro país, ya sea la de propiedad o la de alquiler<sup>18</sup>.

Lo que exigía acciones inmediatas.

De este modo, puede concluirse que la finalidad perseguida se ha mantenido más de 2 décadas y que la reiteración de propósitos por los diversos Ejecutivos muestra el fracaso de las diversas políticas acometidas hasta el momento.

Aspectos que traería una vez más a las Cámaras en su discurso de debate de investidura (decimotercera legislatura 2019-2019<sup>19</sup>), remarcando la elevada tasa de temporalidad de casi un 26 %, los niveles de empleo a tiempo parcial no voluntario..., que reflejan una realidad del mercado laboral que hace que «muchos españoles y españolas sufran precariedad y la precariedad laboral se traduce en vidas en permanente estado de incertidumbre». Deficiencias estructurales llamadas nuevamente a ser corregidas<sup>20</sup>.

---

necesario de las Cámaras, lo que provocó una nueva convocatoria de elecciones. No obstante, es importante destacar que la acción de futuro del entonces candidato también contemplaba medidas en este campo, señalando de modo expreso la limitación a 2 años de la contratación por tiempo determinado, el aumento de la indemnización por despido en el segundo año y el establecimiento de mejores incentivos a la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos.

Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 1 de marzo de 2016, p. 12 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L11/CONG/DS/PL/DSCD-11-PL-2.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/DS/PL/DSCD-11-PL-2.PDF)>).

<sup>16</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 3, de 30 de agosto de 2016, p. 8 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-3.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-3.PDF)>).

<sup>17</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 12, de 26 de octubre de 2016, p. 6 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-12.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-12.PDF)>).

<sup>18</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 126, de 31 de mayo de 2018, p. 24 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-126.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-126.PDF)>).

<sup>19</sup> De nuevo sin consecuencias jurídicas al no obtener la mayoría suficiente en las Cámaras para configurar Gobierno.

<sup>20</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 22 de julio de 2019, pp. 6-7 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L13/CONG/DS/PL/DSCD-13-PL-2.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/DS/PL/DSCD-13-PL-2.PDF)>).

Finalmente, en el último debate de investidura del candidato propuesto por su majestad el rey don Felipe VI a la presidencia del Gobierno, el señor Sánchez Pérez-Castejón, para la decimocuarta legislatura (2019-), identificaba como su primer capítulo de acción de gobierno la consolidación del crecimiento, la creación de empleo digno. «De ahí, por ejemplo, que propugnemos un crecimiento que se traduzca en empleo; de ahí que propugnemos un crecimiento que combata la precariedad; de ahí que propugnemos un crecimiento que garantice el trabajo digno, estable y de calidad»<sup>21</sup>.

Era fácil enlazar el tenor de esta intervención con el contenido programático del acuerdo suscrito entre Unidas Podemos y el Partido Socialista para conformar un Gobierno progresista de coalición, fechado el pasado 30 de diciembre de 2019.

En lo que ahora atañe, destacan de este documento la simplificación y reordenación del menú de contratos de trabajo, reforzando «el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo», y la exploración de «las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales», a lo que se une el impulso a la lucha contra el fraude laboral, centrando sus esfuerzos, en otras áreas, en el abuso de la contratación temporal concatenada sobre un mismo trabajador o trabajadora, o un mismo puesto de trabajo<sup>22</sup>.

Pues bien, esta reiterada referencia a la duración de los contratos ha tenido, lógicamente, su repercusión directa sobre el ET, propiciándose las reformas normativas necesarias para acordar la intencionalidad política expresada y la realidad jurídica.

Una vez concretada la materia objeto de estudio, su enfoque, destacada la variabilidad/estabilidad política sobre la temática (y dada la caracterización particular que presenta el número monográfico de la revista que nos acoge), se presenta de manera jalonada su evolución, a lo largo de los años, haciendo manifestación de esta secuencia reformadora.

Se insiste sobre aquellos aspectos que directamente han suscitado la atención del legislador respecto del artículo 15 del ET<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. DS –Congreso de los Diputados–, núm. 2, de 4 de enero de 2020, p. 13 (<[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-2.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-2.PDF)>).

<sup>22</sup> PSOE/Unidas Podemos: «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España» (pp. 4-5) (<<https://ep00.epimg.net/descargables/2019/12/30/87348523b35b92d92f5702e3cc84d950.pdf>>).

<sup>23</sup> Han sido numerosas las ocasiones en las que las distintas reformas laborales han albergado modificaciones atinentes a otras modalidades contractuales de carácter temporal no recogidas en este precepto (contratos formativos, contratos de relevo, contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación...), cuyo estudio excede de las pretensiones de esta colaboración.



### 3. Claves en la configuración estatutaria

#### 3.1. El punto de partida

El artículo 15 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, presumía que el contrato de trabajo siempre era concertado por tiempo indefinido<sup>24</sup>.

No obstante, y pese a esta pauta maestra, esta misma disposición legal reconocía la posibilidad a empresarios y trabajadores de convenir contratos de trabajo de duración determinada en los siguientes supuestos:

- a) Para la realización de obra o servicio determinado<sup>25</sup>.
- b) Para cubrir circunstancias del mercado, acumulación de tareas, exceso de pedidos o razones de temporada, aun cuando se tratasen estas de la actividad normal de la empresa. Esta contratación presentaba un límite en el tiempo, ya que no podía extenderse durante más de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses, debiendo recogerse expresamente la causa determinante de su duración<sup>26</sup>.
- c) Para la sustitución de otros trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siendo preciso especificar en el contrato de trabajo el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución<sup>27</sup>.
- d) En los casos regulados por el Gobierno (cuando se hiciera uso de la potestad otorgada al Ejecutivo) para facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo. Aquí, como indican Luján y González (2014, p. 451), la naturaleza temporal no responde a exigencias del proceso productivo, sino a una decisión de política legislativa orientada a la creación de empleo y al favorecimiento de la integración laboral de trabajadores con dificultades de acceso al mercado de trabajo. Dicho de otra manera: se trata de un contrato de trabajo cuya temporalidad no es estructural, sino coyuntural.
- e) También formaron parte de este tipo de contratación los fijos discontinuos. Disponía a tal fin la norma que esta modalidad temporal (o la calificación de temporalidad concedida entonces) les era aplicable igualmente a quienes prestasen su actividad en trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter dis-

<sup>24</sup> Analizan extensamente esta modalidad contractual Sempere y González (2014, pp. 55-359).

<sup>25</sup> Ampliamente sobre esta figura, García (1995, pp. 9-37) y Pérez y González (2014, pp. 493-524).

<sup>26</sup> Un completo análisis de esta modalidad contractual en Arias, Ramos y González (2014, pp. 525-575) y Ballester (1998, pp. 51-72).

<sup>27</sup> Una aproximación a esta figura en Barrios y González (2014, pp. 577-606).

continuo. Rodríguez y González (2014, pp. 361-384) señalan la evolución tormentosa, inconstante o sujeta a múltiples variables de los fijos discontinuos respecto a su encaje en la contratación, poniendo de manifiesto sobre esta etapa en concreto la pérdida de identidad propia, caracterizada su inclusión como una modalidad más de contrato de duración determinada, limitada a trabajos periódicos, donde desaparece la referencia a que el llamamiento se haga por riguroso orden de antigüedad, así como la posibilidad de que ante la falta de llamamiento el trabajador pueda reclamar por despido. Se considera de este modo el contrato fijo discontinuo como una sucesión de contratos temporales.

Con independencia de este amplio margen atribuido a la temporalidad por la norma estatutaria, la predilección del texto legal por los contratos de duración indefinida era clara. No solo porque en el apartado uno de su artículo 15 ya suponía esta condición, como regla general, de inicio y salvo las excepciones señaladas, sino también porque dos de los tres apartados que lo acompañan en esta redacción originaria apostaban de manera decidida por ello.

Así, de una parte, se reconocía la condición de fijo, independientemente de la modalidad de contratación realizada, cuando las personas trabajadoras no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual o superior al periodo de prueba establecido para la actividad en cuestión (presunción *iuris tantum*, Sempere, 2011, pp. 85-87). A esta regla general de conversión en indefinido del contrato temporal irregular, no obstante, pronto la norma marcó una pauta de excepcionalidad añadida, esto es, cuando de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se dedujera claramente la duración temporal de los mismos. Quedaba, por tanto, sin esta transformación (sanción) el incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de Seguridad Social en dos supuestos de gran trascendencia que hacen cuestionarse la virtualidad de la regla fijada (la no alta durante el periodo de prueba o cuando la naturaleza de la actividad determinase su carácter temporal).

De otra parte, el apartado tercero de este mismo precepto regulaba una nueva presunción. Ahora se entendían celebrados por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

No parece que cupiera otra opción, ni siquiera la presunción. Un contrato temporal que no es tal, faltando la causalidad, debe derivarse hacia la figura reguladora estándar para la regulación de la relación empresario-trabajador, el contrato de trabajo de duración indefinida.

Se manifiesta, por tanto, en esta primera etapa, una clara predilección por la contratación indefinida, distante, sin embargo, con las manifestaciones expresadas por los dirigentes políticos respecto a la potenciación de la temporalidad como herramienta de lucha contra el desempleo lacerante en aquellos momentos históricos (Fundación 1.º de Mayo, 2012, pp. 1-72).

## 3.2. La reforma del año 1984

Ante un contexto socioeconómico negativo, con altas tasas de desempleo –superiores al 20%– (Fundación 1.º de Mayo, 2012, p. 7), se acometió la primera de las reformas laborales con una incidencia directa en la duración de los contratos. Constituye esta modificación, en términos de la propia norma reformadora (Ley 32/1984, de 2 de agosto):

[...] una necesidad imperiosa en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro, más sustancial que el de los últimos años, se traduzcan en la creación del mayor número de empleos posibles, objetivo fundamental y prioritario del programa del Gobierno (exposición de motivos Ley 32/1984).

En lo que ahora interesa, se postuló una apuesta clara y decidida en favor de la temporalidad de los contratos. La Fundación 1.º de Mayo (2012, p. 8) sostiene que esta reforma constituye:

[el] punto de inflexión más profundo en nuestro sistema de relaciones laborales, por cuanto se abre la puerta a la contratación temporal «descausalizada», al arbitrio del empleador, y se inicia así la senda hacia la dualización del mercado de trabajo en España, y a una intensa rotación en la contratación.

No en vano, la exposición de motivos de la norma identificaba como uno de los aspectos generalmente considerados como obstaculizadores de la contratación la escasa seguridad jurídica de la normativa sobre contratación temporal, actuándose de modo claro y directo sobre la misma.

En este orden de cosas se actuó en diversos ámbitos:

- De un lado, la ley eliminó como causa de temporalidad del contrato eventual por circunstancias de la producción la referencia a las «razones de temporada» empresarial previstas en la redacción de base, por cuanto no eran pocos los puntos de confusión con el trabajo fijo discontinuo que ello provocaba (Ballester, 1998, p. 96).
- De otro, se incluyó una nueva modalidad de contratación temporal. En esta ocasión cuando se tratase del lanzamiento de una nueva actividad por la empresa. La finalidad de esta regla no era otra que disminuir los riesgos asociados a las nuevas inversiones efectuadas por el sector empresarial evitándole excesivas cargas laborales ante nuevas acciones emprendedoras que lastrarán su iniciativa.

No fue, sin embargo, una concesión ilimitada y abierta. La norma dispuso que, como máximo, la duración de estos contratos vinculados a la apertura de una nueva línea de negocio podía extenderse por un periodo de 3 años. Extensión

temporal esta que se entendió como suficiente para que las nuevas actividades puestas en marcha se consolidaran en el mercado, encontrarán su adecuada viabilidad económica y precisaran de oportuno soporte y acompañamiento público. Por ello, los trabajadores que continuaran prestando servicios en la empresa transcurridos esos 3 años desde el lanzamiento de la actividad pasarían a ser trabajadores por tiempo indefinido.

En términos, una vez más, de la propia disposición legal, esta nueva regulación respondía a las orientaciones que en esta materia dictaba la Comunidad Económica Europea, teniendo, por tanto, vocación de permanencia.

- Además, se dejó abierta la potestad reconocida al Gobierno para la regulación de la contratación temporal como medida de fomento de empleo, con una referencia genérica a facilitar «la colocación de trabajadores demandantes de empleo». Desaparece, de este modo, la concreción de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, como personas de edad avanzada, quienes acceden al primer empleo... Se trata, claro está, de una medida en la que, acorde a los postulados políticos del momento (*vid. supra*), se emplearían todos los instrumentos disponibles en la lucha prioritaria contra el paro, también a través de la implementación de los apoyos públicos necesarios (desgravaciones, subvenciones...).
- Por último, como medida favorecedora de estas reglas, se estableció que, tanto en los nuevos contratos temporales por lanzamiento de actividad como en los supuestos en los que el Gobierno hiciese uso de la contratación temporal como medida de fomento de empleo, los contratos celebrados por una duración inferior a la máxima establecida (3 años) podían ser objeto de prórroga por acuerdo entre las partes por espacios temporales no inferiores a los mínimos establecidos. En el caso de no ser denunciado el contrato y continuar la prestación de servicios, esta prórroga se accionaba automáticamente hasta el periodo máximo establecido.

Nada varió la redacción del contrato por obra o servicio determinado y se mantuvo en este precepto legal la regulación del trabajo fijo discontinuo, con variaciones notables en cuanto al llamamiento de los trabajadores, despido... (reconociéndole, en fin, identidad propia respecto del contrato temporal, Rodríguez y González, 2014, p. 364).

Como expresamente defiende la norma reformadora, este empuje a la contratación temporal tiene por objetivo la creación de empleo, favoreciendo «el que las empresas funcionen en cada momento con el mayor volumen de empleo posible» (exposición de motivos Ley 32/1984).

No puede dejar de mencionarse sobre esta materia que la norma instrumentó por primera vez la indemnización a la terminación de los contratos temporales, si bien solo respecto de aquellos empleados como medida de fomento al empleo y postergó al desarrollo reglamentario su concreción.

### 3.3. Las reformas de los años noventa

#### 3.3.1. Fomento del empleo a costa de la temporalidad

En los años 1993 y 1994 tuvo lugar la promulgación del Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, y de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, que vinieron a reformar el marco de relaciones laborales existente ante la gravedad de la situación económica del momento<sup>28</sup> (la Fundación 1.º de Mayo –2012, p. 10– señala que en aquellos años ya eran prácticamente 4 millones las personas en paro y la tasa de desempleo del 24,2 %). El objetivo prioritario de ambas normas era la lucha contra el desempleo y la potenciación de la capacidad generadora de creación de puestos de trabajo.

Aun cuando la primera de las disposiciones legales regulaba en su artículo 5 el establecimiento de programas de empleo para el fomento de la contratación por las pequeñas empresas, fue la Ley 10/1994, de 19 de mayo, la que, en ejecución de esta previsión legal y conforme al artículo 17.3 (por cuanto había sido dejado sin efecto el apdo. 2 del art. 15) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, concretó el programa para el año 1994 (disp. adic. sexta).

Así, con una clara apuesta por favorecer la incorporación al empleo de ciertos colectivos (en cualesquiera condiciones<sup>29</sup>), se dispuso que las empresas podrían concertar contratos temporales sin causa («para la realización de sus actividades cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas») siempre que estos tuvieran lugar con trabajadores desempleados mayores de 45 años, minusválidos o beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial. Además, y como medida de acompañamiento, se dispuso que estas contrataciones estarían arropadas con reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, en porcentajes que oscilaban entre un 50 y un 100 %, según los casos.

Junto a ciertos requisitos formales (por escrito y en modelo oficial) y procedimentales (a través de las oficinas de empleo y mediante la presentación de oferta genérica de empleo), también la norma concretó la duración mínima (12 meses) y máxima (3 años) de estos contratos, pudiéndose prorrogar cuando hubieran sido concertados por un plazo inferior al máximo establecido por periodos no inferiores a 12 meses.

Contratación que, no obstante, también se vio acompañada por la potenciación de la modalidad indefinida, en tanto que se fijaron distintos beneficios económicos (según los colectivos afectados) por la transformación de los contratos eventuales en duración indeterminada.

<sup>28</sup> Tal y como se evidenciaba en sus exposiciones de motivos.

<sup>29</sup> Es oportuno traer a colación las palabras del señor González Márquez al inicio de la legislatura en la que se promulgó esta disposición normativa: «un empleo temporal es mucho mejor que un no empleo. [...] entre un empleo temporal y un no empleo, es mucho mejor un empleo temporal» (cfr. *supra*).

Sin embargo, ante la opción que se le presentaba al empresariado de un contrato temporal sin causa incentivado con reducciones en las cotizaciones y un contrato de duración indefinida con ayuda económica, parece claro cuál habría de ser la intencionalidad de este.

### 3.3.2. La atribución de competencias a la negociación colectiva: haciendo partícipes a los agentes sociales de la temporalidad

El mismo día que se publicaba el programa de fomento de empleo para el año 1994 aparecía en el periódico oficial la Ley 11/1994, de 19 de mayo, reformadora de varios textos del orden jurídico-laboral (ET, Ley de procedimiento laboral y Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social).

En esta ocasión, como ya sucediera en la modificación del año 1984, el legislador optó por dar una nueva redacción al artículo 15 de la norma estatutaria. Con modificaciones de calado, reconociendo una participación destacada y hasta ahora impropia a la negociación colectiva respecto a la contratación temporal, otorgándole amplias y sugerentes competencias, haciéndola partícipe, en fin, de la temporalidad (con el convencimiento de que una mayor funcionalidad de la negociación colectiva en estos temas contribuiría a lograr los generales objetivos de flexibilidad y adaptabilidad –Sempere, 2011, p. 30–).

Así, se entiende oportuno destacar los siguientes aspectos:

- Se elimina la presunción *juris tantum* del carácter indefinido del contrato de trabajo que desde el año 1980 regía el marco de la duración contractual, pasándose a una redacción neutra que no dejaba traslucir, con igual nitidez, la preferencia de la norma por la contratación indefinida (Pérez y González, 2014, p. 495), si bien, como señala la mejor doctrina, aún puede deducirse de la dicción de la norma la predisposición hacia la contratación indefinida (Alonso y Casas, 2009, p. 256).
- Se mantienen las mismas figuras en cuanto a los contratos temporales, sin eliminación ni introducción de nuevos tipos (obra o servicio, eventual por circunstancias de la producción, interinidad y por lanzamiento de nueva actividad).
- Se concede a la negociación colectiva la potestad para identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de obra o servicio determinado.
- Se concreta el *dies a quo* para el cómputo de los plazos autorizados en la contratación eventual por circunstancias de la producción, permaneciendo inalterado (si bien con carácter condicionadamente dispositivo –Arias *et al.*, 2014, p. 528–, por lo que se verá a continuación) el doble parámetro temporal señalado al respecto (duración máxima de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses).

- El convenio colectivo sectorial es autorizado para modificar la duración máxima de los contratos eventuales por circunstancias de la producción o el periodo dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad, dejándose una amplia vía abierta en pro de la temporalidad.
- Se elimina la referencia expresa a la transformación en indefinido del trabajador que permaneciera en la empresa transcurrido el plazo de 3 años desde el lanzamiento de la actividad.
- No se contiene ninguna alusión en la nueva redacción a la potestad reconocida al Gobierno en cuanto a la puesta en marcha de la celebración de contratos de duración determinada con el objeto de facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo (Sempere, 2011, p. 30).
- Se ajusta el plazo para la adquisición de fijeza de los trabajadores en los supuestos de no haberse tramitado el alta en la Seguridad Social.

En fin, se acomete de modo amplio y generoso la reforma de la duración de la contratación laboral con una clara tendencia a favor de la temporalidad. Los tiempos especialmente contrarios, con altas cifras de desempleo, animaban al reparto del trabajo, aun cuando era precario.

### 3.3.3. Otras concreciones, pero con un cambio de paradigma: hacia la estabilidad en el empleo

En el año 1995 se publicó el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con la finalidad propia de esta disposición legal, los cambios introducidos sobre la materia fueron de mero ajuste o retoque, con apenas algunas adecuaciones de redacción.

Sin embargo, ello no fue precursor de igual tendencia en los años sucesivos. Solo 2 años después de la publicación de la norma maestra, y tras el cambio de Gobierno, se promulgaba el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo. Posteriormente tramitado como proyecto de ley y que dio como resultado la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de cuya misma rúbrica se desprende la apuesta decidida ahora por la contratación indefinida. Envite compartido por los agentes sociales (propulsores de las medidas) y por el Gobierno.

El cambio de ciclo económico había de ser aprovechado para acometer «de manera decidida y urgente las oportunas reformas con el objetivo de luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo, en especial del empleo estable» (exposición de motivos).

Pues bien, en lo que ahora interesa, la presente norma tiene entre sus objetivos específicos potenciar la contratación indefinida y especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los contratos de obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción.

De ahí que con carácter transitorio se articule una modalidad para el fomento de la contratación indefinida, dirigida a colectivos específicos singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral, estableciéndose algunas particularidades en lo que se refiere a su régimen indemnizatorio; y se otorgue un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la contratación, especialmente en los temporales causales.

En ese pretendido impulso a la contratación indefinida y con la finalidad de facilitar la colocación estable de desempleados y de personas sujetas a contratación temporal, se fijaron nuevas condiciones para un contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida. Su particularidad no residió en la tradicional identificación de colectivos que podrían sujetarse a esta medida (jóvenes de entre 18 y 29 años, parados de larga duración...), sino en la fijación de un limitado régimen indemnizatorio<sup>30</sup>. En el supuesto de extinción contractual por causas objetivas declarado improcedente, la cuantía de la indemnización sería de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades (frente a los 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades).

De modo concreto, y respecto a la contratación temporal, estos ajustes se circunscriben como sigue:

- Se elimina el contrato temporal por lanzamiento de una nueva actividad.
- Respecto de los contratos por obra o servicio determinado se establece:
  - Que estos han de tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, siendo su ejecución en principio incierta.
  - Y frente a la generalidad previa, que han de ser los convenios colectivos de sector, estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, los que puedan identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia.
- Con relación a la contratación eventual por circunstancias de la producción:
  - Se delimita, al igual que en el supuesto anterior, en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal (ante la indeterminación previa) o, en su defecto, de ámbito inferior, la potestad de modificar la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar.

<sup>30</sup> Vid. Luján y González (2014, p. 477), que reseñan las cautelas fijadas para su establecimiento.



- En todo caso, se establece que esta duración máxima en ningún caso podrá extenderse por más de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido.
- Y, por último, se atribuye a la negociación colectiva, con carácter abierto, la posibilidad de determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa, esto es, la fijación de un orden de limitaciones a la contratación temporal eventual puramente numérico (Arias *et al.*, 2014, p. 529).

## 3.4. ... y las del nuevo milenio

### 3.4.1. Una nueva modalidad temporal: el contrato de inserción

Arrancaba el milenio con una nueva reforma laboral. La evolución positiva del empleo de los últimos años mostraba la necesidad de plantear otra reforma orientada a reducir las «aún excesivas tasas de temporalidad existentes» (exposición de motivos Ley 12/2001, de 9 de julio, antecedida por el RDL 5/2001, de 2 de marzo).

Entre las modificaciones efectuadas, la correspondiente a la duración del contrato de trabajo, destacándose las dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada.

Así, respecto de los contratos temporales se dispuso:

- Una limitación temporal para los contratos eventuales por circunstancias de la producción, no pudiendo superar en ningún caso los 12 meses (ante los 13 y medio previos), ni siquiera cuando por negociación colectiva se hubiera ampliado el periodo dentro del cual este fuera computable.

Y la posibilidad de prórroga de estos contratos cuando se hubieran concertado por una duración inferior a la máxima establecida, por una única vez y sin que la duración total del contrato pudiera exceder de la mencionada duración máxima. Lo que sin aumento temporal haría incrementar la pervivencia de temporalidad.

- Una nueva modalidad de contrato temporal en las Administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro, de inserción<sup>31</sup>, con distintas causas: realización

<sup>31</sup> Sobre la función social de este tipo de contratos, *vid.* Sempere (2006, p. 81).

de obra o servicio de interés general o social, medio de adquisición de experiencia laboral o mejora de la ocupabilidad del desempleado (sin concreción de tiempo).

A los servicios públicos de empleo les compete la financiación de los costes salariales (en la cuantía equivalente a la base mínima de cotización del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador) y de Seguridad Social (las cuotas derivadas de dichos salarios), todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador<sup>32</sup>.

- La posibilidad de que la negociación colectiva fijara requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.
- El reconocimiento de los mismos derechos a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada que a los trabajadores con contratos de duración indefinida, con salvedades en materia de extinción del contrato, en contratos formativos o en el contrato de inserción.
- La obligación empresarial de informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales sobre los puestos de trabajo vacantes para favorecer la permanencia en la misma.
- La potestad de los convenios colectivos para establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.
- Una nueva regulación para los trabajadores fijos discontinuos.
- Y una indemnización económica a la terminación del contrato temporal (excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos) en la cuantía que se determinase en la negociación colectiva o en la normativa específica. En su defecto, esta indemnización se corresponderá con 8 días de salario por cada año de servicio.

Como se observa, surge una amplia batería de medidas de lucha contra la temporalidad, a la par que la inclusión de alguna propuesta favorecedora de la misma, especialmente en el marco de las Administraciones públicas, pese a que en ellas dicha práctica debiera ser residual.

---

<sup>32</sup> Sobre los gastos subvencionables, el artículo 24 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, también incluyó los complementos salariales de residencia reglamentariamente establecidos.

De igual modo se impuso la obligación al ministerio con competencias en materia laboral de informar con carácter trimestral a la Comisión Delegada del Gobierno sobre las subvenciones concedidas y satisfechas en dicho periodo, así como sobre el seguimiento y control de estas.

Y respecto a la duración indefinida se prorroga el contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida con tres importantísimas novedades:

- Eliminación de restricción temporal a la vigencia del modelo.
- Práctica universalización del ámbito subjetivo.
- Reducción de las limitaciones fijadas a las empresas para la válida celebración de esta modalidad contractual (Luján y González, 2014, p. 479).

### 3.4.2. Desandando el camino (derogación del contrato de inserción) y ese tradicional juego del bamboleo (te doy y te quito)

No se haría esperar una nueva modificación del precepto analizado. En el año 2006, y entre otros muchos factores, la persistencia de segmentaciones entre contratos temporales e indefinidos y, sobre todo, la elevada tasa de temporalidad provocaron un nuevo retoque de la legislación existente.

Medidas de impulso de la contratación indefinida, un nuevo programa de fomento del empleo, el estímulo de la conversión de contratos temporales en indefinidos, la mejora de la utilización de la contratación temporal constituyen, en lo que ahora interesa, el núcleo del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio. Posteriormente tramitado como proyecto de ley, este dio como resultado la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Esta regulación introdujo importantes reglas para la reducción de la temporalidad:

- De una parte, derogó el apartado 1 d) del artículo 15 (el contrato de inserción)<sup>33</sup>.
- Limitó, además, la concatenación de contratos, señalando la adquisición de firmeza de aquellos trabajadores que hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses en un periodo de 30 meses (que constituye la medida más espectacular de la norma –Sempere, 2006, p. 89–).
- Y concedió facultades a la negociación colectiva para la fijación de requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada.

No sin dejar de jugar con el tradicional vaivén, operado en esta ocasión con la inclusión del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad completamente abierto, sin causa<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Sobre su escasa incidencia práctica, con efectos más simbólicos que reales, *vid.* Sempere (2006, pp. 80-83).

<sup>34</sup> Manifestando la difícil comprensión de esta medida, *vid.* Hierro (2006, pp. 217-226) y Luján (2006, pp. 60-61).

### 3.4.3. Nueva década, más reformas

La Estrategia de economía sostenible (2009) incluía el compromiso de realizar una reforma del mercado de trabajo. Esta se materializó en primera instancia a través del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio. Sustituido al tiempo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. No falta entre sus objetivos fundamentales la reducción de la dualidad del mercado laboral a través de la creación de empleo estable y de calidad. Para ello, su actuación se distribuyó en paralelo en la restricción del uso injustificado de la contratación temporal y en el impulso de una utilización más extensa de la contratación indefinida.

Entre las primeras, destacan las medidas dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, los ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales y el incremento hasta 12 días de la indemnización por finalización de contratos temporales (si bien de manera gradual y progresiva).

Sobre la utilización más extensa de la contratación indefinida se vuelve en torno a la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida, que hasta el momento había venido incumpliendo su cometido.

Pues bien, de manera concreta, estas medidas se traducen en:

- La limitación a un periodo máximo de 3 años (pudiendo llegar hasta 4 años cuando así se disponga por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior<sup>35</sup>) de los contratos de obra o servicio determinado (se persigue evitar la práctica precedente que permitía un uso desnaturalizado –Sempere y Pérez, 2010, pp. 172-173–, aun cuando esta nueva regulación asemeje la figura a la del contrato eventual, desvirtuando la causalidad que tradicionalmente le ha sido exigible). Transcurrido este, los trabajadores adquirirán, de manera automática (Meléndez, 2011, p. 36), la condición de fijeza<sup>36</sup>.
- La inclusión de ciertos retoques, matizaciones o ajustes (Sánchez y Sempere, 2010b) en la regulación del encadenamiento de contratos para evitar desfases y posibles interpretaciones equívocas. De este modo, se exceptiona de la regla la previsión referida a los contratos de obra o servicio determinado; se da cabida en el cómputo de los plazos preceptivos a la realización de actividad en «diferentes» puestos de trabajo (antes solo aludía al mismo puesto, sin que ello contribuyera a minorar la polémica aplicativa sobre el concepto de puesto de trabajo –Sempere

<sup>35</sup> Una crítica a la falta de causa de esta potestad en Sánchez y Sempere (2010a) y Sempere y Pérez (2010, pp. 175-176).

<sup>36</sup> Planteando numerosos interrogantes sobre este efecto, *vid.* Sempere y Pérez (2010, pp. 177-178).

y Pérez, 2010, p. 178–) dentro de un grupo de empresas o en los supuestos de sucesión o subrogación empresarial (Sempere y Martín, 2012a, p. 44)<sup>37</sup>.

Junto a las excepciones existentes (contratos formativos, de relevo e interinidad) se incluyen además los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción, si bien con limitaciones (Sempere, 2010, p. 346).

- La fijación en 12 días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación a la terminación de los contratos temporales (excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, sin que quepa buscar agravios e impugnar la diferencia legal –Sempere y Pérez, 2010, p. 179–)<sup>38</sup>.

Sobre la contratación indefinida se vuelve a incidir en la regulación del contrato para fomento de la contratación indefinida, haciéndolo prácticamente universal. Y ello pese a la paradójica «falta de concordancia entre la alta valoración que el mismo tiene para el Gobierno y los interlocutores sociales y la pobre y casi inexplicable aceptación práctica» de los últimos años (Luján, 2010, p. 258).

#### 3.4.4. Y otra vez se da un paso atrás

El artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, suspende, durante un plazo de 2 años, la regla que da lugar a la adquisición de fijeza en los supuestos de concatenación de contratos temporales. La explicación ofrecida entonces por la norma de urgencia fue que «en la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal» (Meléndez, 2011, p. 39).

Es patente, sin duda, el carácter maleable del legislador con relación a la contratación temporal. En buena medida persigue su erradicación o minoración, pero se sabe incapaz de actuar con carácter cierto ante situaciones económicas adversas, atrayendo aquella aseveración de que más vale un contrato temporal que un no contrato.

<sup>37</sup> Se introduce igualmente un nuevo apartado 9 en este precepto, que alude a cuestiones procedimentales y de acreditación de esta condición de trabajador fijo cuando se superen los plazos establecidos.

<sup>38</sup> Indemnización económica cuya implantación fue de manera progresiva: 8 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011; 9 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012; 10 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013; 11 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014, y 12 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015 (disp. trans. decimotercera RDleg. 1/1995, de 24 de marzo).

### 3.4.5. Para luego volver al mismo sitio

El cambio de Gobierno, la grave crisis económica y sus efectos indeseados sobre el mercado de trabajo español (formulados en la exposición de motivos Ley 3/2012, de 6 de julio, así como en su predecesor RDL 3/2012, de 10 de febrero) provocaron que apenas 1 año después de las últimas modificaciones el ET fuera otra vez revisado.

En esta ocasión tampoco faltarían las medidas oportunas para alcanzar el anhelado equilibrio entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal. Sus medidas, de modo resumido, como se han venido presentando dada la limitación de esta colaboración, se concretan como sigue:

- La inclusión de un nuevo modelo de contratación indefinida (contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores), marcado por la fijación de la duración del periodo de prueba de 1 año (como sustituto del contrato indefinido para el fomento del empleo –Sempere y Martín, 2012b, p. 194–). Hoy dejado sin efecto por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.
- Y el adelanto hasta finales de ese año (2012) de la suspensión de las reglas fijadas respecto a la adquisición de la condición de trabajador fijo ante los supuestos de encadenamiento de contratos, neutralizando a efectos de cómputo los periodos comprendidos entre la anterior norma y la vigente (aceptando la tesis equivalente al «paréntesis» –Sempere y Martín, 2012b, p. 49–).

## 4. Problemas prácticos: breve referencia a algunos aspectos estadísticos para contextualizar esta realidad siempre inacabada

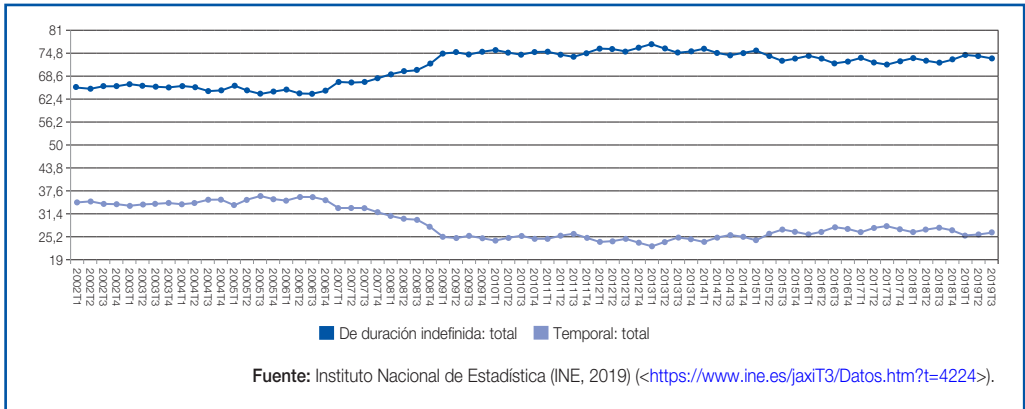
Sin ánimo de cansar al lector con infinidad de tablas, cuadros o gráficos que glosen visualmente el escenario de las relaciones laborales en España respecto a la duración de la contratación, sí que se considera necesario mostrar, siquiera a título ejemplificativo e ilustrativo, algunos datos de esta situación. Quizá sea una de las mejores herramientas con la que tomar consciencia de este contexto, de esa dualidad del mercado de trabajo tan machaconamente aireada por la clase dirigente y que afecta de manera desigual a los diferentes colectivos. En este sentido, la contratación temporal en las 2 últimas décadas ha tenido una presencia permanente y de relevancia<sup>39</sup>. Aunque alejada de las cifras alcanzadas en el primer lustro del milenio, donde se situó la temporalidad en torno al 36 %, esta se encuentra en el periodo más reciente en la horquilla de entre el 26 y 28 %. O lo que es lo mismo,

<sup>39</sup> Se desecha el recurso a datos de periodos anteriores por cuanto estos no se encuentran desglosados por asalariados del sector privado y del sector público o trabajadores por cuenta propia, refiriéndose en su conjunto a personas ocupadas.

más de un cuarto, próximo a un tercio según los momentos, de la contratación que tiene lugar en España tiene carácter temporal.

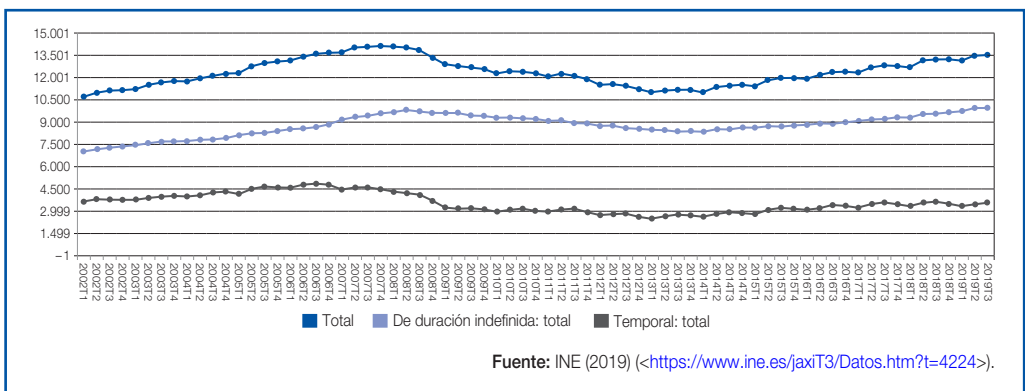
**Gráfico 1. Asalariados del sector privado por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo**

Encuesta de población activa (EPA), tipo de contrato o relación laboral, ambos sexos, porcentaje



En términos globales, el número de personas trabajadoras que desempeñan su actividad en una modalidad temporal en la actualidad supera de media los 3 millones y medio (cifra también alejada de los casi 5 millones de temporales del tercer trimestre del año 2006)<sup>40</sup>. Datos, en cualquier caso, nada desdeñables, que condicionan, como se ha apuntado, un buen número de políticas.

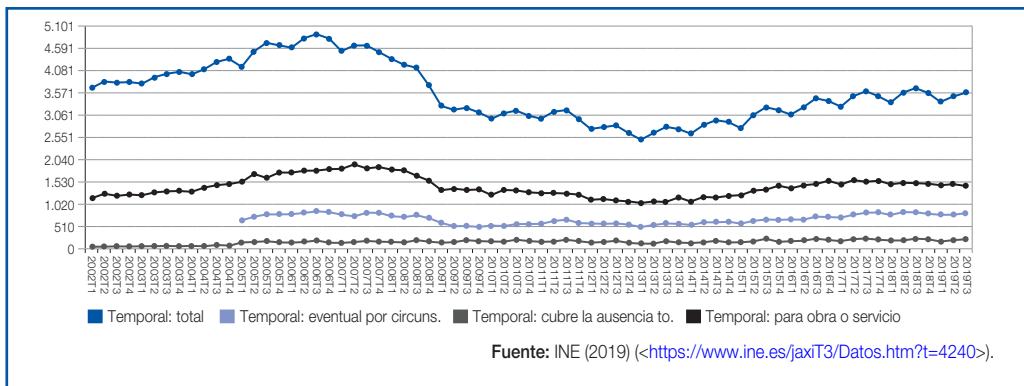
**Gráfico 2. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad**  
EPA, tipo de contrato o relación laboral, ambos sexos, total



<sup>40</sup> Frente a los casi 10 millones de asalariados por tiempo indefinido del tercer trimestre del año 2019.

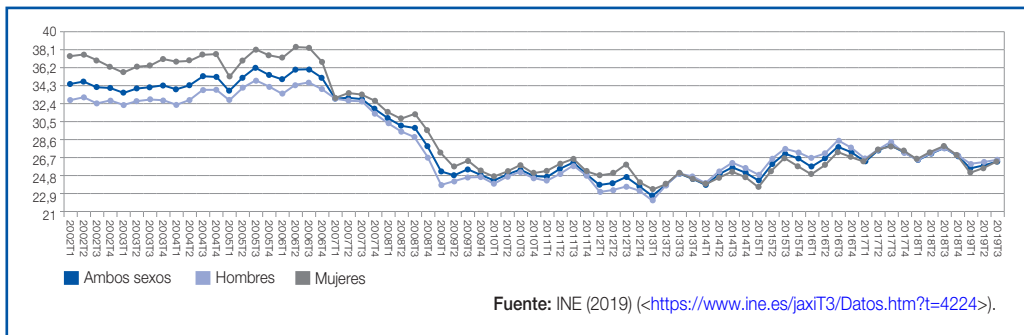
De esta contratación temporal, por tipos de contratos, la más utilizada es la que tiene por fin la realización de una obra o servicio determinado, superando ampliamente el millón de personas trabajadoras temporales bajo esta figura, rozando en los últimos tiempos el millón quinientos mil. Y la menos empleada, la contratación para cubrir la ausencia de otro trabajador, el contrato de interinidad.

Gráfico 3. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad EPA, tipo de contrato o relación laboral, ambos sexos, total



En otro orden de cosas, por colectivos y, en primer lugar, con una perspectiva de género, si bien durante los años anteriores la precarización laboral (temporalidad) era eminentemente femenina, en la actualidad los contratos temporales entre mujeres y hombres porcentualmente están igualados. En el año 2013 se invirtió la tendencia y, desde aquel momento, son, aunque próximos en los datos y sin grandes diferencias, más los contratos temporales que son suscritos por el colectivo masculino (en términos porcentuales, se insiste).

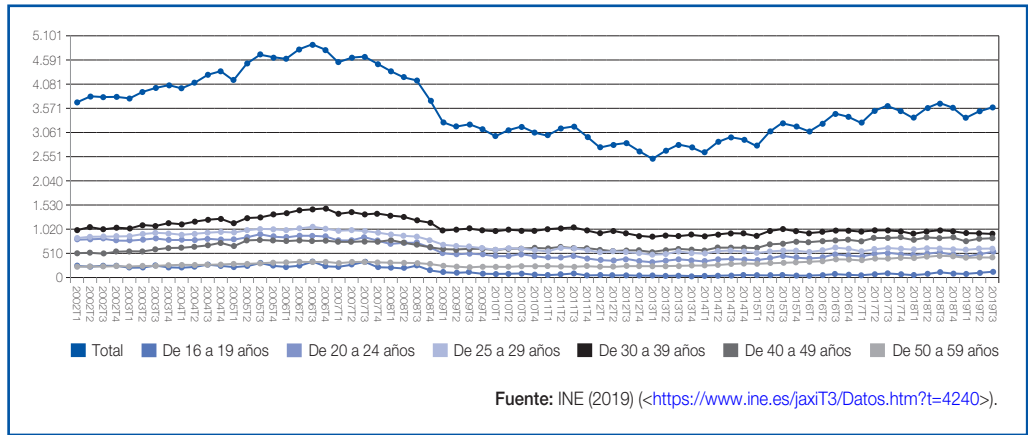
Gráfico 4. Asalariados del sector privado por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo EPA, sexo, temporal: total, porcentaje





Además, no se quiere cerrar este apartado sin hacer una brevísimas referencia a la incidencia que representa esta temática para el colectivo de jóvenes, donde de manera clara también se manifiesta la precarización laboral como seña de identidad.

Gráfico 5. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad EPA, edad, ambos sexos, temporal: total



Pues bien, los datos estadísticos indican cómo la intencionalidad política y las reformas normativas efectuadas en todo orden y sentido para acomodarse a aquella (inclusión de nuevas figuras de contratación temporal, eliminación tiempo después de estas, establecimiento de periodos indemnizatorios, promoción para ciertos colectivos y con importantes ventajas del contrato indefinido para el fomento del empleo...) se muestran estériles para reducir la dualidad del mercado de trabajo español. Y en ello juegan un rol fundamental tanto el tan predicado fraude de la contratación como, y sobre todo, el tejido productivo español.

El sector productivo del que dispone España está en gran parte constituido (según las últimas cifras consultadas) por pymes. Algo más del 99 % de las empresas españolas tienen menos de 50 trabajadores. A ello se une que un buen número de empleos se encuentran adscritos a trabajos estacionales (significativamente turismo, al que se anexionan actividades marcadamente de temporada como la agricultura, campañas de venta...). Ello es, por otra parte, una clara consecuencia del alto peso que en la economía española representa el conjunto de actividades destinadas a la prestación de servicios y la relativa presencia que en esta tiene la industrialización (aun cuando territorializada) o sectores vinculados al ámbito tecnológico o de desarrollo.

Es, por tanto, inevitable con el actual modelo de producción de bienes y servicios la convivencia con un determinado porcentaje de temporalidad estructural en el empleo (no necesariamente bajo o reducido) derivado de estas circunstancias.

Con independencia de lo anterior, los datos de temporalidad, esto es, los apuntes sobre contratación y precariedad laboral, no se ajustan con plenitud a la realidad del mercado de trabajo interno, constatándose números que exceden lo ordinario o adecuado en una comparativa con los países del entorno europeo.

Es claro que una mayor labor fiscalizadora actuaría como elemento tractor con el que garantizar una menor precarización de las relaciones laborales.

En este sentido, el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020<sup>41</sup> contempla un buen conjunto de medidas operativas para luchar contra el abuso y el fraude en la contratación.

Si bien ello contribuirá de forma intensa en la reducción de la temporalidad (irregular que se produce para minorar costes empresariales), tal y como se ha apuntado anteriormente, el modelo productivo sobre el que pivota la economía española en todo caso requiere de un porcentaje alto de contratos de duración determinada.

Es de ahí que el verdadero caballo de batalla para luchar contra la precarización de las relaciones laborales vaya de la mano de la modernización del tejido empresarial, la transformación de las medianas en grandes empresas, de la internacionalización de su actividad económica, de la inversión en talento, de una apuesta decidida por el sector tecnológico, que precisa de una mano de obra cualificada, permanente y no sujeta en exclusiva a los ciclos internos... En definitiva, una modificación, sin intentar copiar a nadie, porque las realidades de los países son diversas, de la actividad económica presente en España.

Y sin que ello lleve a menospreciar los pujantes sectores económicos que dinamizan la economía. Se trataría de buscar un equilibrio entre lo actual y el reto futuro.

## 5. Propuestas de reforma

A la vista de la experiencia resumida en las páginas precedentes, y en línea con las sucesivas reformas habidas, parece conveniente formular unas elementales ideas para el debate, que al tiempo sirven como propuestas y como reflexiones finales.

Primera. Las oscilaciones y movimientos pendulares en la regulación debieran dejar paso a un sistema estable de contratación, idealmente acompañado del acuerdo entre agentes sociales, económicos y políticos. La estabilidad en la regulación puede ser buena compañera de la estabilidad en el empleo.

---

<sup>41</sup> Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio de 2018).

Segunda. La dispersión normativa es enemiga de la claridad en las características del modelo. Tanto las normas sobre modalidades contractuales cuanto las eventuales flexibilizaciones que aconseje el fomento del empleo, así como las ventajas en materia tributaria o de Seguridad Social debieran aparecer integradas en el propio ET.

Tercera. La preferencia por la contratación indefinida no puede ser una mera proclama retórica, sino que debe ser tenida en cuenta a la hora de disciplinar la totalidad del negocio jurídico.

Cuarta. Las principales concreciones jurisprudenciales sobre el concepto de «autonomía y sustantividad» debieran incorporarse al texto de la ley en materia de contrato para obra o servicio, quizá eliminando la posibilidad de que la misma equivalga a la suscripción de una contrata entre empresas.

Quinta. En el contrato eventual urge determinar el sistema de cómputo, así como las restricciones jurisprudenciales a su encadenamiento para un mismo puesto, pero con distintas personas.

Sexta. La contratación interina habilitada por normas reglamentarias ha de disciplinarse desde la propia ley.

Séptima. Los flagrantes abusos que en el sector público se han producido en materia de temporalidad debieran dar paso a una legislación que responsabilice de modo personal a quienes los propician.

Octava. La indemnización por final del contrato temporal válidamente celebrado y finalizado por su específica causa de conclusión debiera parificarse para todos los supuestos.

Novena. Las ventajas económicas que el legislador desee otorgar a determinados colectivos no deben repercutir en el sistema de cotización, sino en el régimen fiscal.

Décima. Solo los convenios sectoriales de alcance autonómico o estatal debieran estar autorizados a precisar algunos aspectos del modelo legal.

Undécima. Los contratos formativos no pueden servir como cauce para permitir el suministro de mano de obra temporal si la causa que los justifica es remota.

Duodécima. Debe revisarse la permisión de contratos temporales en los casos de relaciones laborales reguladas al margen del ET.

Final. Antes de acometer cualquier nueva reforma conviene comprobar si las previsiones del ordenamiento se aplican fielmente en la práctica; en muchas ocasiones, las críticas a la realidad estadística presumen que ello es así, pero sin demostración alguna.

## Referencias bibliográficas

- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (2009). *Derecho del trabajo*. (26.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- Arias, A., Ramos, F. y González, M. (2014). El contrato eventual por circunstancias de la producción. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almodí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 525-575). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Ballester Pastor, I. (1998). *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barrios Baudor, G. L. y González Fornos, M. (2014). El contrato de interinidad. El contrato de relevo. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almodí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 577-606). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz, J., García-Perrote, I., Goerlich, J. M.<sup>a</sup> y Mercader, J. R. (Dirs.). (2016). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Cizur Menor: Thomson Reuters Lex Nova.
- Fundación 1.º de Mayo. (2012). *Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo. Cincuenta y dos reformas desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980*. Recuperado de <[http://www.ccooasturias.es/comunes/recursos/4/doc/102306\\_INFORME\\_REFORMAS\\_LABORALES\\_EN\\_ESPANA.pdf](http://www.ccooasturias.es/comunes/recursos/4/doc/102306_INFORME_REFORMAS_LABORALES_EN_ESPANA.pdf)>.
- García Ninet, J. I. (1995). *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (Coord.). (2016). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hierro Hierro, F. J. (2006). Otras cuestiones. Comentarios a las disposiciones adicionales 1.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> y finales 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>. En J. Luján Alcaraz y A. V. Sempere Navarro (Coords.), *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio* (pp. 215-237). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Luján Alcaraz, J. (2006). Las medidas de impulso a la contratación indefinida. En J. Luján Alcaraz y A. V. Sempere Navarro (Coords.), *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio* (pp. 35-78). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Luján Alcaraz, J. (2010). El contrato para el fomento de la contratación indefinida. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (pp. 377-415). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Luján Alcaraz, J. y González Méndez, A. (2014). Contratos temporales de fomento del empleo: personas con discapacidad o en situación de exclusión social. Contrato de fomento de la contratación indefinida. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almodí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 451-491). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Meléndez Morillo-Velarde, L. (2011). Los contratos temporales. En J. Fernández-Costales

- (Dir.), *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el derecho del trabajo* (pp. 25-43). León: Eolas.
- Monereo Pérez, J. L. (Dir.). (2012). *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.
- Montoya, A., Galiana, J. M.<sup>a</sup>, Sempere, A. V. y Ríos, B. (2014). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez Campos, A. I. y González Fornos, M. (2014). El contrato de obra o servicio determinado. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 493-524). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Rey Guanter, S. del. (Dir.). (2007). *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.
- Rodríguez Iniesta, G. y González Fornos, M. (2014). El contrato de trabajo fijo discontinuo. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 361-384). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sánchez Trigueros, C. y Sempere Navarro, A. V. (2010a). Contrato para obra o servicio determinado. En F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz (Coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010* (pp. 23-40). Murcia: Laborum.
- Sánchez Trigueros, C. y Sempere Navarro, A. V. (2010b). Límites al encadenamiento de contratos temporales. En F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz (Coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010* (pp. 41-47). Murcia: Laborum.
- Sempere Navarro, A. V. (2006). Limitaciones a la contratación temporal. En J. Luján Alcaraz y A. V. Sempere Navarro (Coords.), *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio* (pp. 79-122). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sempere Navarro, A. V. (2010). Limitaciones a la contratación temporal en el modificado artículo 15.5 ET. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (pp. 343-376). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sempere Navarro, A. V. (2011). Cuestiones generales sobre contratación temporal. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *El contrato de trabajo*. Vol. III: *Contratos de trabajo temporales* (pp. 27-124). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sempere Navarro, A. V. y González Fornos, M. (2014). El contrato de trabajo de duración indefinida. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (vol. 15, pp. 55-359). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R. (2012a). *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R. (2012b). *Claves de la reforma laboral de*



2012. (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio). Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas.

Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I. (2010). Contrato para obra o servicio determinado. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y

R. Martín Jiménez (Coord.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (pp. 263-307). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.





# Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma

**Ana de la Puebla Pinilla**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Autónoma de Madrid*

## Extracto

La descentralización productiva es, en la actualidad y desde hace tiempo, el modo natural de organización de la actividad productiva en las empresas. El régimen jurídico de la prestación de trabajo en los sistemas productivos descentralizados se articula esencialmente en torno al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores; un precepto cuyas líneas fundamentales apenas han resultado alteradas durante los 40 años de vigencia del estatuto. Los problemas de interpretación y aplicación de la regulación del trabajo en contratas y subcontratas y los desajustes que plantea su conexión con la cesión ilegal o la sucesión de empresas justifican, por sí mismos, la necesidad de un replanteamiento en su configuración. La precarización y la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores de las contratas y subcontratas, favorecidas por un marco normativo que posibilita la aplicación de normas convencionales propias y la insuficiencia del régimen de responsabilidades de la empresa principal, reclaman también una revisión del marco normativo. Estas cuestiones se analizan en este estudio, con una referencia final a las distintas propuestas de reforma que se han barajado hasta el momento y una valoración sobre su viabilidad.

**Palabras clave:** descentralización productiva; contratas y subcontratas; propia actividad; sucesión de empresa; reforma laboral.

Fecha de entrada: 16-01-2020 / Fecha de revisión: 03-02-2020 / Fecha de aceptación: 04-02-2020

**Cómo citar:** Puebla Pinilla, A. de la. (2020). Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 444, 125-156.





# Productive decentralisation and labour law. Problems and proposed reform

Ana de la Puebla Pinilla

## Abstract

For a long time, productive decentralisation has been the natural way to organise productive activity in firms. The legal regime governing labour relations in decentralised productive systems centres around article 42 in the Statute of Workers' Rights, a precept whose basic tenets have barely changed in forty years since it was first enacted. However, the problems associated to interpreting and applying these norms to contractors and subcontractors and the disparity with respect to illegal cession or business succession justify the need to reconsider the law. In addition, the precariousness and deterioration of labour conditions for contractor and subcontractor employees, favoured by a normative framework which permits firms to apply their own conventional norms and the deficiency of the legal regime regarding the contracting companies' responsibilities, also demand we re-examine the legal framework. This study specifically analyses these questions, referring in the end to the different labour reform proposals presented thus far and an assessment of their feasibility.

**Keywords:** productive decentralisation; contractors and subcontractors; principal activity; business succession; labour reform.

**Citation:** Puebla Pinilla, A. de la. (2020). Productive decentralisation and labour law. Problems and proposed reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 125-156.





## Sumario

1. Introducción
2. Claves en la regulación de la prestación de trabajo a través de contratas y subcontratas
3. Problemas prácticos en la aplicación del régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios
  - 3.1. Dimensión estática de las contratas de obras y servicios
    - 3.1.1. Contratación de la propia actividad. Un concepto en permanente debate
    - 3.1.2. El deber de solicitar la certificación negativa de descubiertos. Incertidumbres sobre su alcance y las consecuencias de su incumplimiento
    - 3.1.3. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por deudas salariales y de Seguridad Social de la contratista
  - 3.2. Dimensión dinámica de las contratas de obras y servicios
    - 3.2.1. Contrata de obras y servicios y contratación temporal
    - 3.2.2. Fronteras de las contratas con la cesión ilegal
    - 3.2.3. Sucesión de contratas y sucesión de empresas
4. La reforma del régimen legal de la subcontratación, una tarea pendiente e inaplazable
  - 4.1. Propositiones de ley y propuestas para la modificación del artículo 42 del ET
  - 4.2. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio enmarcado en el proyecto de investigación «Cambio tecnológico e instituciones colectivas, transformaciones y adaptaciones en las fuentes laborales» (referencia RTI2018-094547-B-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

## 1. Introducción

La Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) ha sido testigo, durante sus 40 años de vigencia, de una profunda transformación en las organizaciones productivas. Durante las últimas décadas, las empresas se han visto abocadas a un progresivo e imparable proceso de fragmentación o división. El ciclo productivo, antes asumido íntegramente por la empresa, se ha ido segmentando a través de numerosas entidades económicas independientes y autónomas. La gran empresa industrial ha sufrido una profunda transformación y, progresivamente, ha tendido a descomponerse en una pluralidad de unidades empresariales de tamaño mucho más reducido. Las estrategias empresariales se han dirigido a procurar la desintegración de los procesos productivos, «distribuyendo cada una de sus fases entre unidades empresariales menores» (Pérez de los Cobos, 2000, p. 632).

Este proceso de adelgazamiento responde a razones de tipo económico, tecnológico, fiscal o laboral que convergen en la búsqueda de un modelo de organización industrial orientado a la obtención del máximo rendimiento y calidad (Martín, 2003, p. 20). Desde una perspectiva económica, la externalización tiene indudables ventajas: otorga a la empresa una mayor flexibilidad en la gestión de su capacidad productiva y le ofrece la posibilidad de concentrar sus recursos en las actividades que considera esenciales o nucleares y externalizar aquellas que considera subsidiarias. Permite, además, que la empresa se beneficie de capacidades que su propia estructura no posee, que se reduzcan costes en formación o inversión y que se diversifique el riesgo económico. Por otra parte, las nuevas tecnologías han favorecido la externalización de una pluralidad de funciones tradicionalmente desarrolladas por la propia empresa, porque han permitido la aparición de empresas altamente especializadas en actividades como la publicidad, el *marketing*, la asistencia técnica o la comercialización. Además, la normativa fiscal es menos exigente con las pequeñas empresas, lo que ofrece una ventaja añadida a las nuevas unidades económicas. Por ello, las empresas se benefician de la reducción del tamaño, ahorrándose, además, los precios de transferencia. Finalmente, la desintegración del proceso productivo y la disminución del tamaño de la empresa ofrecen ventajas también desde el punto de vista laboral: la gestión empresarial de los recursos humanos se simplifica en las pequeñas empresas, donde, además, la acción colectiva es sensiblemente menos incisiva y, por ello, se incrementa la relación directa empresario/trabajador (De la Puebla, 2005, pp. 31-35).

Pero la transformación de la estructura empresarial no se explica únicamente con este proceso de segmentación de los procesos productivos. El paso siguiente ha sido la articulación de relaciones o vínculos entre las unidades empresariales, motivado, sin duda, por

un contexto económico que impone una mayor interdependencia entre las economías y que dificulta que las empresas en solitario puedan afrontar una estrategia de crecimiento que les permita su desarrollo en mercados cada vez más abiertos y competitivos.

En un esfuerzo por ser más eficientes, las empresas establecen con otras empresas una amplia gama de acuerdos de cooperación cuya naturaleza abarca un extenso campo: desde los consorcios, las *joint-ventures*, las concesiones de licencia de tecnología y las colaboraciones de fabricación hasta los acuerdos de desarrollo, aprovisionamiento y *marketing*. La globalización de la economía, con la consiguiente supresión de los obstáculos institucionales al libre comercio y la liberación de los movimientos de capitales; el incremento de la incertidumbre empresarial ante la rapidez de los cambios en la demanda y el nivel de rivalidad competitiva; y, finalmente, la transformación digital son circunstancias que dan lugar al surgimiento de estructuras organizativas que agrupan a diversas empresas, comunicadas o interrelacionadas entre sí para realizar proyectos en común sin necesidad de crear las superestructuras que implicaría llevarlas a cabo individualmente. El resultado final de estos procesos es un cambio en la filosofía de la organización del trabajo: de la división de tareas en el seno de la empresa se ha pasado a «la división del trabajo entre empresas» (Castillo, 1988-1989).

La influencia de esta realidad en nuestro marco normativo es evidente. Aunque no todas esas fórmulas son reconducibles al supuesto contemplado en el artículo 42 del ET, este precepto sigue siendo el núcleo normativo esencial para articular la regulación jurídica de la prestación del trabajo en el marco de la descentralización productiva, entendida como forma de organización del proceso productivo, ya sea de elaboración de bienes, ya de prestación de servicios, en virtud del cual una empresa opta por no asumir directamente, con su propio personal y su propia organización, la ejecución de determinadas fases o actividades del proceso productivo y encomendarlas a otra empresa mediante el correspondiente contrato de colaboración empresarial.

No puede dejar de señalarse, además, la expansión, prudente pero efectiva, del propio concepto de contrata. Las propuestas doctrinales de ampliación del ámbito de dicho precepto, para reconducir al fenómeno de las contrata otro tipo de relaciones contractuales distintas del clásico contrato de arrendamiento de obras o servicios, como los contratos mercantiles de franquicia, concesión o distribución comercial (Goerlich, 2000), han sido, al menos parcialmente, acogidas por la doctrina judicial que ha abierto el ámbito de aplicación del artículo 42 del ET afirmando que «el dato formal que suministra el tipo de negocio jurídico que discurre entre las empresas no basta para excluir el juego del artículo 42 del ET» (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 21 de julio de 2016, rec. 2147/2014), de modo que el régimen de las contrata regulado en dicho precepto puede resultar aplicable no solo a otros contratos equivalentes, como los contratos y concesiones administrativas (STS de 15 de julio de 1996, rec. 1089/1996), sino también a otros más alejados, como el contrato de agencia.

La descentralización productiva a través del recurso a las contratas es un fenómeno absolutamente generalizado en nuestro sistema productivo. Inicialmente, el recurso a la descentralización productiva a través de esta fórmula era habitual en determinados sectores productivos como el de la construcción y obras públicas y en la construcción naval, pero desde hace tiempo este fenómeno se ha extendido ampliamente en el sector servicios. Además, si bien la contratación de parte del proceso productivo afectaba tradicionalmente a actividades como la limpieza, vigilancia o restauración, es cada vez más habitual que se contrate cualquier fase del proceso productivo. En definitiva, la contrata y subcontrata constituye una fórmula habitual a través de la cual se materializa la descentralización productiva, reconducible, por tanto, al genérico fenómeno de la externalización u *outsourcing*.

Por todo ello, tal y como señalábamos, el artículo 42 del ET constituye la pieza normativa esencial a la hora de analizar la prestación de trabajo en régimen de descentralización productiva, aunque su análisis requiere necesariamente ponerlo en conexión con otras instituciones, como la sucesión de empresa o la cesión ilegal de trabajadores, estrechamente vinculadas a esta, y no por casualidad reguladas en la misma sección del ET.

## 2. Claves en la regulación de la prestación de trabajo a través de contratas y subcontratas

Aunque, como venimos señalando, la faz de los fenómenos de descentralización se ha venido transformando, esta institución cuenta con larga tradición que, en el plano normativo, se remonta al Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1971), por el que se establecieron normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores, y al artículo 19 de la Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE de 21 de abril de 1976), de relaciones laborales, que quedaría incorporado a la primera redacción del ET de 1980 (Ley 8/1980, de 14 de marzo) en su artículo 42. Un precepto que, en apenas dos apartados, se limitaba a fijar determinadas obligaciones a cargo del empresario principal en caso de recurrir a la contratación o subcontratación de parte de su propia actividad con terceros (comprobación de que dichos contratistas estaban al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, para lo cual debían solicitar certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora) y a establecer la responsabilidad solidaria de las empresas que participan en la contrata, fijando límites temporales y cuantitativos a tal responsabilidad, y a excluir de tal régimen determinados supuestos de contratación (se establecía la responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones salariales contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo. A su vez, se excluía la responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiriera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de su actividad).

La regulación contenida en la primera versión del ET se mantuvo sin cambios durante toda la vigencia de esta norma y se trasladó íntegramente al Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Goerlich, 2018b, pp. 13-15).

La primera modificación importante de este precepto se produce con el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma de mercado de trabajo para el incremento del empleo, que incorpora nuevos apartados (3, 4 y 5) dirigidos a «reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación, en particular a través de una mejora de los instrumentos de información de los trabajadores y sus representantes que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica». Con esa finalidad, se imponen a las empresas principal, contratistas y subcontratistas el deber de informar a los representantes de sus trabajadores sobre determinados extremos relacionados con la actividad contratada, la empresa con la que se contrata, el objeto, duración y lugar de ejecución de la contrata; número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. El Real Decreto-Ley 5/2001 aprovecha para incorporar en el apartado 2 la referencia expresa a que la responsabilidad del empresario principal alcanza a las deudas salariales y de Seguridad Social de los contratistas y subcontratistas, despejando así las dudas que la anterior versión del artículo 42 del ET planteaba, por una parte, respecto de si la responsabilidad solidaria se aplicaba solo a los casos de subcontrata o si afectaba también a la mera contrata y, por otra, sobre su operatividad en casos de encadenamiento de contrataciones (Martín, 1988, pp. 259-263). Además, se incorpora la previsión de desarrollo reglamentario de la certificación negativa por descubiertos y se elimina el límite de la responsabilidad del empresario por salarios adeudados a los trabajadores del contratista; límite que, hasta entonces, estaba en «lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo».

El posterior Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, de mejora del crecimiento y del empleo, modificó el apartado 4 del artículo 42 del ET, para añadir la obligación de la empresa principal de disponer de un libro registro en el que se recoja la información exigida respecto de las empresas contratistas, e incorporó los nuevos apartados 6 y 7 al artículo 42 del ET, referidos a los derechos de representación de los trabajadores de las contrataciones.

Finalmente, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, procedió a ampliar el plazo de exigencia de responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social de 1 a 3 años, con la finalidad de posibilitar tales reclamaciones, dado que la anterior regulación, que limitaba tal exigencia a 1 año, dificultaba su efectividad.

Las modificaciones en el régimen de las contrataciones y subcontratas se han dirigido, así pues, a mejorar la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores, imponiendo a la empresa un deber de información específico cuando se recurre a la descentralización productiva, y a

ampliar el plazo de vigencia de la responsabilidad solidaria respecto de la Seguridad Social. La tutela directa de los trabajadores que prestan servicios a través de contratas, articulada exclusivamente a través de la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista por deudas salariales, no ha experimentado cambio alguno, salvo el ya mencionado referido al límite cuantitativo de tal responsabilidad. Llama la atención que otros aspectos de la regulación de las contratas que resultan especialmente problemáticos se hayan mantenido inalterados sin que el legislador haya aprovechado alguna de las sucesivas reformas de este precepto para aportar claridad al respecto. Tampoco, por cierto, se ha producido el desarrollo reglamentario de la certificación negativa por descubiertos a que se refiere el artículo 42.1 del ET, a pesar de las numerosas dudas que ha despertado desde su regulación en el ET de 1980 y que sigue despertando en la actualidad.

De esta forma, a lo largo de estos 40 años, la regulación de la descentralización productiva en el artículo 42 del ET se ha asentado sobre varios elementos clave que, en lo sustancial, se han mantenido inalterados. Por un lado, se parte de una consideración de la descentralización a través de la subcontratación como un fenómeno fisiológico (Cruz y Rodríguez, 2016, p. 525) y no patológico del sistema productivo, como una fórmula que favorece la flexibilidad y la agilidad en la gestión empresarial y que se sustenta en la libertad de empresa. Por otro, se impone a la empresa principal una obligación de vigilancia sobre el contratista –articulada a través del deber de solicitar la certificación negativa de descubiertos– que pretende favorecer la competencia leal entre las empresas incentivando la contratación de servicios con empresas que estén al corriente de sus obligaciones. A ello se añade la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas salariales y de Seguridad Social generadas por el contratista respecto de los trabajadores adscritos a la contrata, medida con la que se quiere garantizar la posición de los trabajadores y evitar que esta figura contractual se emplee para eludir y diluir responsabilidades laborales o, en palabras del Tribunal Supremo (TS), «garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador» (STS de 17 de mayo de 1996, rec. 1902/1995). Finalmente, el régimen legal incorpora un catálogo de derechos colectivos para asegurar un control colectivo en los procesos en los que intervienen plurales empresas.

### 3. Problemas prácticos en la aplicación del régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios

La prestación de trabajo a través de contratas es, posiblemente, uno de los ámbitos de las relaciones laborales donde la conflictividad es más elevada. Los problemas que esta forma de organización productiva ha venido suscitando derivan, por una parte, del propio diseño legal del artículo 42 del ET. Los términos en que este precepto delimita su propio ámbito de actuación y las obligaciones y responsabilidades de las empresas implicadas en la subcontratación han generado numerosas controversias resueltas, en

gran medida, por la intervención judicial. El concepto de propia actividad, el alcance y las consecuencias del incumplimiento del deber de la empresa principal de recabar la certificación negativa por descubiertos en la Seguridad Social de la contratista o, en fin, el alcance y extensión de la responsabilidad de la empresa principal han sido los principales ámbitos de conflicto en torno a las contrata.

Junto a ello, circunstancias externas a la concreta regulación legal de la subcontratación, pero inherentes a la propia naturaleza de los contratos civiles o mercantiles que la sustentan, trasladan sus efectos sobre las relaciones laborales que se desenvuelven en la misma. La temporalidad que caracteriza a las relaciones interempresariales ha suscitado la duda de si es legítimo trasladar esa limitación temporal a los contratos de trabajo del personal vinculado a la contrata; duda resuelta hace tiempo por la doctrina judicial, pero que vuelve hoy a estar en cuestión. El dinamismo propio de las relaciones empresariales, que permite la rápida y continua sustitución de las empresas prestadoras de servicios, repercute sobre las relaciones laborales vinculadas a la contrata, en el mejor de los casos permitiendo la continuidad de sus relaciones laborales con un nuevo empleador, en el peor abocando a la extinción de sus contratos. Finalmente, los límites entre la contratación y la cesión ilegal se ponen continuamente a prueba con la proliferación de empresas multiservicios o de gestión integral, que, huyendo de la estricta regulación de las empresas de trabajo temporal, ofrecen a sus clientes una amplia y variada gama de servicios en régimen de subcontratación. Servicios que, en muchos casos, no requieren de una mínima estructura organizativa o productiva, limitándose tales empresas a ceder a sus trabajadores para la prestación de un servicio a favor de la empresa principal en un difícil equilibrio entre la lícita subcontrata y la cesión ilícita de trabajadores.

## 3.1. Dimensión estática de las contrata de obras y servicios

### 3.1.1. Contratación de la propia actividad. Un concepto en permanente debate

El ámbito objetivo de las obligaciones y responsabilidades que establece el artículo 42 del ET ha venido siempre referido a las contrata de la «propia actividad», sin que el legislador, en ningún momento, haya aportado una definición de tal concepto. Se trata, sin duda, de un concepto que, con la actual configuración del precepto estatutario, resulta clave, al menos, desde la perspectiva de la empresa principal, en la medida en que, de considerarse que la contratación afecta a su propia actividad, entra en juego la totalidad de los deberes y obligaciones previstos en el artículo 42 del ET.

El TS despejó pronto las dudas sobre la interpretación que de tal concepto debía hacerse a efectos de aplicar o no el régimen del artículo 42 del ET. En la STS de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994), se señala que:

Para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad. También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando, de no haberse concertado esta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general, la doctrina es partidaria de una aplicación «in extenso» del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Solo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma.

Frente a esa interpretación, el tribunal advierte que:

Con este criterio amplio se llega a la conclusión de que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de «propia actividad» nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

A partir de estas consideraciones, el TS ha apostado siempre por un concepto de propia actividad que remite a actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal.

Con ello, en todo caso, solo se resuelve parcialmente el problema, porque la solución solo puede venir dada, a la vista del elevado casuismo que plantea el fenómeno de las contratas, por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto (Gómez, 2019, pp. 381-389).

En aplicación de estos criterios, se ha negado la aplicación del artículo 42 del ET, por no tratarse de contratas referidas a la propia actividad, en supuestos de contratación por un órgano de gobierno de una comunidad autónoma de los servicios de seguridad y protección (STS de 18 de enero de 1995, rec. 150/1994) o la contratación de servicios también de seguridad por una empresa eléctrica (STS de 27 de octubre de 2000, rec. 693/1999) o en caso de actividades de formación desarrolladas por entidades colaboradoras del INEM (STS de 29 de octubre de 1998, rec. 1213/1998) o en supuestos de contratación de servicios de limpieza o restauración, salvo que estos constituyan la propia actividad de la empresa principal, como ocurre en la contratación del servicio de restauración por un colegio mayor universitario entre cuyos fines estaba la formación de los alumnos y su alojamiento y manutención (STS de 24 de noviembre de 1998, rec. 517/1998). Tampoco se ha consi-



derado propia actividad de una empresa inmobiliaria la construcción, de modo que la celebración de una contrata entre una empresa promotora inmobiliaria y una constructora no encaja en el supuesto del artículo 42 del ET (STS de 20 de julio de 2005, rec. 2160/2004), ni, respecto de una empresa de aerotransporte, la contrata dedicada a la explotación comercial de gasolinera y lavado de vehículos (STS de 15 de junio de 2017, rec. 972/2016).

Por el contrario, constituye propia actividad, y, por tanto, es aplicable el régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 42 del ET, la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de un trayecto desde el momento en que esas obras, esas instalaciones, esas labores a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente (STS de 22 de noviembre de 2002, rec. 3904/2001), o la actividad de transporte sanitario urgente y ordinario de enfermos, subcontratada por un servicio público de salud (SSTS de 23 de enero de 2008, rec. 33/2007, y 24 de junio de 2008, rec. 345/2007). También se ha señalado que:

Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, no es como el mercado de determinados productos donde la empresa comercializadora puede actuar como intermediaria entre la fabricación y el consumidor. Cuando se trata del servicio de telefonía, la empresa comercializadora actúa directamente en nombre de la empresa de telefonía. Las circunstancias del mercado del servicio de telefonía son distintas a las circunstancias del mercado de productos (STS de 8 de noviembre de 2016, rec. 2258/2015).

### 3.1.2. El deber de solicitar la certificación negativa de descubiertos. Incertidumbres sobre su alcance y las consecuencias de su incumplimiento

El artículo 42 del ET impone al empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad la obligación de comprobar que el contratista está al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Para ello, el empresario principal debe solicitar certificación por descubierto a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

La finalidad de este deber es evitar que las empresas contraten la realización de obras o servicios de su propia actividad con empresarios morosos por incumplimiento de sus obligaciones de cotización con el perjuicio que ello supone para sus trabajadores y la posición de competencia desleal que eso les permite ocupar respecto de otros empresarios del mismo sector. Con todo, se trata de una norma que no prohíbe dicha contratación, a diferencia de la normativa de contratos del Estado, que prohíbe la contratación con empresas morosas (art. 60.1 d) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público –LCSP–) y declara la nulidad de los contratos así concluidos (art. 32 b) LCSP).

Para cumplir esta obligación, el empresario principal ha de solicitar a la TGSS certificación por descubiertos de las empresas auxiliares. La Tesorería debe librar dicha certificación en el plazo improrrogable de 30 días en los términos que reglamentariamente se establezcan. A pesar de que esta remisión al desarrollo reglamentario acompaña al artículo 42 del ET desde hace años, nunca ha llegado a producirse, existiendo únicamente un modelo de certificación que la TGSS emplea a estos efectos.

Como ya se ha señalado, los mayores problemas se plantean en torno a las consecuencias y efectos que la existencia o no de certificación y, en su caso, la constancia de deudas generan sobre el empresario principal (Mercader, 2016, pp. 802-804). El artículo 42.1 del ET regula, aunque no con demasiada precisión, los efectos que derivan para la empresa principal del cumplimiento y/o incumplimiento de esta obligación.

En caso de que la empresa principal no solicite la certificación o la solicite y esta sea positiva –lo que significa que la empresa contratista tiene deudas por cuotas con la Seguridad Social–, y decida celebrar la contrata, se convierte en responsable subsidiaria por las deudas del contratista por cuotas anteriores a la celebración de la contrata. En caso contrario, esto es, cuando la certificación es negativa o la TGSS no responde en el plazo de 30 días, la empresa principal queda exonerada de dicha responsabilidad subsidiaria.

Esta es la interpretación que deriva de la literalidad del artículo 42 del ET y la que ha sostenido la doctrina judicial, afirmando que la certificación negativa o la no emisión por la TGSS de dicho documento únicamente producen el efecto de exonerar al empresario principal de las deudas por cuotas que el contratista tuviera con la Seguridad Social antes de iniciarse la contrata. En este sentido se pronunció la STS, Sala Tercera, de 28 de octubre de 1996 (rec. 777/1991), cuando afirmaba que:

[...] resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierta en la entidad gestora o del transcurso del plazo de 30 días, que establece el apartado 1 del artículo 42 del ET, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del estatuto.

También se manifestaba en el mismo sentido la posterior STS de 22 de diciembre de 2000 (rec. 4069/1990), que afirma que la exoneración se refiere «indudablemente a periodo anterior a la contrata».

Otros pronunciamientos, sin embargo, parecen sostener una interpretación distinta y, en mi opinión, cuestionable, cuando señalan que la certificación negativa exonera de la respon-

sabilidad solidaria a que se refiere el artículo 42.2 del ET –responsabilidad que afecta, como se verá a continuación, a las deudas salariales y de Seguridad Social generadas durante la contrata–. En este sentido, la STS, Sala Tercera, de 6 de julio de 2005 (rec. 451/2004), afirma que el artículo 42 del ET:

[...] concede la opción al organismo reclamante, o a los trabajadores, de dirigirse indistintamente contra subcontratante o subcontratista (siempre que la relación se hubiese establecido para la realización de obras de la misma actividad a que se dedique el primero) en reclamación de los salarios debidos por el subcontratista a dichos trabajadores o por el descubierto de las cuotas de Seguridad Social, con el límite –en cuanto al primero– de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo. El plazo de responsabilidad solidaria del subcontratante se extiende hasta 1 año después de haber concluido la contrata, y se condiciona al hecho de que no se hubiese recabado por el mismo la certificación negativa de descubiertos en la Tesorería de la Seguridad Social, habiendo transcurrido el plazo de 30 días sin que hubiese sido librada, caso de silencio de la Administración.

En cualquier caso, la virtualidad exoneradora de responsabilidad de la certificación negativa de descubierto resulta cuestionable a tenor de la STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2015 (rec. 3561/2013), que, en relación con un supuesto de transmisión de empresas ex artículo 44 del ET, negó tales efectos a un certificado emitido por la Seguridad Social en el que se hace constar que la empresa «no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social», añadiendo a continuación que la certificación «no originará derecho ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción [...]».

### 3.1.3. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por deudas salariales y de Seguridad Social de la contratista

La responsabilidad solidaria de la empresa principal frente a los trabajadores de la contratista o subcontratista aparecía ya en la regulación de las contratas y subcontratas del ET de 1980. Una responsabilidad solidaria que siempre, a pesar de las diversas reformas del artículo 42 del ET, ha estado limitada, objetivamente, a las obligaciones de naturaleza salarial y, temporalmente, en cuanto solo es exigible durante el año siguiente a la finalización del encargo. Sí se modificó, sin embargo, el alcance cuantitativo de esta responsabilidad solidaria de la empresa principal: si en la versión inicial del artículo 42 del ET de 1980 aparecía topada por el salario que le correspondería abonar al empresario principal si se tratase de personal fijo suyo de la misma categoría o puesto de trabajo, el Real Decreto-Ley 5/2001 eliminó dicho tope máximo. Tampoco hay dudas de que la responsabilidad de la empresa

principal se refiere exclusivamente a las deudas por salarios devengados durante la contrata por los trabajadores afectos a ella (STS de 11 de noviembre de 2013, rec. 2674/2012).

Llama, no obstante, la atención que, frente a los supuestos de cesión ilegal o sucesión de empresa, regulados en la misma sección del ET, en los que la responsabilidad solidaria alcanza a todas las obligaciones laborales, en el caso de las contratas, esta se limite a la responsabilidad por deudas salariales, máxime porque en las normas reguladoras previas (Ley 16/1976, de relaciones laborales) la responsabilidad de las contratas se extendía también al resto de obligaciones derivadas del contrato, y no solo a las de carácter salarial. Extensión de la responsabilidad solidaria de la empresa principal que se mantiene, por cierto, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, cuyo artículo 7.2 establece la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales, no solo salariales, y de Seguridad Social.

Asumida esa limitación del alcance objetivo de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, las dudas se han planteado respecto a qué conceptos retributivos deben incluirse (Nores, 2020, pp. 346-352).

Al respecto, la doctrina de suplicación había optado por una interpretación amplia e incluía en esta responsabilidad todas las obligaciones de naturaleza retributiva, tanto salariales como extrasalariales. Sin embargo, el TS ha aplicado una interpretación rigurosa del ámbito de responsabilidad del empresario principal y ha señalado que el artículo 42 del ET reduce el ámbito de la responsabilidad solidaria a las obligaciones salariales, lo que obliga a interpretar dicho precepto conforme al artículo 26.2 del ET. De este modo, la responsabilidad del empresario principal alcanza a todas las deudas que, conforme al artículo 26 del ET, deban considerarse como salario. Entre ellas deben incluirse las cantidades adeudadas en concepto de gratificaciones extraordinarias o, precisamente por su carácter salarial, de atrasos de convenio, pluses por cantidad y/o calidad, horas extraordinarias y domingos y festivos, así como de vacaciones no disfrutadas, cuyo carácter salarial a efectos del artículo 42.2 del ET ha sido confirmado por la doctrina de unificación (SSTS de 23 de diciembre de 2004, rec. 4525/2003; 9 de marzo de 2005, rec. 6537/2003; 1 de febrero de 2006, rec. 3306/2004, y 24 de abril de 2006, rec. 112/2005).

Por el contrario, de acuerdo también con el artículo 26 del ET, se excluyen del concepto de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. De este modo, la responsabilidad solidaria del empresario principal y de la cadena de contratistas no alcanza a las percepciones extrasalariales (SSTS de 20 de mayo de 1998, rec. 3202/1997, y 19 de enero de 1998, rec. 2030/1997) ni a las indemnizaciones por despido. Tampoco alcanza la responsabilidad solidaria a los salarios de tramitación. Al respecto habían surgido dudas y en algunos pronunciamientos judiciales se mantuvo la responsabilidad solidaria del empresario principal por los salarios de tramitación adeudados por el contratista a sus trabajadores en casos de despidos nulos o

improcedentes (STS de 7 de julio de 1994, rec. 93/1994). No obstante, esta interpretación fue rectificada a partir de la STS de 14 de julio de 1998 (rec. 3482/1997), en la que se afirma que el empresario principal no responde de los salarios de tramitación, dado que estos no pueden ser calificados en sentido estricto como salario. Esta interpretación es la que se mantiene en posteriores pronunciamientos hasta la fecha.

Se trata, en fin, de una responsabilidad que podrá reclamarse durante el año siguiente a la terminación de la contrata; plazo de ejercicio que coincide con el común de prescripción previsto en el artículo 59.1 del ET (STS de 11 de noviembre de 2013, rec. 2674/2012). Sin olvidar que, conforme ha señalado el TS, la responsabilidad que se impone a la empresa principal no deriva del contrato, sino de la ley, de modo que se trata de una solidaridad impropia, lo que determina que el ejercicio por el trabajador de la acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a su empleador no interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal que contrató los servicios de la empleadora para la realización de tareas correspondientes a su propia actividad. Y ello porque:

[...] la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el artículo 42.2 del ET diferenciándola en su nacimiento, duración y exigencia de la de pago de salarios que regulan los artículos 1, 26, 29 y 59 del ET en sus distintos particulares, lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el artículo 1.137 del Código Civil contempla y que tenga un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente y al que resulta inaplicable el artículo 1.974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro (STS de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015).

En cuanto a la responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social (Trillo, 2018), esta responsabilidad alcanza a las generadas por los contratistas o subcontratistas con la Seguridad Social en materia de cotizaciones y prestaciones. En este sentido, no cabe duda de que la responsabilidad solidaria se aplica respecto de las deudas por cuotas contraídas por la empresa auxiliar respecto de los trabajadores destinados en la contrata. Tales deudas por cuotas deben haberse generado durante el periodo de vigencia de la contrata, pues la empresa principal no responde de los descubiertos producidos con posterioridad a esa fecha. La responsabilidad solidaria alcanza también a las prestaciones de la Seguridad Social que se impongan a cargo de las empresas contratistas o subcontratistas por descubiertos en la cotización producidos durante la vigencia de la contrata. La adecuada coordinación entre lo previsto en este artículo 42.2 del ET y lo dispuesto en los artículos 142 y 168.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) permite diferenciar los supuestos de contratas de propia actividad de resto de contratas. En el primer caso, la responsabilidad por cuotas y por prestaciones es solidaria ex artículo 42.2 del ET. En el caso de contratas que no son de la propia actividad, la responsabilidad de la empresa principal es subsidiaria, condicionada por tanto a la insolvencia de la empresa contratista que incumplió sus obligaciones.

Mayores dudas suscita la posibilidad de imponer, con amparo en el artículo 42.2 del ET, la responsabilidad solidaria del empresario principal por recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo. El artículo 164 de la LGSS señala que la responsabilidad por el recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y la doctrina judicial ha entendido que, en efecto, la imposición del recargo sobre la empresa principal deriva de su participación en la producción del accidente, esto es, del incumplimiento de las obligaciones que le corresponden como titular de la actividad y del centro de trabajo donde se produce el accidente. No se trata, pues, de responsabilidad solidaria ex artículo 42 del ET, sino de responsabilidad directa por infracción de las normas de prevención. En definitiva:

[...] es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (STS de 14 de mayo de 2008, rec. 4016/2006).

Y ello al margen de que la contrata sea o no de la propia actividad.

Por el contrario, el artículo 42 no impone al contratista principal la obligación de responder ni solidaria ni subsidiariamente del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el contratista en materia de mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social (SSTS de 16 de septiembre de 1999, rec. 2587/1998; 14 de febrero de 2000, rec. 181/1999, y 22 de diciembre de 2000, rec. 4069/1999).

Ambas responsabilidades, por obligaciones salariales y por obligaciones de Seguridad Social, corresponden a la empresa principal respecto de los contratistas y subcontratistas, de modo que la responsabilidad se propaga hacia arriba a través de la cadena de contratas y subcontratas. Así lo ha interpretado el TS, incluso cuando la referencia legal –hasta su modificación en el 2001– no era tan clara. Se señaló, en este sentido, que:

[...] lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de Seguridad Social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el artículo 42 del ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que

contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo.

## 3.2. Dimensión dinámica de las contrata de obras y servicios

### 3.2.1. Contrata de obras y servicios y contratación temporal

La diversidad de interpretaciones judiciales sobre si la celebración de una contrata o subcontrata es causa suficiente para la celebración de contratos temporales de obra o servicio quedó resuelta a través de la doctrina unificada del TS (SSTS de 15 de enero de 1997, rec. 3827/1995, y 8 de junio de 1999, rec. 3009/1998), conforme a la cual, aunque es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, existe, sin embargo:

[...] una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y esa es [es importante subrayarlo] una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este.

En este sentido, continúa la citada Sentencia de 15 de enero de 1997, no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y, para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa solo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Esta vinculación entre el contrato temporal de obra y servicio y la contrata determina que la extinción de esta sea causa válida para la finalización de aquel. Pero, a su vez, ha determinado que las distintas vicisitudes del negocio que soporta la contrata repercutan sobre los contratos temporales a través de los que se ejecuta el servicio o la obra contratada (Rodrigo, 2018, pp. 89-99). Así, la doctrina judicial ha señalado que la extinción de la contrata es causa lícita de extinción del contrato de obra cuando finaliza por transcurso del plazo contractualmente previsto de duración de la contrata o por circunstancias ajenas a

la empresa. Por el contrario, cuando la contrata finalice por voluntad de los contratistas y por causa a ellos imputable (STS de 14 de junio de 2007, rec. 2301/2006), la extinción del contrato temporal supone un despido improcedente, como ocurre en la STS de 2 de julio de 2009 (rec. 77/2007), en la que es la contratista la que pone fin a la contrata.

No puede tampoco extinguirse un contrato temporal vinculado a la duración de la contrata por la circunstancia de que la empresa principal decida que la contratista reduzca el número de trabajadores destinados a la contrata, salvo que esta posibilidad esté prevista en el convenio (como ocurre, por ejemplo, en los convenios de la construcción o de *telemarketing*) (STS de 16 de marzo de 2005, rec. 118/2003) o se haya pactado expresamente en el contrato (STS de 10 de junio de 2008, rec. 1204/2007). Esta doctrina se aplica en la STS de 16 de julio de 2014 (rec. 1777/2013), en la que empresa principal y contratista pactaron la reducción de las tareas encomendadas en la contrata, la contratista procedió al despido de 4 trabajadores al amparo del artículo 49.1 c) del ET y el TS consideró que se trataba de un despido improcedente que debía haberse articulado como despido objetivo (reiterando la doctrina fijada en la anterior STS de 8 de noviembre de 2010, dejando a salvo los casos en que se haya previsto en convenio colectivo o en el contrato).

Finalmente, también ha señalado el TS que, cuando finaliza la contrata, pero se renueva con la misma contratista, por prórroga o por nueva adjudicación, no cabe extinguir los contratos temporales celebrados al amparo de la primera, porque la necesidad de mano de obra que justificó la celebración del contrato temporal subsiste. Por eso, mientras la empresa sea adjudicataria de la contrata, subsiste la necesidad temporal de empleados y, por tanto, la vigencia del contrato continúa al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que, por disposición legal, ha de coincidir con la de las necesidades que satisface (STS de 17 de junio de 2008, rec. 4426/2006; 18 de junio de 2008, rec. 1669/2007; 23 de septiembre de 2008, rec. 2126/2007, y 28 de abril de 2009, rec. 1419/2008).

### 3.2.2. Fronteras de las contrata con la cesión ilegal

El concepto de cesión de trabajadores regulado en el artículo 43 del ET remite a un fenómeno complejo, en el que, como ha indicado la STS de 17 de enero de 2002 (rec. 3863/2000):

[...] el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre este y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.



La finalidad que persigue el artículo 43 del ET es, en palabras del TS (de la citada STS de 17 de enero de 2002):

[...] que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Siendo la finalidad del artículo 43 del ET la que se acaba de indicar, es claro que los efectos que derivan del reconocimiento de una cesión ilegal no pueden diferir en función de que la cesión haya tenido lugar entre dos empresas reales o entre una empresa real y otra aparente, pues, si de lo que se trata es de que el trabajador no salga perjudicado en estas situaciones, para este es irrelevante la forma en que se comete el perjuicio; lo importante es que el perjuicio exista.

Si atendemos al enorme protagonismo cobrado por la desagregación empresarial en nuestra realidad productiva, la conexión de la figura que analizamos con los fenómenos de descentralización productiva es evidente. La huida de la estructura, la desaglomeración empresarial a través del crecimiento a base de reducir el tamaño, mediante el proceso de satelización de actividades que permiten obtener ventajas competitivas (acceso a innovaciones autónomas, reducción de costes fijos, reducción de riesgos) y ventajas operativas (sistemas *just in time*), y, en suma, el incremento del rendimiento basado en la gestión especializada son factores que explican el citado resultado.

A la anterior realidad se añaden múltiples fórmulas de gestión empresarial que se han ido desarrollando y que, en no pocas ocasiones, bordean, cuando no traspasan, la prohibición de cesión de trabajadores, únicamente permitida por nuestra legislación a las empresas de trabajo temporal, siempre y cuando se realice para atender a necesidades coyunturales de las empresas a través de contratos temporales causales. Es el caso de las llamadas «empresas multiservicios».

Su problemática ha dado lugar a numerosos problemas ligados también a la devaluación salarial y a la negativa sindical a desarrollar la negociación en la empresa (Esteve, 2019). La estrategia sindical fue contundente y se materializó en el seguimiento por las correspondientes federaciones de los nuevos convenios de empresas multiservicios impugnando aquellos en los que se encontraban indicios de vulneración de la legalidad vigente. La reacción judicial fue, también, contundente en la medida en que sobre la base de la aplicación del principio de correspondencia se procedió a la anulación de un gran número de los convenios concluidos. El ejemplo de la actuación de la Audiencia Nacional declarando nulos más de 120 convenios colectivos es elocuente al respecto (Cavas, 2019, pp. 112-119).

### 3.2.3. Sucesión de contratistas y sucesión de empresas

La relación entre las contratistas y la sucesión de empresas también ha estado marcada a lo largo de los años por una evolución, no tanto normativa, pues nunca ha existido una expresa previsión legal al respecto, como de interpretación judicial. Y, en este particular caso, tal evolución ha venido profundamente determinada por los criterios que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido fijando en la aplicación del derecho europeo.

Si inicialmente la doctrina judicial entendió, con fundamento en la identificación de la contratista con una unidad productiva autónoma, que los supuestos de sucesión de contratistas podían estar comprendidos en la disciplina de la sucesión de empresas (SSTS de 9 de julio de 1987 y 9 de junio de 1989), pronto esta interpretación fue superada para afirmar con rotundidad que el recurso a la contratación con empresas externas, la sucesión de contratistas o la recuperación por la empresa principal de la actividad externalizada a través de contratistas no constituían típicamente un supuesto de transmisión de empresa y, por tanto, no resultan aplicables las garantías que para este fenómeno prevé el artículo 44 del ET. Tan tajante afirmación ha ido, no obstante, completándose con sucesivas excepciones.

Por una parte, porque la doctrina del TS siempre ha advertido que esta regla general se exceptúa cuando el nuevo contratista que sucede al anterior o la empresa principal que continúa con la actividad, en los casos de reinternalización del servicio, lo hace con la misma organización productiva que empleaba el anterior –sin que resulte relevante a estos efectos que los elementos empleados para el desarrollo de la actividad económica sean o no de titularidad del contratista, pues lo relevante es que quien presta la actividad tenga disponibilidad sobre los mismos para ejecutar la actividad contratada–. De este modo, cuando la actividad empresarial que continúa con un nuevo empresario requiere de importantes elementos materiales, instalaciones o infraestructuras, la circunstancia de que el nuevo contratista desarrolle la actividad con esos mismos elementos es suficiente para apreciar la transmisión de empresa y aplicar el régimen legal previsto en el artículo 44 del ET.

Por otra parte, porque si bien el TS interpretó inicialmente que la mera continuidad del servicio por un nuevo contratista con la misma plantilla que empleaba el anterior sin ir acompañada de la transmisión de elementos productivos materiales no podía determinar una sucesión de empresa, tal interpretación ha tenido que modificarse para asumir la doctrina de la sucesión de plantillas del TJUE, conforme a la cual «en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera una actividad común pueden constituir una entidad económica» (Sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sűzen). De tal manera que, cuando se trata de actividades que descansan en la mano de obra y en las que los elementos materiales necesarios para desarrollar la actividad empresarial no resultan relevantes, el TS ha aceptado la aplicación de las garantías inherentes a la sucesión empresarial si la nueva contratista continúa prestando el servicio con un número significativo, en términos cuantitativos y cualitativos, de los trabajadores de la anterior empresa contratista (STS de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/2011).

El último episodio en este proceso de delimitación de la aplicación de las garantías del artículo 44 del ET a los casos de creación, sucesión o extinción de contratistas ha venido marcado por la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo). Con esta sentencia se pone fin a una interpretación que el TS había sostenido sin fisuras respecto de la sucesión de plantillas y que limitaba su aplicación exclusivamente a los supuestos en los que la incorporación de la plantilla del anterior contratista se produzca como resultado de la libre decisión empresarial (STS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014). Doctrina que permitía excluir la aplicación del artículo 44 del ET en aquellos supuestos en los que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo derivaba de la aplicación del convenio colectivo. En estos casos, el régimen jurídico de la subrogación operaba, según la doctrina mantenida por el TS, con el alcance subjetivo y el régimen jurídico previsto en la norma convencional, sin que resultasen aplicables las garantías que contempla el artículo 44 del ET. La citada STJUE afirma con claridad que la circunstancia de que la sucesión de plantilla se produzca como consecuencia de una obligación prevista en el convenio colectivo no impide la apreciación de una sucesión. Y así ha acabado aceptándolo el TS (SSTS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016, y 12 de noviembre de 2019, rec. 357/2017, entre otras), rectificando su anterior doctrina para afirmar que «el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema». De este modo, si, por aplicación de lo previsto en el convenio, se produce una sucesión de plantilla, resultarán aplicables todas las garantías del artículo 44 del ET y resultarán inaplicables las previsiones del convenio colectivo que las limiten, señaladamente las referidas al no reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores del anterior contratista y a la exclusión de responsabilidad solidaria del nuevo contratista por las deudas salariales del anterior.

Esta solución no deja, sin embargo, de abrir nuevos frentes (De la Puebla, 2018). Porque ahora parece claro que si, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo, la nueva contratista se hace cargo de la totalidad de los trabajadores que prestaban el servicio o actividad contratada con la anterior, no habrá dudas sobre la existencia de la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad. Pero no siempre ocurre así. En muchos casos, los convenios limitan la obligación de subrogación a solo un porcentaje de trabajadores, excluyen de esta garantía a los trabajadores que no alcanzan una determinada antigüedad o se limitan a establecer la obligación de que la nueva contratista incorpore a su proceso de selección a los trabajadores de la anterior. En estos supuestos, la cuestión esencial será determinar si el número y cualificación de los trabajadores en cuyos contratos se subroga la empresa entrante es suficiente para apreciar sucesión legal o no. Así lo apunta el TS cuando afirma que «son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa» y, más adelante, que:

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

Las consecuencias de esta nueva doctrina, fijada en la STS de 27 de septiembre de 2018, no acaban ahí. Y es que en el caso de que proceda, atendiendo a la cantidad y calidad de los trabajadores transmitidos en aplicación de lo previsto en el convenio colectivo, la apreciación de una sucesión de empresa, el efecto no puede ser otro que el de extender los efectos de la subrogación a toda la plantilla afectada, al margen de si el convenio preveía exclusivamente la subrogación parcial de la plantilla. Cualquier trabajador que, en virtud de las previsiones convencionales, no tuviera derecho a la continuidad de su contrato con el nuevo contratista podrá reclamar, ex artículo 44 del ET, el mantenimiento de su relación contractual y la íntegra aplicación del régimen legal de la sucesión.

No es este el único problema que deriva de la nueva doctrina fijada en la STJUE en el asunto Somoza Hermo. En sectores cuya actividad descansa esencialmente en la mano de obra, la posibilidad de que la subrogación en la plantilla, impuesta por el convenio colectivo aplicable, conlleve la responsabilidad solidaria por deudas laborales y de Seguridad Social del anterior contratista puede retraer el interés en asumir la contrata por parte de empresas solventes del sector, no solo cuando el anterior contratista es una empresa con dificultades financieras, sino también cuando se trata de empresas poco consolidadas o de reciente creación.

Está por ver, en fin, si la negociación colectiva se resentirá de esta nueva interpretación que puede resultar, a la postre, un obstáculo para el mantenimiento de las cláusulas subrogatorias ante la previsible negativa de la representación empresarial a asumir compromisos que pueden conducir a la íntegra aplicación del artículo 44 del ET.

## 4. La reforma del régimen legal de la subcontratación, una tarea pendiente e inaplazable

### 4.1. Propositiones de ley y propuestas para la modificación del artículo 42 del ET

No es extraño, a la vista no solo de los problemas interpretativos generados por el artículo 42 del ET, sino, sobre todo, de los efectos que la descentralización productiva genera en las condiciones laborales de los trabajadores (Aragón, 2019), que la reforma del régimen jurídico de las contratas haya sido un objetivo prioritario cuando se han hecho propuestas sobre la reformulación de las normas laborales.

Son numerosos los estudios que, en este sentido, han advertido de los sustanciales cambios que se han producido en los últimos años en relación con la descentralización productiva. Cambios cuantitativos, por la generalización de esta forma de organización empresarial, pero también cualitativos, en la medida en que tal generalización ha desbordado el ámbito original de la descentralización –el sector industrial– para alcanzar significativamente al

sector servicios, a la vez que las nuevas tecnologías han dotado de un potencial multiplicador a la externalización y han agravado, como con acierto se ha señalado, las distorsiones entre el modelo normativo y la realidad (Goerlich, 2018b, p. 17). Desde esta premisa, se han sugerido desde reformas de carácter técnico, que unifiquen y clarifiquen el régimen jurídico aplicable y las medidas de tutela de los trabajadores, hasta reformas que, con mayor o menor alcance, afectan a la propia configuración del concepto de contrata y de la propia actividad, sin olvidar las propuestas referidas a las condiciones laborales aplicables a los trabajadores y al régimen de responsabilidad empresarial (Gárate, 2018; Goerlich, 2018b; Sala, Nores y Calvo, 2018, pp. 184-186).

En esa misma dirección apunta la aplicación e interpretación judicial de las previsiones normativas recogidas en el artículo 42 del ET y de aquellas otras que, fuera de este precepto, inciden en la prestación de trabajo en régimen de descentralización. La doctrina judicial ha debido dar respuesta, a partir de un marco normativo insuficiente y en cierta medida anacrónico, a los retos que la descentralización productiva ha ido planteando. Las matizaciones o correcciones que el TS ha hecho a su propia doctrina sobre la vinculación entre el contrato de obra o servicio y las contratas, la evolución sobre el concepto de contrata y de propia actividad o la aplicación de la doctrina sobre sucesión de empresas, legal y convencional, en el ámbito de las contratas son buena prueba de ello.

Desde el punto de vista político, la preocupación por los excesos derivados de la descentralización productiva y por la situación de los trabajadores que prestan servicios en contratas ha sido también una constante en los últimos años. Hasta el punto de que el planteamiento de propuestas para la modificación del artículo 42 del ET no ha esperado al inicio de los trabajos para la elaboración del prometido ET del siglo XXI.

Ya en el año 2016, el PSOE presentó, durante la undécima legislatura, una Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del ET con la finalidad de garantizar la igualdad de condiciones laborales de trabajadoras y trabajadores subcontratados (BOCG de 1 de abril de 2006, núm. 27-1). Se proponía en aquel documento, con el objetivo de evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y de la calidad del servicio prestado, añadir un nuevo párrafo al artículo 42.1 del ET en los siguientes términos:

Las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata y subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.

Esta proposición de ley se reiteró en los mismos términos tras la disolución de las Cámaras y el inicio de una nueva legislatura. Superados ciertos obstáculos procedimentales (Aragón, 2019, pp. 438-439), su tramitación parlamentaria permitió conocer la posición que sobre este tema mantenían otros grupos parlamentarios, siendo especialmente significativa la posición del grupo Unidos Podemos, que, a través de diversas enmiendas, propuso una regulación mucho más estricta de las contrata y subcontratas, que abarcaba, además, cuestiones no contempladas en el artículo 42 del ET. Se planteaba, en este sentido, una modificación del artículo 15 del ET para impedir que la celebración de una contrata amparase una contratación temporal. También la reforma del artículo 44 del ET para garantizar que cualquier proceso de externalización de actividad o de sustitución de contrata quedase amparado por el régimen legal de la sucesión de empresa, al margen de si tales supuestos resultaban o no reconducibles a una efectiva sucesión de empresa o de plantilla. En relación con el artículo 42 del ET, se proponía prohibir la subcontratación de determinadas actividades, en función de su peligrosidad y riesgo para la salud de los trabajadores; asegurar la equiparación de las condiciones laborales de los trabajadores de la contrata con los de la empresa principal mediante la aplicación del convenio de la empresa principal, en las contrata de la propia actividad, o del convenio sectorial, en el caso de contrata que no sean de la propia actividad; y fijar, en fin, un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa principal más riguroso que el ya existente.

La reforma del régimen de la subcontratación está también presente en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (IV AENC) 2018-2020, suscrito por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las sindicales CC. OO. y UGT el 5 de julio de 2018. Los interlocutores sociales ya habían anticipado la necesidad de que el nuevo acuerdo no se limitara, como había ocurrido en los anteriores, a una negociación de las bandas salariales, sino que debía darse entrada a otros temas como la igualdad de trato y no discriminación, la prevención de riesgos laborales, la subcontratación, la formación, el contrato de relevo, el absentismo o la jubilación forzosa. El texto finalmente acordado mantuvo en lo esencial los criterios y recomendaciones del tercer acuerdo, alterando únicamente aquellos elementos que se estimaron necesitados de actualización (tales como los incrementos salariales para cada uno de los años de vigencia del acuerdo). Junto a ello, el IV AENC incorpora un conjunto de acuerdos de alcance bipartito, entre las organizaciones firmantes del mismo, pero a desarrollar en un ámbito tripartito con el Gobierno. Las partes del IV AENC emplazan a abordar una negociación a tres bandas sobre determinados elementos de las relaciones laborales y del mercado de trabajo que remiten a problemas de carácter estructural, que trascienden a los requerimientos del ciclo. Entre las materias que expresamente se identifican como objetivos para su mejora en el marco del diálogo social, se cita precisamente el artículo 42 del ET, instando a su necesaria modificación o reforma. Y ello sobre las siguientes premisas:

Entendemos que los procesos de descentralización y externalización productiva, afectados a través de diferentes modelos de subcontratación, deben ser procesos

fundamentales a la especialización productiva. En este sentido, la regulación de estos procesos de descentralización no debe incentivar una competencia desleal entre empresas, ni un deterioro de las condiciones de empleo. Para ello es necesaria una nueva regulación del artículo 42 del ET, que garantice las condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva.

Finalmente, en el Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019. Presupuestos para un Estado Social, suscrito entre PSOE y Unidos Podemos en octubre de 2018, también se recogían diversas referencias al artículo 42 del ET. En concreto, dentro del apartado 4 (Empleo: por un empleo digno, con salarios dignos) se preveía «desvincular el contrato de obra o servicio determinado de la realización de trabajo o tareas en el marco de las contrata, subcontratas o concesiones administrativas» (4.4), a la vez que concluir con la mayor urgencia posible la tramitación de las proposiciones de ley referidas, entre otras, a la modificación del artículo 42 del ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (4.6).

Desde la fecha de firma de este acuerdo hasta la disolución de las Cámaras el 5 de marzo de 2019, el Gobierno del PSOE procedió a realizar las modificaciones legales necesarias para poner en práctica algunos de los contenidos del mencionado acuerdo. Así ha ocurrido con los compromisos sobre igualdad retributiva, sobre el registro de jornada, la subida del salario mínimo interprofesional, la recuperación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años o, en fin, la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor para ambos progenitores, articulados todos ellos a través de los Reales Decretos-Leyes 6/2019, de 1 de marzo, para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Ninguna medida se ha tomado, sin embargo, en relación con el régimen de la descentralización productiva contemplado en el artículo 42 del ET, probablemente no porque se haya renunciado al objetivo de su modificación, sino porque cualquier reforma del régimen de la subcontratación, esencial como ya se ha visto en el desarrollo de la actividad económica y productiva, requiere una reflexión y un debate pausados, donde se valoren y midan con detalle todas las consecuencias que su modificación puede determinar.

La necesidad de reformar el artículo 42 del ET aparece de nuevo en el Acuerdo Unidas Podemos-PSOE, suscrito a finales de diciembre de 2019 tras las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, en el que se sientan las bases del Gobierno de coalición que acabaría constituyéndose el 7 de enero de 2020 (Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España). La referencia es ahora mucho más escueta. No se menciona ya la desvinculación del contrato de obra y servicio con la celebración de contrata ni se propone modificación alguna del artículo 44 del ET. La única referencia a esta materia, concreta y contundente, prevé que «modificaremos el artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

En este punto, el acuerdo asume, en lo sustancial, la propuesta que defendió Unidas Podemos en campaña electoral, recogida en su programa (apdo. 166) en términos muy similares a los que contempla el acuerdo. Se proponía allí:

[...] limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, de manera que los servicios propios de la empresa queden excluidos. Es decir, un hotel no puede subcontratar la limpieza de las habitaciones y una empresa que presta servicios masivos no puede subcontratar su servicio de atención al cliente.

## 4.2. Consideraciones finales

No parece prudente, dado que las reformas hasta ahora mencionadas, y en particular la recogida en el último acuerdo citado, consisten únicamente en meras propuestas programáticas, que se concretarán seguramente en términos más precisos, abordar en este momento su valoración y análisis detallado. Pero sí ofrecen la ocasión para aportar algunos modestos apuntes sobre la inevitable reforma de la regulación laboral de la descentralización productiva.

En este sentido, debe advertirse que, interpretada en sus términos literales, la última propuesta recogida en el programa electoral de Unidas Podemos supondría una modificación radical, no solo del artículo 42 del ET, sino del entero régimen de la descentralización productiva. De llevarse a cabo, quedarían prohibidas las contrataciones de la propia actividad –en la medida en que solo se permitiría la externalización de servicios «ajenos»– y las contrataciones de servicios que no pertenezcan a la propia actividad solo serían posibles en la medida en que se trate de servicios que requieran una especialización. Y, en esos casos, con la garantía de que los trabajadores y trabajadoras tendrán las mismas condiciones que los de la empresa matriz. Una propuesta que va mucho más allá de la recogida en la proposición de ley del PSOE, cuyo objetivo era el de garantizar la igualdad de derechos entre los trabajadores de la principal y la contratista.

Es indudable que la prestación de trabajo a través de contrataciones es uno de los factores que incide más directamente sobre la precarización del mercado de trabajo. El recurso empresarial a la descentralización productiva genera una desagregación de los trabajadores respecto de la empresa principal, una diversificación del estatuto convencional aplicable a los trabajadores que participan en el proceso productivo –por razón de su pertenencia a la empresa principal o a la contratista– que conduce a la degradación de sus condiciones laborales, y les somete a una intensa rotación y precarización de sus puestos de trabajo. La necesidad, por todo ello, de abordar la modificación o reforma de aquellos elementos que coadyuvan a esos resultados nefastos está fuera de toda discusión.

Pero esa reforma no puede prescindir de la vinculación entre la descentralización productiva y la libertad de empresa, advertida por el TS cuando afirmó que la opción empresarial



por la descentralización de parte de su actividad productiva es «una decisión plenamente lícita que corresponde a la esfera propia del principio de libertad de empresa y de la autonomía privada» (STS de 27 de octubre de 1994, rec. 3724/1993). Recientemente el TJUE, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2019 (asunto C-402/18), analizando la adecuación de una normativa italiana que prevé determinadas limitaciones en la subcontratación en el sector público con el derecho europeo, también ha señalado que la limitación legal en el recurso a la subcontratación es contraria a las directivas sobre contratación pública (Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18) y afecta a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios reconocidos en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por todo ello, la reforma del régimen jurídico de la subcontratación quizás haya de poner el acento no tanto en la limitación o prohibición del recurso a la subcontratación, que además en sí misma no tiene por qué suponer una degradación de las condiciones de trabajo, sino en las circunstancias que permiten que ese efecto se produzca. Sin olvidar, por otra parte, que algunas medidas legales ya en vigor pueden ser eficaces a tales efectos o pueden servir de modelo para una posible reforma.

Así, por una parte, es indudable que la aceptación por la doctrina judicial de la vinculación temporal del contrato de trabajo a la duración de la contrata ha favorecido la temporalidad de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, con los efectos negativos de precarización que ello supone.

No puede dejar de advertirse que dicho efecto ha quedado parcialmente amortiguado, por una parte, por la incorporación de límites legales a la duración del contrato de obra o servicio y al encadenamiento de contratos, y, por otra, por las matizaciones que progresivamente el TS ha incorporado a su doctrina inicial sobre vinculación entre la contrata y el contrato de obra o servicio.

En efecto, la limitación de la duración máxima del contrato temporal por obra o servicio a 3 años (o a 4, cuando lo prevea el convenio colectivo aplicable conforme al art. 15.1 b) ET) permite la conversión del contrato temporal en indefinido no solo en los casos en que la duración de la contrata a la que se vincula el contrato temporal supera desde el inicio dicho plazo, sino también cuando la contrata se prorroga o renueva con la misma empresa, en virtud de la doctrina judicial citada anteriormente que considera que, en estos casos, el contrato se prorroga simultáneamente con la contrata. En el mismo sentido, las previsiones del artículo 15.5 del ET sobre encadenamiento de contratos temporales pueden determinar el mismo efecto de conversión en relación de trabajo por tiempo indefinido cuando el trabajador es destinado por la misma empresa a distintas contratas con sucesivos contratos de obra o servicio.

Es evidente, además, la evolución de la doctrina del TS en relación con esta cuestión. Sin renunciar a la premisa inicial conforme a la cual la celebración de una contrata legítima

la contratación temporal de trabajadores, el tribunal ha ido progresivamente modulando su doctrina para evitar, como se ha señalado anteriormente, que la reducción de la contrata por voluntad de las empresas implicadas, su extinción *ante tempus* o cualquier otra decisión derivada de la mera voluntad de las empresas principal y/o contratista puedan actuar como justa causa de extinción del contrato de obra o servicio. Modulación de su doctrina que se ha expresado incluso con mayor claridad en pronunciamientos más recientes, en los que, aun referidos a contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que limitó la duración del contrato de obra o servicio, el TS ha apelado al «carácter excepcional de la doctrina sobre contratos temporales por adscripción a una contrata» (STS de 28 de noviembre de 2019, rec. 3337/2017) para recordar que la legitimidad de la contratación temporal vinculada a una contrata no exime de cumplir con los presupuestos generales de esta modalidad, en particular que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, de modo que, cuando tal autonomía se desdibuja al convertirse en una actividad que, por su reiteración, evidencia que la empresa la ha incorporado a su habitual quehacer, se desnaturaliza la contratación temporal y se pervierte su objeto y finalidad (STS de 5 de marzo de 2019, rec. 1128/2017).

Sin restar importancia a estos cambios normativos e interpretativos, subsisten dificultades para asegurar la conversión del contrato de obra en indefinido. Así, la interrupción entre la finalización de una contrata y el inicio de la siguiente, aun con el mismo contratista, puede impedir la aplicación del límite máximo de duración del contrato temporal. Del mismo modo, la renovación de la contrata con el mismo contratista, pero con un objeto diferente, puede también resultar un obstáculo para asegurar la estabilidad de los trabajadores. O, en fin, la contratación del mismo trabajador *ex novo* por el nuevo contratista impide la inaplicación del artículo 15.5 del ET (Montoya, 2018, pp. 286-287). Las matizaciones que el propio TS ha incorporado en su doctrina sobre vinculación entre contrato de obra y servicio y contrata resultan también insuficientes para dotar a los trabajadores afectos a la contrata de la suficiente certidumbre sobre la naturaleza de su contrato.

De ahí que la reforma del régimen de la subcontratación requiera un replanteamiento de esta cuestión, íntimamente conectada con la precariedad del trabajo en contratas. Replanteamiento que pasa probablemente por superar la consideración de la contrata como una obra o servicio dotado de autonomía o sustantividad y, con ello, prohibir la celebración de contratos temporales para cubrir la actividad contratada.

Por otro lado, en la línea de evitar la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores de las contratas y subcontratas, la LCSP puede ofrecer un modelo sobre el que reconstruir la regulación del trabajo en contratas. Además de otras referencias expresas, su artículo 122.2 establece como contenido obligatorio de los pliegos administrativos «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación», imponiendo así a los contratistas la obligación de remunerar a sus trabajadores como mínimo en los términos fijados en el convenio colectivo del sector. La obligatoriedad de que las empresas contratistas apli-

quen el convenio sectorial puede ser una fórmula adecuada para evitar que la competencia en el mercado de las contratas se haga a costa de los salarios de los trabajadores a través de la negociación salarial a la baja en los convenios colectivos de empresa (Gimeno, 2018, pp. 161-169). Esta medida, o la equiparación de derechos entre los trabajadores de la empresa principal y de la contratista a través de la aplicación a estos últimos del convenio colectivo de la principal (Nores, 2020, p. 360), puede actuar, además, como contención para las empresas multiservicios que, en muchos casos, se han dotado de convenio propio para aplicar los salarios allí previstos, amparadas por una doctrina judicial errática y poco concluyente en cuanto a la determinación del convenio aplicable a los trabajadores de estas empresas.

No parece tampoco inoportuno replantearse la posibilidad de extender la responsabilidad de la empresa principal por las deudas de las contratistas respecto de sus trabajadores, al margen de si se trata o no de subcontratación de la propia actividad. Indudablemente, ello supone devaluar el concepto de propia actividad, que perdería relevancia al menos a efectos de la extensión y naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal. Y es que, en cualquier caso, sea o no propia actividad, la empresa que descentraliza se beneficia del esfuerzo productivo de los trabajadores de la contratista. La responsabilidad compartida de la empresa principal y la contratista incentiva una elección diligente y una vigilancia constante por la empresa comitente respecto de las empresas contratistas y permite asignar equitativamente los costes laborales y sociales, extendiendo las consideraciones que en su momento se hicieron para las contratas de propia actividad (Martín, 1988, p. 264). Una ampliación de la responsabilidad de la empresa principal que, además, debería extenderse a todas las obligaciones laborales, y no solo a las de carácter salarial, en sintonía con las previsiones aplicables a la cesión ilegal y a la sucesión de empresas.

El convenio colectivo debe seguir jugando, además, un papel esencial en la protección de los trabajadores que prestan servicios en sectores sometidos a contratación y subcontratación. La nueva doctrina judicial sobre la subrogación convencional, de directa aplicación al ámbito de la descentralización productiva mediante subcontratación, puede provocar, como ya se ha señalado, la desaparición de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, con el perjuicio evidente para la estabilidad del empleo de trabajadores en sectores sometidos a una alta rotación y donde ni los requerimientos materiales ni la cualificación profesional son relevantes. Pero la solución contraria, el mantenimiento de las cláusulas de subrogación convencional, con la consecuencia ya conocida de aplicación del completo régimen de garantías del artículo 44 del ET, y en particular la extensión de la responsabilidad solidaria al nuevo contratista por deudas laborales y de Seguridad Social del anterior, está provocando, como se apuntó anteriormente, desajustes en el mercado por la reticencia de empresas solventes y consolidadas a suceder a empresas que no ofrezcan garantías de solvencia y cumplimiento de sus obligaciones. Se mire por donde se mire, ninguna de las alternativas resulta razonable.

Quizás, por ello, puede valorarse la oportunidad de generalizar la solución que apunta, de nuevo, el artículo 130.6 de la LCSP cuando prevé que:

[...] el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

En defecto de una responsabilidad solidaria aplicable a todo tipo de contrata, la posibilidad de imponer a la empresa principal la obligación de retener temporalmente parte de los pagos que adeude a la contratista para, en su caso, destinarlos al abono de salarios o deudas con la Seguridad Social puede suponer una garantía no solo para los trabajadores, sino para las empresas interesadas en asumir la prestación del servicio con la misma plantilla de trabajadores.

En otro orden de cosas, una reforma del régimen de la descentralización productiva no puede hacerse al margen de una realidad empresarial en la que el valor de la organización económica reside no ya en las infraestructuras, ni siquiera en la propia plantilla, sino en activos intangibles. La STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-194/18, Dodič), aunque referida a un supuesto de sucesión de empresa, ofrece un buen ejemplo de la importancia que estos elementos están llamados a jugar en una sociedad y una economía cada vez más tecnológica, más digital y más virtual. Una regulación de la descentralización productiva en un ET del siglo XXI no puede hacerse al margen de esta realidad.

Llama la atención, finalmente, que haya quedado completamente fuera del debate y de las propuestas de reforma cualquier referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que prestan servicios en régimen de contrata y subcontrata. Ciertamente, las previsiones contenidas en el artículo 42 del ET sobre esta cuestión no han generado especial litigiosidad, sin perjuicio de algún pronunciamiento del TS sobre el alcance de los derechos de información de los representantes de los trabajadores (STS de 27 de febrero de 2019, rec. 218/2017). Pero diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del TS (STC 75/2010, de 19 de octubre; SSTC de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016, y 16 de noviembre de 2016, rec. 59/2016) han puesto de manifiesto las peculiaridades que plantea el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de contrata y subcontrata, revelando así el reto que supone hacer efectivo el derecho de estos trabajadores a ejercer medidas de conflicto colectivo eficaces (Goerlich, 2018a). Un ejemplo más de que la reforma del trabajo en organizaciones productivas descentralizadas excede del marco del artículo 42 del ET.

## Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, C. (2019). Trabajo en contratas. Análisis de las circunstancias que han motivado la Proposición de Ley de modificación del art. 42 ET y su urgente necesidad de reforma. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (pp. 401-446). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castillo Alonso, J. J. (1988-1989). La división del trabajo entre empresas. *Sociología del Trabajo*, 5, 19-40.
- Cavas Martínez, F. (2019). *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. y Rodríguez Ramos, P. (2016). Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios. En J. Cruz, I. García-Perrote, J. M.<sup>a</sup> Goerlich y J. R. Mercader (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (pp. 522-541). Valladolid: Lex Nova.
- Esteve Segarra, A. (2019). *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*. Albacete: Bomarzo.
- Gárate Castro, J. (2018). Descentralización productiva y derecho del trabajo. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 25-68). Madrid: Cinca.
- Gimeno Díaz de Atauri, P. (2018). Cuan-tía salarial y niveles de contratación. En J. M.<sup>a</sup> Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)* (pp. 148-169). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (2000). Determinación del supuesto: la noción de contrata y sub-contrata de obras y servicios. En *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (pp. 77-107). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (2018a). Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 175-198). Madrid: Cinca.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (2018b). Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas. En M. López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (pp. 13-34). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Abelleira, F. J. (2019). El concepto de propia actividad en la regulación laboral de la contrata. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (pp. 377-399). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (pp. 209-275). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Martín Valverde, A. (2003). Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada. *Documentación Laboral*, 68, 5-22.
- Mercader Uguina, J. R. (2016). Subcontratación de obras y servicios. En AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*.

- Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 799-809). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montoya Medina, D. (2018). Trabajo en contratos e inestabilidad en el empleo. En M. López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (pp. 281-296). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nores Torres, L. E. (2020). El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1(10), 343-363.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2000). Filiación. Grupos de empresas. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 627-666). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2005). *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2018). Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 48, 108-118.
- Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2018). *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sala, T., Nores, L. E. y Calvo, E. (2018). La subcontratación. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 177-186). Madrid: Francis Lefebvre.
- Trillo García, A. R. (2018). Responsabilidades en la subcontratación en materia de Seguridad Social. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 121-173). Madrid: Cinca.



# Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica

**María de los Reyes Martínez Barroso**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## Extracto

Aun cuando el régimen jurídico del despido constituye una de las piedras angulares que sostienen el edificio entero del derecho del trabajo, la dogmática o construcción de dicha institución dista mucho de estar plenamente consolidada, de ahí que resulten oportunas algunas reflexiones sobre sus principales características en el año en que se cumple el cuadragésimo aniversario de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. En las páginas que siguen, tras realizar un rápido repaso de las principales reformas que han afectado a la institución en los últimos años, se analiza la oportunidad de destipificar alguna de las causas del despido disciplinario, debido a la *vis expansiva* del despido producido por la transgresión de la buena fe contractual; de acentuar el control judicial del efectuado por causas empresariales; así como una propuesta de reforma del despido colectivo para atender a las exigencias de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, se lleva a cabo un análisis crítico del coste económico del despido arbitrario, con sintéticas propuestas *de lege ferenda*.

**Palabras clave:** despido disciplinario; despido colectivo; causalidad; coste económico.

Fecha de entrada: 14-01-2020 / Fecha de revisión: 31-01-2020 / Fecha de aceptación: 31-01-2020

**Cómo citar:** Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2020). Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 157-189.





# Reflections based on the causality, form and economic cost of dismissal. Necessary search for legal certainty

María de los Reyes Martínez Barroso

## Abstract

Legal regime of dismissal constitutes one of the cornerstones that support the entire building of Labour Law. Even then, dogmatic or construction of this institution is far from being fully consolidated. Some reflections on its main characteristics are appropriate in the year of the fortieth anniversary from approval of the Workers' Statute. This study, after a quick review of the main reforms that have affected this institution, analyzes the opportunity for decriminalize disciplinary dismissal. There are several essential reasons: expansive effect of dismissal for transgression of contractual good faith; need to accentuate judicial control of dismissal for business reasons, as well as a proposal to reform collective redundancy in order to meet requirements from doctrine issued by the Court of Justice of the European Union. Finally, this report carries out a critical analysis of the economic cost of arbitrary dismissal, with synthetic proposals *de lege ferenda*.

**Keywords:** disciplinary dismissal; collective redundancy; causality; economic cost.

**Citation:** Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2020). Reflections based on the causality, form and economic cost of dismissal. Necessary search for legal certainty. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 157-189.







## Sumario

1. Nota introductoria justificativa del estudio
2. Breve repaso de las últimas reformas legislativas en materia de despido
3. Sobre la oportunidad de «destipificar» el despido disciplinario debido a la generalidad del concepto de buena fe. Hacia una causa justa única y general del despido disciplinario
4. Despido colectivo. El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales: el vaciamiento causal y su necesario reproche
5. Sobre la forma e impugnación del despido
6. El coste del despido arbitrario y la propuesta de un sistema extintivo correcto
7. Sobre la imposibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento

Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio enmarcado en el proyecto de investigación «Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social» (referencia DER2017-82192-C3-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

## 1. Nota introductoria justificativa del estudio

Como sucede en otras relaciones jurídicas duraderas y de ejecución continuada, en la relación de trabajo el momento de la terminación o ruptura suele ser el más propicio para el litigio. De ahí que el despido sea el instituto jurídico-laboral que ha despertado una mayor atención en la jurisprudencia y en la doctrina, contándose por miles las ocasiones en que los tribunales se han pronunciado sobre reclamaciones relativas a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. Se parte en este estudio de un concepto amplio de despido, a partir de las tesis centrales de la doctrina legal unificada por el Tribunal Supremo (TS) (Cavas, 2018, pp. 143 y ss.), según el cual la expresión despido «no debe entenderse, en principio, constreñida al de origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de este» (Sentencia del TS –STS– de 24 de mayo de 1995, rec. 3848/1994, citando abundante jurisprudencia anterior). Por ello, la calificación de despido improcedente:

[...] no es, en absoluto, exclusiva del despido disciplinario, sino que puede aplicarse también, normalmente, a cualquier despido causal, es decir, a cualquier despido en el que el empresario alega una determinada causa de extinción de la relación laboral, aunque esta no sea un incumplimiento contractual [comprendido en el art. 54 Estatuto de los Trabajadores –ET–] (STS de 23 de marzo de 1993, rec. 2361/1991).

La doble atracción de signo opuesto que ejercen los dos polos conceptuales de la «resolución» y del «desistimiento» sobre el régimen jurídico del despido actúa tanto sobre el legislador, que opta unas veces por esquemas de regulación que corresponderían a la figura de la resolución (preceptos relativos a llamados salarios de tramitación o garantía de readmisión *in natura* de los representantes de los trabajadores), pero se inclina otras por soluciones inspiradas en el desistimiento (facultad empresarial de opción entre indemnización y readmisión en caso de despido improcedente), como sobre la jurisprudencia y la propia doctrina científica, obligadas «a reconstruir fragmentos de regulación legislativa que no tienen un signo inequívoco, e impulsadas también en un sentido o en otro por opciones distintas de política del derecho» (Martín, 1997, p. 20).

La resolución disciplinaria es un acto constitutivo por el que el empresario resuelve el contrato de trabajo del empleado, extinguiendo las obligaciones a las que quedaban vinculadas las partes sin que tal cesación tenga que ser confirmada por órganos externos. Pero, aun cuando constituye un acto de autotutela privada, queda sometido al cumplimiento de específicas con-

diciones enlazadas con su causa y forma. De hecho, el principal atractivo del artículo 54 del ET reside en albergar, como elemento clave, el principio de causalidad, convertido en máximo exponente del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, desterrando, al menos teóricamente, el despido *ad nutum* (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– 22/1981, de 2 de julio, o 192/2003, de 27 de octubre) en favor del despido *ad causam*. El modelo de regulación del despido que acostumbra a calificarse como «régimen de despido causal» es una pieza fundamental en la estructura del ordenamiento laboral, que adquiere mayor relieve cuanto mayores sean las dificultades de empleo en el sistema productivo, hasta el punto de que, desde la perspectiva del trabajador individual, su modo de estar en la empresa «depende decisivamente, sobre todo, pero no solo en los niveles medios o bajos de la jerarquía profesional, de que exista un régimen de despido causal que permita desterrar el fantasma de la pérdida arbitraria del puesto de trabajo» (Martín, 1997, p. 18). Para poder reconocer la procedencia del despido disciplinario, deben reunirse las condiciones que exige tanto el principio de culpabilidad (recriminación de la infracción) como el de gravedad (grado en que el trabajador quebranta una obligación laboral y repercusión de la misma). Ambos principios obligan a un meticuloso análisis de las circunstancias concurrentes que hacen complicado cualquier intento de generalización teórica en la materia. No obstante, parece necesaria una reflexión sobre el modo en que la caracterización legal de los incumplimientos laborales condiciona la valoración judicial de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido y, por tanto, la calificación última del mismo, evaluando la incidencia que el principio de proporcionalidad tiene en el derecho laboral sancionador; sobre todo, a la vista de que, casi como cláusula de estilo, la mayoría de las sentencias que resuelven reclamaciones por despido (por todas, STS de 20 de febrero de 1991, rec. 918/1990) insisten en declarar que el tribunal tuvo presente a la hora de fallar un criterio de proporcionalidad, conforme al cual:

[...] los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con especial conocimiento del factor humano.

Ninguna de las conductas ejemplificativas y genéricas establecidas en el artículo 54.2 del ET opera automáticamente como causa justa de extinción del contrato de trabajo, sino que cada una de dichas conductas debe ser analizada individualmente en el momento en que se produzca, con las consecuencias que ha ocasionado, debiendo siempre reunir el doble juicio de gravedad y culpabilidad.

Cada causa extintiva disciplinaria, sin un excesivo esfuerzo teórico (y prescindiendo de posibles y dispares interpretaciones jurisprudenciales), puede quedar justificada en la amplia y legítima buena fe, como sustento principal del ordenamiento jurídico español, y en aquellos supuestos más complejos en que se carece de cualquier descripción típica resultante habitual que el despido termine siendo justificado por la buena fe contractual y no por la concreta causa que lo regula. En efecto, la buena fe es un concepto abierto al mundo

de las valoraciones sociales, cuya existencia permite la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilidad capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores sociales, dando la impresión de que los tribunales operan con grandísimas dosis de flexibilidad y casuismo. La amplitud de la transgresión de la buena fe contractual como justa causa de despido cubre con total amplitud las insuficiencias y deficiencias del resto de fundamentos, de ahí que pueda postularse, como propuesta de futuro, la «destipificación» legal de las causas del despido disciplinario, en aras de obtener una mayor seguridad jurídica. A dicha conclusión se puede llegar tomando en consideración, entre otras posibles (pues el limitado espacio de que se dispone impide abordarlas todas), la justa causa de despido consistente en las «ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos», pues, a la hora de valorar sus potenciales consecuencias, serán criterios de razonabilidad los que acabe aplicando el juzgador, dentro de su propia discrecionalidad.

Por último, conviene tener bien presente cómo las decisiones empresariales se adoptan muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido. Y en esta materia no ha habido ninguna novedad significativa en el régimen jurídico del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio, siendo previsible que se sigan efectuando las opciones selectivas de los empresarios atendiendo al coste del despido. Incluso puede suceder que, con ciertos aspectos de las reformas, ello se vea acentuado aún más si cabe, de ahí que resulten oportunas algunas propuestas *de lege ferenda* al respecto. Sin olvidar que, desde el momento en que la improcedencia del despido reconoce la facultad del empresario de optar por la readmisión o por la extinción indemnizada (fortalecida con la reforma laboral de 2012, al erradicar los salarios de tramitación cuando se elija la indemnización), se genera una estructura del despido totalmente descausalizada, al permitirse despedir al trabajador sin justa causa a cambio de una compensación económica. El hecho de que la causalidad haya dejado de ser el sustento de la regulación normativa del despido, en tanto la justa causa se sustituye por una indemnización económica cada vez más reducida, justifica sobradamente las reflexiones que siguen.

## 2. Breve repaso de las últimas reformas legislativas en materia de despido

La experiencia demuestra que cualquier modificación sobre la regulación del despido disciplinario (observación en gran parte válida también para el resto de los tipos de esta forma de extinción de la relación de trabajo por decisión del empresario) afecta a un punto especialmente sensible de las relaciones entre trabajadores y empresarios. La evolución de la regulación legal de los distintos tipos de despido en las últimas décadas permite comprobarlo, sin que falten análisis críticos (Casas, 1995, pp. 429 y ss.; Goerlich, 1994, pp. 97 y ss.; Palomeque, 1995, p. 403), especialmente desde el punto de vista de la defensa de los

intereses de los trabajadores, fundados en el hecho de que las reformas introducidas en la materia parecen inclinarse del lado de los intereses empresariales.

Son conocidas las reformas introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma parcial del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, en la regulación legal del despido disciplinario. Materialmente, dichas novedades legislativas, ordenadas sistemáticamente en la regulación contenida en los textos refundidos (sustantivo y procesal), afectaron a las causas de la declaración de nulidad e improcedencia del despido y a la restricción del ámbito de operación de la primera de estas dos calificaciones tradicionales en nuestro ordenamiento (art. 55.4 y 5 ET); a la reordenación de los requisitos de forma del despido (art. 55.1 ET); al plazo de subsanación preprocesal del despido formalmente irregular (art. 55.2 ET); a la situación del trabajador despedido en la Seguridad Social (arts. 55.2 y 56.1, último párrafo, ET); a la reducción de los salarios de tramitación, limitándolos, en los despidos improcedentes en que la opción entre readmisión o indemnización corresponda al empresario, a los devengados hasta la fecha de la conciliación previa, si en tal acto el empresario reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador la indemnización correspondiente (art. 56.2 ET); y al pago por el Estado de los salarios de tramitación en despidos improcedentes (art. 57 ET).

La relación contractual de trabajo se extingue desde el momento en que el empresario expresa su voluntad de darla por terminada, sin perjuicio de las consecuencias negativas conectadas al ejercicio fuera de los límites legales de esta potestad unilateral de disolución del vínculo contractual. La adscripción a la tesis del efecto extintivo del propio acto de despido ha pasado desde una consolidada vertiente jurisprudencial de la década de los noventa<sup>1</sup> a la propia legislación. En concreto, el pasaje legislativo en que se ha producido este paso es el artículo 55.7 del ET (reformado en 1994), que dice así, a propósito del efecto sobre la relación de trabajo del despido procedente: «El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación». Lo que llama la atención en este pasaje es el inciso que declara el efecto extintivo *ex tunc* del acto de despido. De hecho, dicha declaración de efecto extintivo, introducida al paso en los pliegos de la reformulación normativa, es quizá uno de los aspectos más importantes de la reforma legislativa de 1994.

Un cambio sustantivo muy relevante fue también el relativo a la calificación judicial del despido como nulo o improcedente y a la calificación y a la reconducción al concepto de improcedente del despido de las causas formales de las que antes derivaba su nulidad, in-

---

<sup>1</sup> Paradigmática en tal sentido es la STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 5201/1990), dictada en Sala General, después de que la jurisprudencia de los años ochenta diera cuenta de algunos ejemplos que optaron por el efecto suspensivo del despido disciplinario cuando este había sido objeto de reclamación jurisdiccional.

cluidos los supuestos de despido de representantes de los trabajadores y de trabajadores afiliados a sindicatos. Tal modificación presupone, sin duda, una nueva configuración del despido disciplinario como acto formal, en el que su forma ha dejado de ser constitutiva –o *ad solemnitatem*– para la producción de los efectos extintivos que le son propios (Casas, 1997, p. 240), provocando, de futuro, una actitud de menor atención y respeto por parte del empresario a los requisitos formales del despido disciplinario establecidos en el artículo 55.1 del ET. La copiosa jurisprudencia establecida desde hace décadas sobre la carta de despido y su contenido había afianzado de manera especial su cumplimiento en la práctica, aplicándose por parte empresarial de manera especialmente rigurosa, porque se conocían los efectos de la declaración judicial de nulidad. A partir de dicha reforma legal, la calificación de tal despido como improcedente, con la aplicación, en este caso, de la facultad de opción entre readmisión e indemnización, ha provocado que tal rigor se atenúe bastante. Es más, la declaración de improcedencia del despido realizado en forma no legal impide al juez entrar en el fondo del asunto, esto es, en la consideración de si la decisión empresarial es o no justificada; tal declaración permite el ejercicio de la facultad de opción del empresario, que si se hace en favor de la no readmisión, convierte en definitivo el despido sin que la sentencia haya podido declarar la existencia o inexistencia de causa suficiente que justifique la decisión empresarial. En un caso límite, podría pensarse, incluso, en un acto de despido «deliberadamente incorrecto en su forma» que tuviese como propósito (no manifestado de manera expresa, pero conseguido efectivamente en la práctica al final de todo el proceso) evitar que se entre en el fondo de la cuestión (Rodríguez-Sañudo, 1997, pp. 209-210).

La nueva regulación considera improcedente el despido cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación o cuando en su forma «no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo» (carta de despido o expediente contradictorio, si el trabajador fuese representante) o a las exigencias formales adicionales fijadas en convenio colectivo. La calificación de nulidad del despido se reserva exclusivamente para aquel que «tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (art. 55.5 ET). De otra parte, desaparece la calificación de nulidad del despido disciplinario de trabajadores con el contrato suspendido que efectuaba el derogado artículo 55.6 del ET, para el caso de que el juez «no declarase su procedencia».

En el orden procesal, las modificaciones han recaído, consecuente y derivadamente, sobre la regulación de la demanda por despido (para el caso de despido de trabajadores afiliados); sobre la calificación del despido y el contenido del fallo; sobre los efectos de la improcedencia del despido y la subsanación del declarado improcedente por vicios de forma; y sobre las reglas de ejecución provisional de las sentencias de despido improcedente (habiendo desaparecido la ejecución provisional de las sentencias de despido improcedente con opción de indemnización) y nulo, y definitiva de las sentencias de nulidad del despido y de las de improcedencia del despido de representantes de los trabajadores con opción de readmisión.

En su aplicación práctica por los tribunales, han sido principalmente tres las materias del sistema jurídico del despido disciplinario que han venido presentando una mayor resistencia a su unificación jurisprudencial: la calificación misma del despido como improcedente o nulo en los supuestos de utilización amplia de la figura del despido disciplinario (resoluciones extemporáneas de contratos temporales y extinciones o denuncias fundadas en cumplimiento de términos resolutorios inválidamente pactados por la utilización indebida o fraudulenta de las modalidades de contratación laboral), la fijación de la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación y de su régimen propio en su aplicación a los despidos improcedentes y nulos, y la consideración como despido o no de la negativa empresarial al reingreso de trabajadores excedentes voluntarios (Casas, 1997, p. 243).

La legislación concernida cuando se alude a «reforma laboral de 2012» está compuesta, primero, por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (cuyo contenido transitó, bien que con importantes modificaciones, a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntica denominación), así como por modificaciones realizadas con posterioridad, como son los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (después, Ley 1/2014, de 28 de febrero, de idéntica denominación). Las alteraciones provocadas por tal reforma en la extinción, en general, y en el despido, en particular, son muchas y profundas, si bien conviene parar la atención en este momento en el cambio de modelo de la ordenación del despido colectivo, en tres vertientes. De un lado, se han redefinido las causas de las extinciones económicas, suprimiendo las anteriores referencias a las valoraciones finalistas; de otro, se ha eliminado la anterior y necesaria autorización administrativa (Mercader, 2017); y, finalmente, se ha intentado, bien que sin éxito debido a la oposición judicial, limitar el control judicial sobre la decisión empresarial de extinguir contratos por razones vinculadas al funcionamiento de la empresa, ciñendo dicho control a la verificación de la concurrencia de la causa o, lo que es igual, descartando un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de esa decisión.

También resulta imprescindible, en esta selección aleatoria de cuestiones, detenerse en la protección contra el despido injusto. El régimen de la tutela real no queda afectado (entendiendo por tal el grado de protección máximo del derecho al trabajo del empleado despedido de forma ilegal, pues comporta el mantenimiento del contrato de trabajo ilícitamente extinguido) al permanecer en los mismos términos que antes de la reforma (aplicándose a los despidos en fraude de ley en los casos expresamente contemplados; a los despidos colectivos declarados nulos por darse alguno de los motivos indicados en la Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–; a los despidos individuales con móvil discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales; así como a los despidos que, no siendo procedentes, se realicen a trabajadores que se hallan ejerciendo derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, o afecten a víctimas de violencia de género cuando, sin justa causa, son despedidas por ejercer los derechos laborales que posibilitan conciliar la necesidad de protección contra la violencia que se padece con la vida laboral). Por el contrario, el régimen de la denominada «tutela obligatoria» (en tanto no implica, en todo caso, el manteni-

miento del contrato y, por ende, la readmisión del trabajador, sino que la ley permite que el empresario sustituya la readmisión por una indemnización económica –extinción indemnizada– sufre una alteración formidable en un doble sentido (Murcia, 2018, pp. 127 y ss.). De un lado, las modificaciones llevadas a cabo en el despido colectivo provocan que, a partir de dicha reforma, los efectuados «sin justa causa» y que ahora se denominan «no ajustados a derecho» acaben en la tutela obligatoria, mientras que, desde las primeras normas reguladoras hasta las reformas de 2012, los trabajadores afectados estaban protegidos por la tutela real, de tal modo que, solo si había causa para extinguir (por acuerdo y/o autorización), podían llevarse a cabo los despidos, en tanto que, si no había causa y, por ende, tampoco acuerdo y/o autorización, los despidos eran declarados nulos. En segundo lugar, el régimen económico de la tutela obligatoria resulta modificado por una espectacular rebaja en el módulo de cálculo de la indemnización correspondiente al despido improcedente y por la anómala supresión de los salarios de tramitación cuando el empresario, siendo acreedor de la opción entre la readmisión y la extinción indemnizada, opte por esta última.

En resumen, la reforma legislativa de 2012 contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, si bien ninguno de ellos ha provocado un efecto tan relevante sobre el instituto analizado como el «despido exprés» (por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa en momentos previos al acto del juicio y depósito de la indemnización). Además, se insertan las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, surgiendo ya, desde el primer momento, la duda de hasta qué punto con las medidas acometidas por dicha reforma iban a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se iban a abandonar los métodos de actuación que funcionaban y funcionan en la práctica cotidiana, más allá de las previsiones formales de la norma. Así, desde el punto de vista más cualitativo de funcionamiento del modelo, el principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando la dimensión de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución contractual de la relación, lo cual, dicho sea de paso, ocurre en muchos otros países. Así, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. O, en otros términos, siendo una causa común para responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta reducido en comparación con los procesos individualizados de extinción del contrato de trabajo, en ocasiones debido a factores sobre los que el propio legislador no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas.

Y lo que es más importante, la dualidad existente entre contratos temporales e indefinidos ha provocado que, en los momentos de excedentes de personal en las empresas, estas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de



acudir a los procedimientos de despido. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo (Cruz, 2012, p. 146). En parecidos términos, tampoco se descarta que se siga acudiendo a fórmulas de jubilación en sus diferentes variantes (forzosa, anticipada o prejubilación) antes de adoptar las medidas de resolución contractual por vía de despido. Y si bien en esta materia resultó relevante la tajante prohibición de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva, dicha posibilidad ha vuelto, una vez más, a resucitarse por el legislador.

Realizado un rápido recorrido por las principales reformas del despido, procede, a continuación, detenerse en aquellas causas de extinción de los contratos a las que las empresas prefieren recurrir para ajustar el empleo.

### **3. Sobre la oportunidad de «destipificar» el despido disciplinario debido a la generalidad del concepto de buena fe. Hacia una causa justa única y general del despido disciplinario**

Como se anticipó, el sistema español de relaciones laborales configura el despido disciplinario como un acto causal, mediante el cual el empresario podrá poner fin a la relación laboral para sancionar los incumplimientos graves y culpables cometidos por el trabajador. A tal fin, el artículo 54 del ET realiza una enumeración de causas, que puede ser ampliada, bajo ciertos márgenes, por los convenios colectivos. En todos estos supuestos, la comisión de una conducta irregular debe venir acompañada de las notas de gravedad y culpabilidad, aplicando la conocida como «teoría gradualista», destinada a garantizar la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción impuesta, por lo cual no cualquier incumplimiento puede ser castigado con la máxima sanción. Lo anterior excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos:

[...] exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente (STS de 2 de abril de 1992, rec. 1635/1991, o, más recientes, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Galicia de 5 de diciembre de 2008, rec. 4766/2008, o Extremadura de 9 de junio de 2008, rec. 120/2008).

En dicho juicio de ponderación, y al encontrarse el intérprete en el área disciplinaria de la rama jurídico-laboral, han de tomarse en consideración cuantos aspectos objetivos y subjetivos concurren en el supuesto particular (como pudieran ser la conducta observada,

antigüedad, puesto desempeñado, naturaleza de la infracción, lugar de trabajo...), sopesando los antecedentes y las circunstancias coetáneas a la actuación del trabajador, a fin de aquilatar si en su conducta concurren o no las notas de gravedad y culpabilidad exigibles.

Y ello porque el principio de proporcionalidad hace referencia no tanto a los criterios formales de graduación de las faltas y sanciones, cuanto a los muy diversos límites legalmente impuestos al poder disciplinario empresarial y, sobre todo, y en relación con los mismos, a la potestad judicial para controlar su ejercicio (Castro, 1993; Fernández, 1991). Control que lo será también de las exigencias impuestas al ejercicio de los derechos resultantes del contrato de trabajo por los principios de buena fe (arts. 7.1 y 1.258 Código Civil –CC–) y de prohibición de abuso de derecho (art. 7.2 CC). Cuanto se dice justifica la especial atención que a la hora de calificar los incumplimientos del trabajador deben prestar jueces y tribunales tanto a las «circunstancias personales del trabajador», como a los «comportamientos precedentes y coetáneos de las partes del contrato», sobre todo cuando aquellos han sido considerados por el empresario como muy graves y sancionados con despido. En cuanto a lo primero, porque, en la medida en que el artículo 54.1 del ET habla de incumplimiento culpable, deben quedar excluidos del mismo aquellos supuestos en que falta el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad, es decir, la capacidad de entendimiento y la libertad de decisión. Y, respecto de lo segundo, porque si las faltas más graves cometidas por el trabajador han sido práctica general tolerada y explicable, es evidente que carecen de la culpabilidad exigida para que el incumplimiento genere un despido.

A su vez, el despido aparece dotado de una serie de garantías de tiempo (prescripción de la falta) y modo tendentes a tutelar los derechos del trabajador; de ahí la exigencia de la concurrencia de una serie de requisitos de forma que servirán de patrón a los demás despidos, a situar en la notificación por escrito al afectado del acto extintivo, a través de la «carta» conocida como «de despido», y la realización de una serie de trámites procedimentales cuando el afectado sea representante de los trabajadores o el convenio colectivo así los imponga.

Por cuanto a este estudio interesa, conviene destacar que el despido disciplinario constituye una categoría extintiva de pronunciado carácter individual que conecta, explícita e implícitamente, tanto la dimensión sancionadora que posee el empleador como la estructura de la extinción contractual fundamentada en el principio de causalidad. Una conexión correlativa que se revela, en primer lugar, en la concepción del despido disciplinario como un prototipo incuestionable del poder sancionador que detenta el empleador frente al trabajador ante una desobediencia grave de los deberes contractuales en el progreso ordinario de su actividad laboral (confirmación, a la postre, de la singular posición de desigualdad de las partes en el contrato de trabajo) y, en segundo término, con el detalle causal de su regulación, intentando evitar así la iniquidad y garantizar el derecho social al trabajo reconocido constitucionalmente en el artículo 35 de la Constitución española (CE), eludiendo el despido libre, arbitrario, injustificado, ilegal y caprichoso, pues del propio tenor del precepto constitucional mencionado deriva el derecho del trabajador

a la continuidad o estabilidad en el empleo y a no ser despedido si no existe justa causa, hasta el punto de que la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte del contenido esencial del derecho.

La garantía reforzada frente al despido (tanto en textos internacionales y europeos como en los propios ordenamientos internos) no deja de ser una limitación jurídico-social del principio de libertad de empresa, de manera que dicho diseño normativo incide en la distribución de poderes en el marco de la relación jurídico-laboral. El pilar normativo del que deriva la justa causa de despido está conformado, junto con el artículo 35 de la CE mencionado, por el artículo 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (inspirado en el art. 24 Carta social europea) y por el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Dichas garantías frente al despido suponen, sin duda, una limitación del principio de libertad de empresa, de modo que el modelo de regulación jurídica del despido incide, significativamente, en la distribución y equilibrio de poderes en el marco de la relación jurídico-laboral. A la hora de diseñar la figura, el artículo 54.2 del ET establece una enumeración de los incumplimientos, atendiendo a la combinación de tres criterios: contractualidad, gravedad y culpabilidad. Que el incumplimiento deba ser contractual implica que deben incumplirse obligaciones laborales de origen legal o pactado (aunque el elenco es tan amplio y genérico que, en ocasiones, desborda el plano contractual para afectar directamente al organizativo); que el incumplimiento sea grave entraña un significativo perjuicio en la posición jurídica del empresario; y, por último, tal incumplimiento, para merecer el reproche sancionador, ha de ser también culpable, debiendo ser imputable al trabajador por dolo, culpa o negligencia.

A la hora de analizar la repercusión de la causalidad en el despido disciplinario, dada la limitada extensión de este estudio, ha parecido conveniente acotar el análisis a la concreta causa de despido basada en las ofensas verbales o físicas, por la compleja valoración que exige la tutela de los diferentes y vitales bienes jurídicos protegidos en los apartados c) y g) del citado precepto, por su estrecha vinculación con la dignidad de la persona, junto con el deber de respeto que se ha de guardar al superior jerárquico.

Al igual que en cualquier aspecto de la vida, la realidad social impone también en el mundo del trabajo la observancia de un recíproco respeto entre las personas, quienes deben adecuar su comportamiento a las circunstancias del lugar y del momento, de acuerdo con la dignidad inmanente a la naturaleza humana. Sobre la premisa anterior, el legislador laboral contempla la posibilidad de sancionar a quienes atenten contra la colectividad o quebranten la armonía que debe presidir la relación entre los trabajadores de la misma empresa, respondiendo a la idea de no dejar impunes los atentados contra el orden, mutuo respeto, consideración y dignidad personal entre los que se encuentran ligados por la realización de un trabajo. En efecto, las ofensas del apartado c) ponen en entredicho la buena marcha del trabajo y el ambiente laboral en su doble faceta económica (asociada a la productividad laboral de la empresa) y de salud laboral, por el ambiente que se puede generar en el lugar de trabajo cuando se convive con ofensas que generan un clima denigrante e incómodo, amén del buen nombre de la empresa.

Prescindiendo de mayores disquisiciones, puede ser definida la ofensa verbal como toda expresión oral o escrita que comporte un injusto ataque a la persona o entidad empresarial con atentado al honor o vejación en su dignidad personal (incluso profesional) presuponiendo la existencia de una acción ejercitada en deshonra, descrédito o menosprecio (Igartua, 2004, p. 90). La mayor dificultad para sustentar esta justa causa de despido reside en probar la existencia de tales conductas y el contexto en el que se producen, teniendo en cuenta que en el término «ofensas verbales» no se incluyen simplemente las expresiones del lenguaje hablado (insultos pronunciados verbalmente), sino también gestos ofensivos o hirientes y actitudes vejatorias para el respeto, el honor o la dignidad a que toda persona tiene derecho, en tanto valores constitucionalmente protegidos. Y teniendo en cuenta también que la ofensa no debe confundirse con un trato desabrido o descortés o con la utilización de un vocabulario malsonante y que la provocación y los trastornos o desórdenes psíquicos son las situaciones que más pérdida de dominio de la acción causan, por lo que más graves y embarazosas ofensas permiten justificar (Gómez, Gil y Matorras, 2004, p. 172).

Las ofensas consumadas de palabra (verbales) o mediante violencia en el cuerpo (físicas) atentan al sujeto ofendido (empresario, personas que trabajan en la empresa o familiares que conviven con ellos) en su derecho a la vida o al honor, integridad física, integridad moral o libertad y seguridad. Las ofensas físicas normalmente se estiman graves por sus propias características, por lo que, salvo que concurra causa justificativa, el despido será declarado procedente. Sin embargo, la valoración de las ofensas verbales resulta de mayor complejidad, siendo conscientes de que la reiteración e insistencia de las ofensas incrementa la gravedad de la conducta (Ortega, 2019, p. 614). Pero, para justificar el despido disciplinario, la ofensa también debe ser culpable y, para una adecuada valoración de la culpabilidad, ha de apreciarse la imputación de la acción ofensiva al trabajador, además de tener en cuenta su estado subjetivo en el momento del incumplimiento laboral (pérdida o merma del dominio, provocación previa y trastornos o desórdenes psíquicos). Esto es, el comportamiento del trabajador ha de ser atribuible a título de dolo o negligencia inexcusable y, en consecuencia, deben quedar excluidos todos aquellos casos en los cuales falte el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad: la capacidad de entendimiento y la libertad de acción. Sea como fuere, se trata de una causa en que las circunstancias concurrentes van a jugar un papel fundamental a la hora de valorar si la conducta realizada presenta la suficiente gravedad como para ser sancionada con el despido, ya que los contornos de la conducta aparecen sumamente imprecisos y no resulta posible ofrecer unos criterios claros y definidos para determinarlos, en particular si se trata de ofensas de carácter verbal (R. Fernández, 2018, p. 81). Un estudio detenido de la casuística judicial surgida del precepto objeto de análisis permite llegar a la conclusión de que, en muchas ocasiones, los tribunales actúan sin un criterio normativo muy definido o con diversidad de criterios que conducen a «actuaciones judiciales subjetivas y no sujetas a estándares objetivados» (Ortega, 2019, p. 614). La consecuencia de tal heterogeneidad jurisprudencial (que, por lo demás, resulta inevitable no solo por la lógica amplitud de los contenidos del precepto, sino de la propia realidad laboral y de la influencia del subjetivismo epistemológico del juzgador) no es otra que una manifiesta sensación de inseguridad

jurídica. Al final, la valoración de la gravedad y culpabilidad se debe realizar caso por caso, teniendo siempre muy presente el contexto en el que se desarrollan las ofensas, las circunstancias atenuantes y agravantes, el *animus injuriandi* y, sobre todo, la propia interpretación subjetiva del juzgador, sin olvidar la doctrina gradualista que busca el correcto equilibrio entre la infracción y la sanción.

En principio, aquellas ofensas vinculadas con la actividad laboral habrán de entenderse comprendidas en el apartado c) del artículo 54.2 del ET, pero el juego del principio de buena fe completa el contenido del negocio jurídico más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso de lo que puede disponer la norma que lo regula. Cuanto se comentó a propósito del principio de proporcionalidad está especialmente indicado para la valoración judicial de hechos de los que el empresario ha seguido un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d) ET), toda vez que 1) la transgresión de la buena fe contractual es la «causa genérica de despido», pues, en realidad, cualquier incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador implica, de suyo, transgresión de la buena fe contractual; y 2) algunas de las restantes causas de despido disciplinario tipificadas en el artículo 54.2 del ET ya incorporan en su definición los elementos a partir de los cuales pueden tanto el empresario como el juez valorar la gravedad y culpabilidad del incumplimiento (faltas «repetidas e injustificadas»; disminución «continuada y voluntaria» en el rendimiento; embriaguez habitual o toxicomanía «si repercuten negativamente en el trabajo»).

Un repaso somero sobre la vastísima jurisprudencia recaída en materia de despido disciplinario pone de relieve, en primer lugar, que los tribunales han cuidado con frecuencia de advertir que sus apreciaciones sobre la existencia y entidad de las demás causas de despido también se basan en el llamado «principio de proporcionalidad» y, en segundo término, lo que bajo tal denominación se descubre en los fundamentos jurídicos no es tanto un criterio gradualista y formal, cuanto un principio más general de proporcionalidad, buena fe e interdicción del abuso de derecho en la calificación del despido (Luján, 1997, p. 30).

La amplitud de la transgresión de la buena fe contractual como justa causa de despido cubre totalmente las insuficiencias y deficiencias del resto de fundamentos, que se encuentran absolutamente encorsetados al desarrollo de un determinado comportamiento estricto. De ahí que se consideren cada vez más acertadas aquellas propuestas *de lege ferenda* que apuestan por «destipificar» el despido disciplinario debido a la propia generalidad del concepto de buena fe, «lo que evitaría el encorsetamiento de la causa justa estipulada, exigiéndose al operador jurídico una profunda y desarrollada argumentación de las características que conformarían, en este caso, la causa justa única y general del despido disciplinario» (Ortega, 2019, p. 614), pues con excesiva frecuencia la práctica demuestra que las situaciones expuestas a valoración judicial son resueltas de modo distinto en función del momento o de las circunstancias existentes, corriendo el riesgo de que se reemplacen términos jurídicos proteccionistas por otros sustentados en expresiones de rentabilidad o productividad. Lo anterior otorgaría una mayor seguridad jurídica, en cuanto permitiría evaluar en todos los

despidos disciplinarios los mismos elementos (individualizadamente, caso por caso), sin necesidad de someter dicho análisis a un elenco de causas justas, permitiendo elegir al juzgador la sanción disciplinaria más acorde y proporcional a la acción cometida por el trabajador (principio de proporcionalidad), debiendo reconocer la legitimidad del despido cuando se acrediten esas características disciplinarias analizadas exhaustivamente. No se olvide que esta individualización de las conductas supone, en la práctica procesal, que en muy contadas ocasiones se lleguen a admitir a trámite los recursos de casación para unificación de doctrina presentados cuando se trata de juzgar las conductas previstas en el artículo 54 del ET, debido a la dificultad de que acaezcan situaciones sustancialmente iguales, pues estas toman forma bajo circunstancias propias y singulares del caso concreto que impiden habitualmente una generalización de la decisión fuera de su ámbito específico<sup>2</sup>. La dificultad para establecer criterios generales de interpretación ha llevado a la Sala Cuarta del TS a admitir solamente de manera excepcional los recursos de casación para unificación de doctrina, porque, conforme consta, la calificación de una extinción contractual disciplinaria como procedente o improcedente aparece justificada a partir de una apreciación individualizada de heterogéneas circunstancias sumamente apegadas al caso concreto (SSTS de 17 de septiembre de 2013, rec. 4021/2010, o 22 de diciembre de 2016, rec. 3268/2014).

Y todo ello acompañado, a su vez, de la debida implantación de límites capaces de evitar un uso indebido del despido disciplinario, en tanto dicha medida únicamente debe ser utilizada ante actos del trabajador revestidos de la suficiente gravedad y culpabilidad, defendiendo un mayor rigor frente a conductas empresariales irresponsables, capaces de «corromper» (Ortega, 2019, p. 615) la figura jurídica de la extinción disciplinaria al utilizarla ante cualquier mínimo incumplimiento del empleado o buscando la improcedencia con objeto de deshacerse del trabajador a través de una indemnización económica (despido libre indemnizado).

#### **4. Despido colectivo. El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales: el vaciamiento causal y su necesario reproche**

El estudio del despido colectivo, dada su compleja ordenación, en tanto exige integrar un muy extenso artículo 51 del ET con todo un desarrollo reglamentario a él dedicado (RD 1413/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), exige realizar una doble labor de deslinde para su correcta exposición. De un lado, separar su aplicación

<sup>2</sup> SSTS de 4 de febrero y 22 de diciembre de 2016 (recs. 1630/2014 y 3268/2014), 21 de septiembre de 2017 (rec. 2397/2015) u 11 de mayo de 2018 (rec. 3192/2016). El criterio anterior ha resultado de aplicación incluso en casos extremos, en los cuales una primera impresión pudiera llegar a considerarlos iguales, pero un examen más detenido y profundo demuestra la concurrencia de elementos circunstanciales capaces de separar a unos y otros (STS de 18 de diciembre de 2014, rec. 2810/2012).

en los supuestos ordinarios de empresas privadas de aquellos en los cuales está llamado a actuar en la Administración o sector público empresarial; de otro, a la hora de estudiar los requisitos destinados a aquilatar el instituto, a partir de la ordenación de las causas, número de trabajadores afectados y plazo para el cómputo, para comprobar cómo cobra en cada uno de los escenarios un protagonismo peculiar (J. J. Fernández, 2018, pp. 157 y ss.); igual ocurre, a la postre, con los trámites a seguir, que encuentran en el periodo de consultas la pieza fundamental a la cual precederán y subseguirán importantes obligaciones para el empresario. La reforma laboral del año 2012 conllevó importantes modificaciones en la regulación de los despidos por causas económicas, tanto desde una perspectiva individual como colectiva. La propia exposición de motivos de la Ley 3/2012 anticipaba dos de las cuestiones más problemáticas al respecto. De un lado, desde el punto de vista sustantivo, en el plano de la causalidad se pretendió eliminar una valoración «finalista» de los despidos y, de otro, se intentó limitar la actividad judicial a una mera comprobación en torno a la concurrencia causal alegada. Esto es, la actividad judicial debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de las causas reduciendo la fiscalización judicial de la medida adoptada.

No obstante, dicha reforma no debe analizarse de forma aislada, prescindiendo de otros cambios normativos tendentes también a flexibilizar el elemento causal, en parte por la eliminación de los criterios finalistas que dotaban de contenido la propia definición y operaban como límites para que la decisión extintiva no se pudiera apoyar únicamente en iniciativas libres de mejora de los resultados empresariales (Gutiérrez-Solar, 2011, pp. 159 y ss.). En efecto, previamente, con la reforma operada en 2010, se había producido una redefinición del elemento causal, profundizándose en la causa económica a través de la ejemplificación de una serie de supuestos que determinaban de forma automática la presencia de una situación económica negativa, acotando con ello el margen de apreciación judicial y ampliando el abanico de situaciones posibles, al exigirse únicamente una argumentación que ofreciera verosimilitud para convencer de que la decisión extintiva era una opción viable (Baz, 2011, p. 81). En definitiva, lo verdaderamente relevante de la reforma de 2010 fue la eliminación del juicio de causalidad sustantivo, eje sobre el que se asentaba la ponderación entre la colisión del derecho a la libertad de empresa y la garantía frente al despido. Con posterioridad, con la reforma del año 2012, se eliminó cualquier mención a la afectación de la viabilidad empresarial o a la capacidad del proyecto empresarial para mantener el volumen de empleo como parámetros en los que debía enmarcarse la situación negativa de la empresa, suprimiendo toda referencia a la razonabilidad de la medida empresarial para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado. Ello llevó a parte de la doctrina a afirmar que el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada está relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica (Toscani, 2012, p. 57), si bien otras voces han considerado que, pese a la atenuación del carácter instrumental de la medida, no se pretendió eliminar la conexión de funcionalidad anteriormente existente, sino su formulación en términos de objetivos futuros de «superación» de la situación negativa de «preservar/favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado, al no resultar posible cuestionar la intangibilidad de la función judicial. El margen de discrecionalidad en la decisión judicial es inherente a una función técnica que opera con conceptos jurídi-

cos indeterminados (Monereo, 2012, p. 324); sin olvidar que la ponderación de intereses resulta obligada en tanto el despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa afecta al derecho al trabajo reconocido constitucionalmente (Aparicio, 2012, p. 163). Así, es recurrente acudir a un juicio de proporcionalidad como proyección específica de un juicio más amplio de razonabilidad o ponderación de la medida. Con base en el mismo, deben excluirse (como carentes de razonabilidad) aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores<sup>3</sup>.

La Sala de lo Social del TS, pese a algún pronunciamiento inicial aislado, ha entendido que debe mantenerse el examen de la razonabilidad de la medida (STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014), con una triple proyección, y ser objeto de «sucesivo escalonamiento» en relación con la existencia de la causa, su adecuación en abstracto con los fines que se persiguen y su racionalidad en términos de estricta proporcionalidad con la decisión empresarial adoptada. A partir de tal premisa, ha ido gestándose un sólido cuerpo jurisprudencial con relación a esta cuestión, por medio del denominado «test de proporcionalidad» (STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014), marcado por la adecuación, necesidad y ponderación<sup>4</sup> que debe seguir al examen judicial de la causa alegada, evitando, en todo caso, un enjuiciamiento en torno a la idoneidad de la medida o la oportunidad de su adopción en términos de gestión empresarial. Como con acierto ha afirmado recientemente el Alto Tribunal, «caería por su base toda la arquitectura del despido (colectivo u objetivo) si la causalidad requerida pudiera concurrir a partir de actos unilateralmente acordados por la empleadora» (STS de 18 de septiembre de 2018, rec. 3451/2016)<sup>5</sup>. En definitiva, será el propio juicio de causalidad el que no ampara el proceder empresarial en supuestos en que se pretende reconducir a una causalidad organizativa el simple cierre de un centro de trabajo (STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2004, rec. 4529/2004), la reorganización del trabajo sin expli-

<sup>3</sup> STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) o STSJ de Galicia de 28 de junio de 2013 (rec. 1499/2013): «No existe proporcionalidad entre la reducción de ventas (9,4 %) y la de plantilla (24 %), por lo que la medida extintiva, por excesiva y desproporcionada, no puede ser declarada ajustada a derecho».

<sup>4</sup> Elementos básicos de esa ponderación judicial vienen dados por la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, llegando a afirmarse que la decisión:

[...] requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios (STS de 25 de junio de 2014, rec. 165/2013).

<sup>5</sup> Considerando que el sobredimensionamiento o exceso de personal en relación con los medios de producción existentes es la consecuencia de un determinado comportamiento empresarial (venta de grúas para posteriormente despedir a 10 conductores, alegando una razón organizativa para justificar el despido, determinada por la necesidad de ajustar el total de operarios existente al nuevo parque de vehículos de que dispone la empresa), pero no un hecho o factor desencadenante que configure *per se* una razón organizativa.



cación de la causa motivadora de dicho cambio (STSJ de Valencia de 13 de junio de 2013, rec. 782/2003) o el excedente de plantilla fruto de una externalización de servicios (STSJ de Canarias de 16 de junio de 2014, rec. 137/2014). Precisamente para evitar este tipo de situaciones, la jurisprudencia alude a la necesaria presencia de una determinada finalidad como elemento teleológico inserto en el propio diseño normativo, a través del desdoblamiento causal anteriormente apuntado. En otros términos, la eliminación de los criterios finalistas de la norma, y con ello, e irremediamente, el criterio de razonabilidad como canon que debía guiar el examen funcional de la medida, ha provocado un vaciamiento del diseño causal que ha pretendido revertirse en vía judicial (Godino, 2016; Romero, 2019, p. 915).

El propio TC también ha tenido ocasión de pronunciarse en este debate, reafirmando que:

La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión, sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma (STC 8/2015, de 22 de enero)<sup>6</sup>.

El TC alude, en este punto, a la razonabilidad desde una perspectiva exclusivamente formal, como actividad judicial inherente a la valoración de toda medida empresarial, pero no como criterio que debe guiar un determinado juicio de funcionalidad a la hora de ponderar la adecuación e instrumentalidad de la medida adoptada (Romero, 2019, pp. 909-912).

En definitiva, dicho vaciamiento causal o la existencia de un precepto que contempla la causa de una forma limitada e insuficiente (al referirse a ella de forma estática, aislándola de la relación causal) debería haber conllevado un reproche intenso en el plano constitucional, y no solo por la incidencia que el elemento causal tiene en la protección del derecho al trabajo en su dimensión individual, sino por las consecuencias perjudiciales que el diseño actual tiene para las dos partes de la relación laboral. Para el empresario, conlleva una mayor inseguridad jurídica, dada la progresiva eliminación de todos aquellos elementos que, con mayor o menor acierto, habían permitido acotar la definición causal y dotarla de una mayor certeza. Esto es, unas decisiones marcadas por la lógica de la gestión de la empresa pueden recibir un examen ajeno a dichos criterios, con la consiguiente falta de certeza (Lahera, 2007) a la hora de analizar, por ejemplo, la causa organizativa y productiva en supuestos de externalización de la actividad. Del lado del trabajador, el esquema causal salido de la reforma de 2012, al suprimir el juicio de razonabilidad, exonera al empresario de la carga de aportar los elementos o criterios en virtud de los cuales se procederá a la concreción

<sup>6</sup> De esta forma, la fiscalización judicial debe extenderse sobre la razonabilidad de la medida, «convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada, y por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada».

de los trabajadores afectados por la decisión extintiva de carácter colectivo (voto particular STC 8/2015, de 22 de enero). En otros términos, la conexión instrumental entre la medida adoptada y los fines normativamente previstos no solo permitía contextualizar el juicio de razonabilidad, sino que posibilitaba conocer las razones que guiaban la elección de un trabajador o colectivo de trabajadores por parte del empresario. En la actualidad, la simple alusión a una causa o razonamiento de tipo empresarial, unida a la tradicional libertad electiva con la que cuenta el empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por la medida<sup>7</sup>, puede provocar una evidente indefensión del trabajador (Pérez, 2016, p. 685), particularmente grave en el despido individual, dada la inexistencia de un control colectivo previo por parte de los sujetos negociadores durante la correspondiente fase de negociación. No obstante, tampoco faltan pronunciamientos judiciales aclarando que la selección de esos trabajadores debe presentar una conexión instrumental con la propia causa extintiva (entre otras, STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, que sintetiza la doctrina en torno a la valoración de la suficiencia de los criterios de selección) y que la identificación de los criterios de selección debe estar relacionada con la pérdida de utilidad de los contratos de trabajo afectados a raíz de la concurrencia de la causa alegada (Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012, proc. 162/2012, y 16 de mayo de 2014, proc. 500/2013). De hecho, uno de los principales problemas que han planteado los pactos de prejubilación ligados a despidos colectivos es su posible carácter discriminatorio, pues, al fin y al cabo, la edad se acaba convirtiendo en muchas ocasiones en el criterio definitivo de implicación de los trabajadores en el proceso extintivo, aunque, en realidad, la misma no guarde ningún tipo de relación con las causas que motivan el mismo. La afectación del despido colectivo únicamente a trabajadores mayores de una determinada edad o la aplicación de condiciones distintas, normalmente mejores, pero no siempre, a esos trabajadores mayores respecto de los demás podrían generar dudas sobre su compatibilidad con el principio de no discriminación, si bien la cuestión no ha planteado excesiva litigiosidad y, cuando se ha planteado, ha terminado con pronunciamientos judiciales que, en la mayor parte de los casos, han rechazado la alegación de discriminación, a lo cual ha contribuido el carácter casi siempre voluntario de la adscripción a dicha medida. Tampoco se considera discriminatorio excluir a los mayores de 50 del despido colectivo (Folgozo, 2018, pp. 167 y ss.; Martínez, 2019, pp. 15 y ss.).

Por último, conviene mencionar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de despido colectivo a lo largo de los últimos años ha transformado decisivamente la interpretación y aplicación de su regulación interna. Dichas modificaciones, abundantes y de enorme calado, afectan principalmente a la letra del artículo 51 del ET (materia en la que el TS –STS de 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016– ha tenido que reinterpretar las exigencias legales a la luz de la Directiva 98/59/CE y de la reiterada

<sup>7</sup> Sobre la innecesaria presencia del criterio subjetivo de afectación en la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, *vid.* SSTS de 15 de marzo y 14 de julio de 2016 (recs. 2507/2014 y 374/2015).

jurisprudencia del TJUE –Wilson, Lyttle y Rabal Cañas–, calificando como despido colectivo tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51 ET tomando toda la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores –Martínez, 2016, pp. 19 y ss.–, aunque también tendrán su repercusión en normas conexas, como el artículo 124 de la LRJS o las propias prestaciones de Seguridad Social, de ahí que la tan esperada intervención legislativa se haga imprescindible para ofrecer una mínima seguridad jurídica a empresas, trabajadores y aplicadores de la ley, pues los tribunales no pueden seguir actuando como «sustitutos improvisados del legislador» (Maneiro, 2018, p. 76). Por tanto, en una posible reforma del artículo 51 del ET habrían de tenerse en cuenta algunas consideraciones que sintetizan las más relevantes aportaciones del TJUE en la materia. Entre las más necesarias (Maneiro, 2018, pp. 76-77; Molina, 2016; Sala y Blasco, 2018, pp. 336-348): a) incorporación expresa del centro de trabajo como unidad de cómputo del número de extinciones para los casos en los que, de emplearse la empresa como unidad de referencia, no se alcanzaría el número de extinciones exigidas para la concurrencia de un despido colectivo, teniendo en cuenta que, a estos efectos, el centro de trabajo no podría emplear habitualmente a menos de 20 trabajadores; b) ampliación del concepto de «trabajador» a efectos del cómputo requerido por el artículo 51.1 del ET, teniendo en cuenta entre ellos a trabajadores temporales, en prácticas, personal directivo o a quienes hubieran solicitado la extinción de su contrato como consecuencia de actuaciones previas y unilaterales del empleador (modificaciones sustanciales, dimisiones causales o despidos indirectos); c) consideración como despido y no como extinción asimilada la extinción de los contratos solicitada formalmente por el trabajador por las causas previstas en los artículos 40, 41 y 50 del ET; d) flexibilización de las causas de extinción, para comprender todas las fundadas en motivos no inherentes a la persona del trabajador, sin quedar limitadas a causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; e) ampliación de la expresión «por iniciativa del empleador» para comprender también la iniciativa de la empresa que ejerza el control sobre el empleador.

## 5. Sobre la forma e impugnación del despido

En el ordenamiento jurídico interno rige el principio general de la limitación legal del despido, que se somete para su licitud a unos requisitos de fondo y forma. Es más, la importancia que se depara al modo de exteriorización de la voluntad empresarial de dar por extinguida la relación laboral resulta innegable, partiendo de la premisa de que al legislador no le interesa tanto la formación de la voluntad del empresario a la hora de despedir cuanto la forma del acto de despido. Sea el procedimiento más o menos sencillo (caso de los despidos disciplinarios) o tremendamente complejo (caso de los colectivos), lo cierto es que el incumplimiento total o parcial de la forma legalmente establecida para llevarlos a cabo conduce, en la mayoría de los casos, si media la oportuna demanda judicial, a la invalidez del acto extintivo, dada la especial importancia que el ordenamiento jurídico español depara a la forma.

Dicho canon resulta perfectamente aplicable a todos los casos, dado que los requisitos formales conectan con el derecho de todo trabajador a conocer las razones concretas que aduce la empresa para despedirlo y con el sistema de garantías legales pensado para facilitar la preparación de una demanda contra la decisión extintiva impuesta unilateralmente (Blasco y Taléns, 2018, p. 12). Así, condicionando formalmente el acto de despido, se introducen límites a la facultad de desistimiento unilateral por parte del empleador en los despidos disciplinarios (arts. 49.1 k) y 55 ET), en las extinciones por causas objetivas legalmente procedentes (arts. 49.1 l) y 53 ET), en los despidos colectivos (arts. 49.1 i) y 51 ET) y en las extinciones por fuerza mayor que imposibiliten definitivamente la prestación de trabajo (arts. 49.1 h) y 51.7 ET).

En el caso de los despidos disciplinarios, el artículo 55.4 del ET establece que el despido será improcedente cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el apartado primero del señalado precepto, que en líneas generales exige la forma escrita (carta de despido), haciendo constar los hechos que motivan la decisión empresarial y la fecha de efectos, con el objetivo último de dar a conocer al trabajador los cargos que motivan su despido a fin de que pueda impugnarlos y proponer las pruebas que estime oportunas, evitando, de este modo, que se vea sorprendido en el juicio oral por unas imputaciones para cuya refutación no se haya preparado convenientemente (Alegre, 2016, p. 1.079). Por lo que respecta a los despidos objetivos, el artículo 53.4 del ET determina la improcedencia de los mismos cuando su forma no se acomode a las previsiones contenidas en su apartado primero. Ahora bien, en los despidos colectivos y en las extinciones por fuerza mayor, la cuestión es bastante más compleja, dado que en su tramitación se suceden dos fases (la colectiva y la individual) profusamente reguladas, tanto legal como reglamentariamente, de suerte que determinados incumplimientos formales (*v. gr.*, la vulneración del principio de plenitud informativa o de la obligación de celebrar un periodo de consultas) determinan la nulidad de la decisión extintiva. Respecto de la determinación de cada trabajador incluido en el despido colectivo, la forma también se revela como un requisito imprescindible para la validez del acto extintivo, en tanto su vulneración determina la improcedencia del despido individual, si bien la jurisprudencia ha ido flexibilizando, poco a poco, los requisitos formales referidos a la comunicación individual del despido colectivo<sup>8</sup>.

Ahora bien, las anteriores aseveraciones no implican que en una relación laboral únicamente esté presente el interés del trabajador, sino que también se atiende a los poderes que el legislador concede a la empresa para la correcta gestión de la misma, por lo cual su desarrollo legal también debe tener en cuenta las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y la defensa de la productividad. Y, en último término, el hecho de que un determinado despido no cumpla con los requisitos procedimentales establecidos legalmente no significa que no haya existido una finalización del contrato de trabajo. Dichos despidos resuelven el contrato de trabajo por decisión empresarial; ahora bien, si son impugn-

<sup>8</sup> STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014), que considera que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones.

nados por el trabajador, nunca podrán ser procedentes, precisamente porque el ordenamiento antepone la regularidad procedimental del acto extintivo, de suerte que esta se convierte en presupuesto necesario, pero no suficiente, para la convalidación judicial del despido. Parafraseando al TC, cabe recordar, en este momento, que la reacción frente a la decisión unilateral del empresario de prescindir de los servicios del trabajador es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en el artículo 35 de la CE, pues:

[...] la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador (STC 20/1994, de 27 de enero).

Por tanto, paralela a la trascendencia del acto mismo de la extinción, está la de la impugnación judicial de la decisión empresarial, ya que de ella depende la materialización de derechos que exceden del marco de la relación individual de trabajo, invadiendo otros ámbitos normativos, señaladamente, el derecho de la Seguridad Social.

Debe partirse de la base de que toda decisión empresarial de extinción del contrato puede ser impugnada por el trabajador ante la jurisdicción social y, declarado el despido procedente, improcedente o nulo, tal decisión ha de ser, en su caso, revisada a través de los recursos legalmente previstos y, en último término, ejecutada si no se cumple voluntariamente por las partes. A partir de tal premisa, el legislador ha configurado distintas modalidades procesales que permiten la impugnación procesal del despido, según la especie que esté presente dentro del género: así, el despido disciplinario, paradigma de modalidad procesal a la que hay que reconducir cualquier otra reclamación del trabajador frente a la terminación de su contrato que no tenga establecido cauce específico; el despido objetivo, para las extinciones no culpables del vínculo del trabajador; en fin, el despido colectivo, residenciado en el orden social tras largo tiempo asignado al orden contencioso-administrativo por la vía de la impugnación de la autorización administrativa de los antiguos expedientes de regulación de empleo, que tantas cuestiones ha suscitado a lo largo de la recientemente superada crisis económica (Mercader, 2017). En segundo lugar, habría que dar cuenta (sin posibilidad de profundizar en ellos) de los recursos existentes frente a las sentencias de despido, tanto el de suplicación para los despidos individuales (disciplinarios y objetivos) impugnados por el trabajador, como el de casación para el despido colectivo (impugnado por los representantes de los trabajadores) frente a la sentencia de instancia dictada por un tribunal superior de justicia o la Audiencia Nacional. Por último, resulta imprescindible siquiera mencionar los cauces específicos de ejecución de las sentencias de despido; *rectius*, de la obligación de readmisión, tanto cuando esta provenga de una opción empresarial (incidente de no readmisión o admisión irregular), como cuando sea debida por ministerio de la ley (ejecución en sus propios términos), sin olvidar la peculiaridad de la ejecución de las sentencias dictadas

en procesos de despido colectivo, que, cuando declaren su nulidad, pueden ser llevadas a término por el cauce de ejecución colectiva y, en fin, a la ejecución provisional de la mentada obligación de readmisión en tanto se sustancie alguno de los recursos que legalmente procedan frente al título que la estableció (Tascón, 2018, pp. 429 y ss.).

## 6. El coste del despido arbitrario y la propuesta de un sistema extintivo correcto

Resulta frecuente, a la vez que erróneo, afirmar que el coste del despido en España es caro. Sin embargo, en materia de despido disciplinario procedente, sustentado en una justa causa (grave y culpable), se convalida la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, por lo cual, en realidad, el despido disciplinario ajustado a derecho no tiene coste económico (Ortega, 2018, p. 259). Lo que tiene coste es la arbitrariedad del despido o, en otros términos, la posibilidad de que un acto ilegítimo pueda compensarse con una indemnización, pues la verdadera tutela de la estabilidad real en el empleo debiera garantizarse con la readmisión del trabajador. Esto es, el instrumento que debiera instaurarse automáticamente ante la no procedencia del despido es la readmisión del trabajador y no la indemnización. Sin embargo, en nuestro país, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización legal y tasada (a razón de 33 días de salario<sup>9</sup> por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, y con un tope de 24 mensualidades) que excluye la necesidad de prueba de los perjuicios por parte del trabajador, pero también que se puedan pretender cantidades mayores por perjuicios extraordinarios o proporcionados (STS de 25 de junio de 2008, rec. 2048/2007). Para los contratos concertados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, y hasta esa fecha, la indemnización por despido improcedente se mantiene en los anteriores 45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades (disp. trans. undécima ET). En tal caso, la indemnización consta de dos tramos, y está topada a 720 días de salario, a menos que de los servicios prestados con anterioridad a febrero de 2012 (primer tramo) se desprendiera una cantidad mayor (hasta el límite de los 1.260 días de salario), en cuyo caso ese será el montante de la indemnización sin poder aplicar entonces la cantidad procedente del segundo tramo. Tal adición solo podrá llevarse a efecto cuando el montante de la primera partida no alcance los 720 días de salario, en cuyo caso se podrá tomar la cantidad correspondiente del segundo tramo, pero solo hasta completar los mentados 720 días de salario (SSTS de 11 de febrero de 2015, rec. 840/2014, o de 18 de febrero de 2016, rec. 3257/2014).

<sup>9</sup> El día de salario a efectos del cálculo de la indemnización se calcula dividiendo el salario anual percibido por el trabajador por todos los conceptos (incluidas gratificaciones extraordinarias, *bonus*, *stock options* y, en general, todos los conceptos que merezcan la calificación de salariales en el amplio entendimiento del art. 26 ET) (STS de 1 de octubre de 2007, rec. 3794/2006) entre 365 días (366 si el año en curso en el que se produjo el despido es bisiesto) (STS de 24 de enero de 2011, rec. 2018/2010).

El salario que ha de tomarse en consideración, cuya cuantía puede ser discutida en el pleito por despido, es el efectivamente percibido por el trabajador al tiempo del despido o, en su caso, el que hubiera debido percibir, ya fuera este el mínimo interprofesional o el que se derivare del convenio que fuera de aplicación. Por su parte, los «años de servicio» a que se refiere la norma laboral abarcan de modo natural los comprendidos entre la contratación en una empresa (esto es, la primera vez que el trabajador se incorpora a la organización, aunque sea a través de un vínculo temporal si luego hay una unidad esencial del vínculo) (STS de 29 de marzo de 2017, rec. 2536/2015) y la fecha de efectos del despido (no la más tardía de la sentencia que califica el mismo) (STS de 10 de junio de 2009, rec. 2761/ 2008). Ahora bien, como con acierto destaca la jurisprudencia<sup>10</sup> y la doctrina (Mella, 1997, p. 289), no siempre tienen por qué coincidir con la estricta antigüedad que se ostenta en la empresa, pues es posible el pacto entre las partes para reconocer una antigüedad superior a la real, siendo debida entonces la indemnización calculada sobre la base de esos servicios ficticios reconocidos indubitadamente por acuerdo individual (frecuente cuando una empresa «ficha» a un trabajador reconociéndole los servicios prestados en su empleador de procedencia). Ha de partirse de que el concepto de «antigüedad» es más amplio que el de «años de servicio», pudiendo incluir el tiempo trabajado en la misma o en otras empresas, bajo igual o distinta modalidad contractual. Además, si esta última noción juega siempre, por voluntad expresa del legislador, para la determinación de la indemnización, la antigüedad solo lo hace cuando así se acuerde. Ambos conceptos solo coincidirán y valdrán indistintamente para el cálculo de la indemnización considerada cuando el primero se entienda en su sentido restringido, esto es, limitado al tiempo de efectiva prestación de servicios en la empresa al amparo de la relación contractual que se extingue. A pesar de las diferencias señaladas, ambos conceptos coinciden, al menos, en su *dies ad quem* y en la irrelevancia que para su cómputo suponen los cambios de categoría o grupo profesional y del lugar de la prestación de servicios. El cálculo de la indemnización valorando, como regla general, los años de servicio efectivo en la empresa atiende, entre otras premisas, al hecho de que cuanto más tiempo se haya trabajado para la empresa mayor habrá sido la utilidad obtenida por esta con la actividad prestada. Es más, el derecho del trabajador a que le sea reconocido todo ese tiempo de servicio efectivo es irrenunciable<sup>11</sup>. Incluso la calificación extralaboral que las partes hayan dado a la relación no impide que, una vez declarada la laboralidad de esta, el tiempo de servicios computable a efectos de la indemnización por despido deba considerarse iniciado en el momento en que hubiese comenzado la prestación.

<sup>10</sup> A establecer la diferencia entre uno y otro contribuyó, significativamente, la STS de 8 de marzo de 1993 (rec. 29/1992). Sin embargo, no existe una posición pacífica, encontrándose sentencias que, ante un pacto de reconocimiento de la antigüedad en términos amplios (a todos los efectos), excluyen el juego de esta en relación con la indemnización de que se trata por no aparecer el mismo previsto expresamente (STSJ de Cataluña 1000/1996, de 16 de febrero). Muy esclarecedoras al respecto, SSTSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2005 (rec. 4228/2005) o Cantabria de 24 de abril de 2002 (rec. 285/2002).

<sup>11</sup> Como puso de relieve la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 1993 (rec. 411/1993), con ocasión de un supuesto de renuncia incorporada a un pacto firmado por los propios trabajadores, la empresa y un sindicato, y a pesar de establecerse una indemnización compensatoria de aquella.

En otros ordenamientos europeos, lo normal es que la indemnización económica del despido se establezca a juicio del juzgador teniendo en cuenta determinados elementos que permiten valorar el daño «real» producido al empleado. Sin embargo, en España, está tasada legalmente, impidiendo una reclamación sustentada en los concretos y reales daños y perjuicios ocasionados por el despido incorrecto desde el punto de vista formal o de fondo.

El principal aspecto positivo de la indemnización tasada es que simplifica la actividad probatoria en tanto libera de probar la existencia de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura del vínculo contractual; también simplifica el cálculo de la indemnización económica, permitiendo al juzgador acudir directamente a las reglas establecidas para determinar su cuantía, pues la lógica interna de la ley es la de procurar «certeza y predictibilidad» al coste económico del despido injustificado (Valdés, 1996). A su vez, el carácter tasado de aquella impide que el órgano jurisdiccional pueda modificar su importe con base en la valoración de otras circunstancias no previstas legalmente, salvo que exista un pacto indemnizatorio entre las partes que obligue a tenerlas en cuenta. En cualquier caso, las facultades del juzgador no le permiten ir más allá de la determinación de cómo han de aplicarse en el caso concreto los parámetros legales y/o convencionales, incluyéndose entre los primeros, obviamente, el relativo a los años de servicio, sobre cuyo cómputo son posibles, como viene comprobándose, discrepancias que conducen a resultados diferentes en cuanto a la cantidad a satisfacer por la empresa y que pueden repercutir sobre la admisibilidad de la detención del devengo de los salarios de tramitación en la fecha del acto de conciliación preprocesal en los supuestos en que se haya depositado judicialmente, tras reconocerse en él la improcedencia del despido y no llegarse a una avenencia, una indemnización inferior a la que finalmente se señala por sentencia, a raíz de la impugnación del despido por el trabajador (Mella, 1997, p. 301).

Como contrapartida, y de modo negativo, no permite acreditar la superior cuantía económica del verdadero daño que la extinción haya podido ocasionar al trabajador. El resarcimiento monetario compensa la ruptura del vínculo sin justa causa, pero no el deterioro o el perjuicio que la extinción improcedente pueda ocasionar, por lo cual es posible afirmar que el modelo patrio favorece la seguridad jurídica, pero puede provocar serias injusticias, sobre todo en los trabajadores que apenas poseen antigüedad, pues en tales casos la cuantía indemnizatoria es mísera. Sin olvidar que el hecho de tomar como parámetro de referencia a la hora de calcular la indemnización el periodo de prestación de servicios desincentiva la movilidad laboral del trabajador, pues si cambia de empresa pierde automáticamente los derechos adquiridos en la misma. Es más, el modelo interno tampoco valora o cuantifica exactamente la culpabilidad del empresario que proyecta un despido injusto, pues la finalidad del montante económico tasado es compensar la pérdida del empleo, pero no las consecuencias negativas reales, alejándose, por tanto, de una verdadera indemnización de daños y perjuicios. Y ello porque perder el puesto de trabajo genera perjuicios diferentes para cada trabajador (en función, por ejemplo, de su formación o cualificación, o del lugar de residencia) y, sin embargo, dos trabajadores despedidos, con idéntico sueldo y periodo de prestación de servicios, percibirán indemnizaciones idénticas, aunque los perjuicios sean diferentes.



Además, el hecho de conocer *a priori* el importe exacto de la cuantía indemnizatoria puede implicar una selectiva y premeditada elección de los trabajadores a quienes despedir, lo que en la práctica se traduce en la extinción del vínculo contractual de aquellos empleados cuya indemnización económica sea menor, haciendo aumentar la precariedad laboral. A la postre, los cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores, por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Solo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden inverso. Del mismo modo, en la medida en que se evolucione hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime la innovación y el desarrollo y donde el capital humano sea cualitativamente importante y decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios selectivos tradicionales basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador (Cruz, 2012, p. 147). Por el contrario, si el empresario desconociera con antelación el coste económico del despido, la protección del puesto de trabajo del empleado gozaría de una mayor consideración, reduciendo los despidos disciplinarios improcedentes por arbitrariedad o sustentados en meros intereses empresariales.

En otro orden de cosas, llama la atención que el legislador otorgue la facultad de optar al empresario incumplidor y no al trabajador despedido, en contradicción con el principio general de que el perjudicado ha de ser quien posea la facultad de elegir la forma de cumplimiento, lo cual permite confirmar la arraigada existencia del despido libre indemnizado o desistimiento pagado del empresario, que contradice la propia naturaleza del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, el cual solo quedaría garantizado con la readmisión forzosa del trabajador (también en los despidos improcedentes). *De lege ferenda*, la construcción más cercana a un sistema extintivo correcto estaría basada en un modelo que, otorgando la necesaria libertad a la empresa para despedir, sometiese esta a férreos controles externos a través de los cuales imposibilitar decisiones arbitrarias o abusivas y estableciera indemnizaciones adecuadas para cada trabajador despedido, vinculando dicho sistema a eficientes políticas de empleo y protección social que permitan mermar la duración del periodo de desocupación del trabajador y mantener unos niveles de ingresos mínimos dignos (Ortega, 2018, pp. 258-259 y 262). Dicha indemnización adecuada podría comprender un doble componente: una cantidad fija, para todos aquellos trabajadores despedidos improcedentemente, y una cantidad variable, pero tasada en función del periodo de servicios prestados en la empresa. Esto es, un sistema bastante similar al actual, pero añadiendo ese componente económico preestablecido para cualquier despido ilícito, con lo cual se mantienen las ventajas de la indemnización tasada, pero se reducen sus consecuencias negativas. Un cambio más radical, ya apuntado por la doctrina, pasaría por introducir un sistema arbitrario judicial, de doble componente: una cantidad económica sustentada en la valoración real de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa al trabajador, con un tope o cláusula mínima, pero sin topes máximos, al objeto de evitar el efecto tasado y calculado de la indemnización;

y una cuantía económica variable pero tasada, calculada en función del periodo de tiempo de prestación de servicios del trabajador (Ortega, 2018, p. 263). Dicha propuesta descansa, en definitiva, en la posibilidad ya existente en los despidos nulos de otorgar indemnizaciones complementarias a las tasadas legalmente para reparar los daños y perjuicios que no quedan resarcidos con la indemnización objetiva y tasada y que se fija por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto en función del daño moral, de la vulneración del derecho fundamental y de los daños y perjuicios adicionales derivados del despido lesivo.

En fin, partiendo de que una terminación del contrato injustificada o fraudulenta no solo daña al trabajador afectado, sino a la sociedad en su conjunto, cabría la posibilidad de valorar la bondad de establecer tuteladas desde la perspectiva del derecho público, introduciendo controles de legalidad «*ex ante*», que refuercen la causalidad de la contratación y de la terminación de los contratos de trabajo debatiendo propuestas (Sala y Esteve, 2018, pp. 325-326) que: a) aborden de nuevo el debate sobre la capitalización de la indemnización por despido, partiendo del modelo austriaco, pero corregido y adaptado a los problemas del mercado de trabajo español; b) replanteen todo el sistema de bonificaciones, penalizando a aquellas empresas que realicen despidos calificados judicialmente de improcedentes o extinciones de mutuo acuerdo y, por el contrario, bonificando a aquellas que no los realicen, pues las bonificaciones no deben recibirse por contratar (ni siquiera indefinidamente), sino por mantener el empleo, dando estabilidad a la plantilla; c) penalicen la práctica de negociar la amortización de puestos de trabajo mediante despidos acordados individualmente, pues ello ha sido una huida propiciada por la dificultad de definir las causas de las extinciones del artículo 52 c) del ET, por la extraordinaria complicación del cauce para los procesos de reestructuración empresarial, o por evitar los costes indirectos a resultas de un pleito judicial. Con excesiva frecuencia, la terminación del contrato de trabajo se cierra con un acuerdo privado entre el trabajador y el empresario, en conciliación administrativa o en sede judicial, sin que la reforma laboral de 2012 haya corregido esta práctica. Al contrario, ha facilitado su utilización al abaratar las indemnizaciones y suprimir parcialmente los salarios de tramitación, cuando el legislador lo que debería hacer es dificultar y no facilitar tales prácticas.

## 7. Sobre la imposibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento

Al hilo de lo anterior, tampoco sería descabellado, a la hora de analizar las consecuencias jurídicas del despido (procedencia, improcedencia y nulidad), considerar que debería diferenciarse entre un despido sin suficiente gravedad y culpabilidad empresarial de un despido sin causa alguna. Así, el despido por fraude de ley se caracteriza por ser un despido manifiestamente arbitrario, sin causa justificada alguna, cuya finalidad última es lograr la declaración de improcedencia de la extinción, permitiendo al empleador deshacerse de un trabajador mediante una simple compensación económica. Debe quedar claro que, en el estado actual de nuestra legislación, la calificación del despido nulo por fraude de ley

no tiene cabida en el orden procesal, ni siquiera con el carácter excepcionalísimo con que era admitido bajo el imperio de la derogada Ley de procedimiento laboral de 1990<sup>12</sup>. Por el contrario, esa figura cuya consecuencia jurídica era el despido nulo ha de ser reconducida a la calificación de despido improcedente, sin que el denominado «despido fraudulento», de creación jurisprudencial, resulte ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de improcedencia. Evidentemente, existe diferencia sustancial entre que el empleador sea incapaz de acreditar o demostrar procesalmente la existencia de una causa determinante para dar por finalizada la relación laboral (verdad formal) a que resulte acreditado que el motivo que sustenta el despido no existe o es meramente ficticio, arbitrario y caprichoso, imputado por el empresario al trabajador a sabiendas de que carece de la más mínima apariencia de verosimilitud, pero con el propósito de desvincularse de una relación laboral que ya no desea (Molina, 1997, p. 468). Las extinciones contractuales en fraude de ley son despidos caracterizados por una manifiesta arbitrariedad, con causa inexistente o irreal, dolosamente inventada y absolutamente desproporcionada, que se distinguen de los despidos con violación de derechos fundamentales del trabajador por dos circunstancias fundamentales: 1) su fundamento legal no se encuentra en el texto constitucional ni en la legislación laboral, sino en el propio CC; y 2) la carga probatoria recae en el trabajador despedido, al no poder presumirse (Monereo y Moreno, 2014, pp. 108-109 y 111). Sin embargo, se ha producido una preocupante inclinación restrictiva en la apreciación del despido fraudulento, que no significa que esta figura se haya suprimido (en tanto se infiere directamente de las normas generales sobre fraude de ley contenidas en el propio CC), pero ha degenerado en una incoherente postura contra los propios principios del sistema jurídico patrio al no establecerse los medios de reacción adecuados al fraude de ley cuando, efectivamente, se aprecia la existencia en el acto de despido de los presupuestos del tipo normativo. La respuesta frente al fraude de ley debiera ser la de proclamar la conveniencia jurídica de utilizar el mecanismo que permita garantizar la consecuencia jurídica típica del fraude de ley, que reside en que el acto fraudulento no debe impedir la debida aplicación de la norma que hubiera tratado de eludir, ex artículo 6.4 del CC, sin que pueda validarse el intento del infractor de crear, malintencionadamente, las condiciones para la aplicación del orden normativo más favorable a los propios intereses. De conformidad con esta afirmación, si el despido se realizó en fraude de ley, debiera acordarse la nulidad de pleno derecho del mismo, pues la respuesta frente al fraude no debe amparar la consumación de la conducta infractora. Sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento<sup>13</sup>, de ahí que quepa alabar la bondad de aquellas propuestas que, por su considerable gravedad, estiman que las consecuencias jurídicas de este despido debieran ser de mayor trascendencia jurídico-económica que la

<sup>12</sup> Paradigmática en tal sentido fue la STS de 19 de enero de 1994 (rec. 3400/1992).

<sup>13</sup> Rotundas en tal sentido son la STS de 2 de noviembre de 1993 (rec. 3669/1992) o STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2008 (rec. 5777/2007).

simple declaración de improcedencia del mismo: como mínimo, la declaración de nulidad del despido y la consecuente readmisión del trabajador, siguiendo el prototipo italiano de la *tutela reintegratoria con indemnità limitada* o reincorporación con indemnización limitada para aquellos casos de inexistencia de motivo subjetivo u objetivo justificado, de la justa causa alegada o de las conductas punibles previstas en los convenios colectivos o códigos disciplinarios (Ortega, 2018, p. 266; Perulli, 2015).

## Referencias bibliográficas

- Alegre Nuevo, M. (2016). Forma, calificación y efectos del despido. En J. M.<sup>a</sup> Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1.079-1.088). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aparicio Tovar, J. (2012). Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa. *Revista de Derecho Social*, 57, 145-164.
- Baz Tejedor, J. A. (2011). La reconducción hacia el despido objetivo estratégico. *Revista de Derecho Social*, 56, 69-102.
- Blasco Pellicer, A. y Taléns Visconti, E. E. (2018). *La forma y el procedimiento del despido*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (1995). La nulidad del despido y sus efectos. En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. M. Alonso García* (pp. 429-462). Madrid: AEDTSS-Marcial Pons.
- Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (1997). El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 239-288). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Castro Argüelles, M. A. (1993). *El régimen disciplinario en la empresa*. Pamplona: Aranzadi.
- Cavas Martínez, F. (2018). Las causas del despido disciplinario en el Tribunal Supremo. En C. Sánchez Trigueros (Dir.) y F. J. Hierro Hierro (Coord.), *Las causas del despido disciplinario en la jurisprudencia* (pp. 143-169). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. (2012). Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 23-24, 121-147.
- Fernández Domínguez, J. J. (2018). Despido colectivo. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 157-251). Madrid: Wolters Kluwer.

- Fernández Fernández, R. (2018). Despido disciplinario. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 67-100). Madrid: Wolters Kluwer.
- Fernández López, M.<sup>a</sup> F. (1991). *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas.
- Folgoso Olmo, A. (2018). [Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2017, de 14 de noviembre.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 167-174.
- Godino Reyes, M. (Dir.). (2016). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (1994). *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, F. J., Gil, J. L. y Matorras, A. (2004). Despido disciplinario. En A. V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *El despido: asuntos sustantivos y procesales* (pp. 69-326). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2011). Las causas del despido por razones empresariales. En F. Valdés Dal-Ré y E. González-Posada Martínez (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo de 2010* (pp. 159-184). Madrid: Reus.
- Igartua Miró, M.<sup>a</sup> T. (2004). Causas de despido disciplinario. Ofensas verbales o físicas. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El despido: análisis y aplicación práctica* (pp. 87-99). Madrid: Tecnos.
- Lahera Forteza, J. (2007). Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad; la jurificación del interés empresarial en el despido (STS 4.<sup>a</sup> de 10 de mayo de 2006). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 509-514.
- Luján Alcaraz, J. (1997). Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 23-32). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Maneiro Vázquez, Y. (2018). El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: ¿Regulación legal o judicial? En J. M. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 43-78). Madrid: Cinca.
- Martín Valverde, A. (1997). El efecto extintivo del acto de despido disciplinario. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 17-22). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Martínez Barroso, M.<sup>a</sup> R. (2019). [Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 15-51.
- Martínez Moreno, C. (2016). Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/16). *Actum Social*, 116, 19-22.
- Mella Méndez, L. (1997). Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto «años de servicio» para el cálculo de la indemnización por despido. En F. J. Gárate Castro

- (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 289-301). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Mercader Uguina, J. R. (2017). El lento proceso de desintegración del control administrativo en los despidos colectivos. En L. J. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (vol. 1, pp. 573-608). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. (1997). La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva «Edad Media» en el Derecho del Trabajo «post-moderno». En J. Castiñeira Fernández (Coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido* (pp. 457-468). Navarra: Aranzadi.
- Molina Navarrete, C. (2016). [¿Cuál es el ámbito del despido colectivo?: una lectura pro comunitate a favor de la empresa \(favor business\)](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 398, 139-144.
- Monereo Pérez, J. L. (2012). El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma laboral de 2012. *Temas Laborales*, 115, 315-359.
- Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (2014). Despido nulo. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico* (pp. 85-147). Granada: Comares.
- Murcia Clavería, A. (2018). Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado. En A. Murcia Clavería y F. Valdés Dal-Ré (Dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)* (pp. 119-145). Madrid: Francis y Taylor.
- Ortega Lozano, P. G. (2018). *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*. Murcia: Laborum.
- Ortega Lozano, P. G. (2019). Las ofensas verbales o físicas en la relación laboral. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 601-615.
- Palomeque López, M. C. (1995). La calificación del despido como improcedente o nulo. En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. M. Alonso García* (pp. 403-418). Madrid: AEDTSS-Marcial Pons.
- Pérez Rey, J. (2016). Despedir sin decir por qué. La selección de trabajador en las extinciones por causas empresariales en la nueva doctrina del TS (SSTS 24.11.2015, 14.3.2016. Casos King Regal y Bankia). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 674-685.
- Perulli, A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro? En I. Fiorillo y A. Perulli (A Cura Di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Turín: Giappichelli.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (1997). Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente. En F. J. Gárate Castro (Coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela* (pp. 205-212). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Romero Sánchez, I. (2019). El control judicial de la causalidad en el despido por causas empresariales. Comentario a la STS –Sala 4.<sup>a</sup>– de 18 de septiembre de 2018. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 909-916.



- Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A. (2018). Los despidos colectivos. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 327-348). Madrid: Francis y Taylor.
- Sala Franco, T. y Esteve Segarra, A. (2018). La regulación de la extinción del contrato de trabajo. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 303-326). Madrid: Francis y Taylor.
- Tascón López, R. (2018). Impugnación, recurribilidad y ejecución procesal del despido. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.) y S. Rodríguez Escanciano (Coord.), *Tratado del despido* (pp. 429-489). Madrid: Wolters Kluwer.
- Toscani Giménez, D. (2012). Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 19-20, 57-93.
- Valdés Dal-Ré, F. (1996). El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 11, 86-92.





## Estructura de la representación de los trabajadores en la empresa

**Joaquín García Murcia**

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

### Extracto

La representación unitaria de los trabajadores en la empresa data en España de la etapa de la transición política y culmina su proceso de consolidación con el Estatuto de los Trabajadores de 1980, dentro de las amplias posibilidades ofrecidas al legislador por la Constitución de 1978. Desde entonces ha contribuido sin duda alguna a la tutela de los intereses de los trabajadores, al buen gobierno de la empresa y al adecuado funcionamiento de las relaciones de trabajo. Pero desde hace algún tiempo se enfrenta a retos importantes. En una primera aproximación, ha de tomar conciencia de los nuevos derroteros del sistema de producción y, en particular, de los crecientes fenómenos de fragmentación de los procesos productivos y atomización de las organizaciones empresariales, unido todo ello al incremento poco menos que imparable de la temporalidad y fragilidad del empleo. Desde un punto de vista estructural, es preciso también aclarar en mayor medida su papel dentro del doble canal de representación de los trabajadores en la empresa implantado por la legislación española, sobre todo para evitar solapamientos y fricciones con la representación sindical. Sería conveniente asimismo perfilar sus funciones y competencias para decantarlas en aquella dirección que mejor pudiera complementar la acción reivindicativa y de presión más propia de los sindicatos, especialmente en lo que se refiere a la actividad de negociación colectiva, a la promoción de medidas de huelga y conflicto colectivo y tal vez también a la convocatoria de reuniones. Algunos pasajes de su régimen jurídico parecen necesitados, por lo demás, de ciertas precisiones y determinados reajustes, más allá del gran dilema sobre la fuente más apropiada (ley o negociación colectiva) para regular con detalle unas instancias de representación que en buena lógica deben estar muy atentas a las características de cada empresa o cada sector de actividad.

**Palabras clave:** asamblea; comité de empresa y delegados de personal; información y consulta; representación unitaria; representación sindical; elecciones sindicales.

Fecha de entrada: 20-01-2020 / Fecha de aceptación: 29-01-2020

**Cómo citar:** García Murcia, J. (2020). Estructura de la representación de los trabajadores en la empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 191-228.



# Structure of the representation of workers in the company

Joaquín García Murcia

## Abstract

Workers' representation bodies within the undertaking emerged in Spain in the mid-1970s and were consolidated after the Labour Code of 1980, because of the wide margin recognized by the Constitution of 1978. These bodies have undoubtedly contributed to the protection of workers' interests, the good governance of the undertaking and the proper functioning of labour relations. However, they also face significant challenges. The representation of the workers must be aware of the new paths of the productive system and, in particular, of the growing phenomena of fragmentation of the productive processes and atomization of business organizations, together with the increase in the temporality and fragility of employment. From a structural point of view, it is also necessary to clarify to a greater extent its role within the double channel of representation of workers in the company characteristic of the Spanish model, to avoid overlaps and frictions with union's representatives. It would also be convenient to direct their efforts to the actions that could best complement the interests of the unions, especially as regards collective bargaining activity, the promotion of strike and collective conflict measures and perhaps also the calling of worker's assemblies. The legal regulation needs a reform that facilitates the adaptation of the functions of these representatives to the characteristics of each undertaking and each sector of activity.

**Keywords:** assembly; works council and workers' representatives; information and consultation; union representatives; union elections.

**Citation:** García Murcia, J. (2020). Structure of the representation of workers in the company. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 191-228.





## Sumario

1. Consideraciones preliminares
2. Soportes y componentes básicos del sistema español de representación de los trabajadores en la empresa
3. Configuración general de la representación unitaria de los trabajadores
4. Unidades de referencia y estructura orgánica de la representación unitaria de los trabajadores
5. Competencias, funciones y atribuciones de la representación unitaria
6. Mandato representativo y estatuto de deberes, facilidades y garantías de los representantes unitarios
7. Reflexiones finales

Referencias bibliográficas

## 1. Consideraciones preliminares

Son muchas, en verdad, las fórmulas posibles para hacer viable la representación de los trabajadores en la empresa y, a fin de cuentas, para que estos puedan atender sus problemas e inquietudes en el ámbito de trabajo en conjunción con los legítimos intereses de la empresa, y para que esta, por cierto, pueda relacionarse con fluidez y eficacia con el personal de su plantilla. A la vista de la experiencia acumulada, y de las tendencias normativas al uso, podríamos distinguir seguramente entre instituciones típicas de representación y cauces menos institucionalizados o más polivalentes. Entre las primeras habría que incluir la constitución de comités o consejos de trabajadores en el ámbito de la organización empresarial, la designación de representantes de los trabajadores en órganos de administración, gobierno o supervisión de la sociedad titular de la empresa, y la implantación de estructuras sindicales con una mínima consistencia dentro de las empresas o centros de trabajo, generalmente en forma de secciones o delegados. Entre los segundos cabría mencionar la apertura de canales de comunicación e información entre empresa y trabajadores, la creación de instancias o círculos de calidad y opinión, o el establecimiento de soportes de diversa naturaleza para la recepción de quejas o sugerencias de los empleados. También cabe la formación de comisiones representativas *ad hoc* con fines de información o consulta, la elección de delegados para la interlocución con la empresa o el apoderamiento de algún miembro de la plantilla para acciones o gestiones de diverso tipo, sin desconocer el potencial participativo de la negociación colectiva o del ejercicio del derecho de reunión (De la Villa, 1980; Poole, 1995).

Como es natural, todas esas fórmulas pueden ofrecer diferente composición y fisonomía, pueden someterse a un régimen jurídico muy variado y pueden albergar muy distintas competencias, ya sea de defensa y reivindicación de intereses de los trabajadores frente a la empresa, que es lo que se entiende más propiamente como «representación», ya sea de intervención en la gestión empresarial o en la toma de decisiones por parte de la dirección de la empresa, que es lo que se asimila más bien a la idea de «participación». Algunas de ellas admiten incluso la presencia del empresario, a la vista de la experiencia comparada y de nuestras propias tradiciones. Conforme se ha dicho tantas veces, al fin y al cabo se trata de promover lo que desde hace tanto tiempo se viene conociendo como «democracia industrial» (Biagi, 1992; Jeammaud, 1992; Rivero, 2010; Valdés, 1980), esto es, la incorporación a los centros y lugares de trabajo de ciertos ingredientes de ciudadanía y de gobierno democrático, aun cuando haya que respetar en todo caso los principios y criterios de actuación que, desde el prisma último de la libertad de empresa, se antojan imprescindibles para el buen funcionamiento del sistema económico y productivo, entre ellos el poder de dirección del empresario. Es evidente que todo ello se sustenta en determinados principios y paradigmas ideológicos

(Durán, 1976), y que implica un cambio verdaderamente notable respecto de la concepción puramente económica o mercantilista de la empresa (Bayón, 1966), del mismo modo que ha cambiado, a mayor abundamiento, la configuración y la actuación de las Administraciones públicas cuando han empezado a contar con la participación de sus empleados, que en este otro espacio de la vida social y ciudadana tendrá que hacerse compatible, lógicamente, con la salvaguarda del interés general y con la correcta prestación de los servicios públicos.

Como seguramente ha ocurrido con muchos de los países que habitualmente nos sirven de referencia, las fórmulas de representación o participación de los trabajadores en la empresa empezaron a abrirse paso en el sistema español de relaciones de trabajo a mediados del siglo XX, sin perjuicio de algunos conatos en los lustros anteriores (Calvo, 1990). Durante la Segunda República pareció crearse un clima más adecuado para la recepción legal de esta clase de ideas, pero la legislación de la época se limitó a prever la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa<sup>1</sup>, y el ambicioso proyecto de ley sobre «intervención obrera en la gestión de las industrias» (también conocido como «proyecto Largo Caballero») presentado en el año 1931 ante las Cortes Constituyentes republicanas ni siquiera llegó a discutirse (Martín, 1980). Más efectividad lograron alcanzar los jurados de empresa y los «enlaces sindicales» promovidos y articulados por la legislación franquista, condicionados evidentemente por los particulares ingredientes ideológicos de aquel régimen político (Rivero, 1969), pero presentes en nuestro sistema hasta esa breve etapa de nuestra reciente historia que conocemos como transición política, en la que se inició el proceso de transformación de esas estructuras precedentes. En lo que ahora nos interesa, esa operación transformadora se fraguó mediante la recuperación de la libertad sindical y la convocatoria de las primeras elecciones «libres» a delegados de personal y comités de empresa, tras la supresión definitiva del sindicato vertical franquista y de sus peculiares instrumentos de representación<sup>2</sup>. Ya estaba en pie, en consecuencia, la que conocemos hoy en día como «representación unitaria de los trabajadores», una fórmula de defensa y cuidado de los intereses de los trabajadores que lograría afianzarse definitivamente en el sistema español, a diferencia, dicho sea de paso, de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las empresas con forma de sociedad, muy apreciada en algunos países de nuestro entorno (Ojeda, 1978), pero sin éxito destacable entre nosotros, tal vez por falta de madurez social, por resistencias de los sectores económicos o por las deficiencias técnicas de sus instrumentos reguladores (Vida, 1967)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> De ella se ocuparon los artículos 34 y 35 de la Ley de 21 de noviembre de 1931 dentro del capítulo de remuneración del trabajo.

<sup>2</sup> La recuperación de la libertad sindical pertenece a la Ley 19/1977, de 1 de abril, mientras que la convocatoria de esas primeras elecciones «sindicales» libres fue abordada por el Real Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre.

<sup>3</sup> La «participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedad» fue regulada en España por la Ley de 21 de julio de 1962 y su reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 2241/1965, de 15 de julio. Ambas normas fueron derogadas expresamente por el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (ET). La Ley de contrato de trabajo de 1944, dicho sea de paso, mantuvo la participación en beneficios como forma de remuneración o ingrediente de la misma.

En las páginas que siguen nos adentraremos en la configuración y el régimen jurídico de esa particular forma de representación y participación de los trabajadores en la empresa que conocemos como «representación unitaria». Tras identificar sus principales anclajes jurídicos y sus rasgos esenciales, nos dedicaremos básicamente a recorrer el régimen legal que le sirve de base para describirla en términos concisos y deseablemente comprensibles y, en su caso, para poner de relieve sus insuficiencias o sus aspectos más problemáticos o controvertidos. Bien mirado, nuestro primer objetivo no puede ser otro que presentar el semblante de esta vía de representación de los trabajadores, pues solo a partir de esa información podrá llegar el momento de hacer reflexiones o emitir opinión al respecto con suficiente conocimiento de causa. Dentro de ese plan analítico, haremos la oportuna referencia al elenco de competencias y funciones legalmente asignadas a los representantes unitarios de los trabajadores y, particularmente, a ciertas atribuciones que no dejan de revestir una dimensión especial, no solo por la envergadura que pueden alcanzar, sino también por su peculiaridad dentro del panorama comparado.

Naturalmente, también nos referiremos al proceso electoral que da vida a la representación unitaria y al estatuto de facilidades, garantías y deberes de los delegados de personal y los miembros del comité de empresa, pero de forma extremadamente somera y esquemática. Concluiremos nuestro estudio con unos apuntes finales sobre la razón de ser de esta modalidad de representación, sobre sus desafíos en los tiempos actuales y sobre algunos de los problemas interpretativos que suscita su regulación vigente, con el propósito declarado de que también puedan constituir propuestas o sugerencias con vistas a una eventual intervención del legislador. Como es lema de esta serie de colaboraciones, la cita de doctrina científica será limitada y muy selectivas las referencias a la jurisprudencia, que, de proporciones ya desbordantes, no deja de ser un nutriente importantísimo de esta parcela de nuestro sistema legal. Por razones obvias, no podemos entrar aquí en la abundantísima y variadísima regulación convencional de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa y en los centros de trabajo.

## 2. Soportes y componentes básicos del sistema español de representación de los trabajadores en la empresa

Una vez cerrada la transición hacia el actual régimen político, la principal base normativa de esta importante parcela del sistema español de relaciones de trabajo pasó a ubicarse, como no podía ser de otro modo, en la Constitución española de 1978 (CE). Dos preceptos constitucionales merecen atención en ese sentido. El más explícito de ellos es sin duda el artículo 129 de la CE, en el que, tras una llamada al legislador para que establezca «las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general», se encarga a los poderes públicos la tarea de promoción eficaz de «las diversas formas de participación en la empresa», junto al fomento de las sociedades cooperativas y

el establecimiento de «los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción» (Rodríguez-Sañudo, 1979). Pero de ninguna manera debe desconocerse la importancia en este terreno del artículo 28.1 de la CE, puesto que, aunque no se refiera de modo expreso a la participación de los trabajadores en la empresa, su decidida y ambiciosa proclamación de la libertad sindical abre inevitablemente la posibilidad de que el sindicato desarrolle la actividad que le es propia también en el ámbito de la empresa y de los centros de trabajo, como sostuvo la jurisprudencia constitucional desde los primeros momentos y como después hizo ver con nitidez la correspondiente legislación de desarrollo.

La primera traducción legal de esas previsiones constitucionales sobre representación y participación de los trabajadores en la empresa arrancó de aquellos encargos constitucionales al legislador procedentes del artículo 129.2 de la CE, y tuvo lugar con ocasión de la aprobación del ET en 1980, texto normativo por el que, al margen de cuál fuese su concepción original, se cumplimentaron, como es sabido, diversas piezas del programa legislativo de la Constitución, esta entre ellas. Tras incluir la oportuna referencia a esas instituciones entre los «derechos laborales» de su artículo 4, este primer producto de la actividad legislativa posconstitucional en materia laboral dedicó su título II a «los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa». Es de sobra conocido que esa temprana intervención legal se decantó, entre las fórmulas al uso, por implantar en las empresas una representación «unitaria» plasmada en comités y delegados expresamente elegidos a tal fin, tal vez porque parecía ser la vía más tradicional entre nosotros y la que entroncaba de manera más firme con la línea de regulación activada durante la transición política<sup>4</sup>.

Pero el legislador de 1980 ya era consciente de que la selección de esa vía no agotaba todos los cauces posibles y previsibles de representación y defensa de intereses colectivos en la empresa, y por ello se cuidó de hacer la advertencia, en su artículo 61, de que el reconocimiento del derecho de los trabajadores «a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título se efectuaba de todos modos «sin perjuicio de otras formas de participación». De esa manera, deliberadamente se dejaba abierta la posibilidad de que con el paso del tiempo se introdujeran en nuestro sistema otras vías de representación y participación de los trabajadores, acaso porque durante los meses precedentes a la aprobación de la norma estatutaria, alguna de las organizaciones sindicales que aspiraban a ser más representativas (la UGT, concretamente) había iniciado la senda de la representación sindical en las empresas y centros de trabajo mediante un acuerdo –el Acuerdo Básico Interconfederal– con la patronal de referencia (la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, para más señas).

<sup>4</sup> Las posibles opciones en materia de participación de los trabajadores en la empresa, de todas formas, no estaban tan claras en aquellos momentos, como pone de relieve el proyecto de ley que sobre «acción sindical en la empresa» fue preparado y tramitado en las Cortes Generales en el año 1978, en el que se combinaba la representación unitaria con la representación puramente sindical.

No iba a tardar mucho, en cualquier caso, la recepción legal expresa de esta otra fórmula de representación de los trabajadores, esto es, de la representación estrictamente sindical. Vino, como era de esperar, de la mano de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), que procedió al desarrollo del artículo 28.1 de la CE y que incluyó los dos preceptos sobre «acción sindical» en la empresa que aún hoy en día le sirven de sostén (Cruz, 1986; Martín, 1985b; Sáez, 1992)<sup>5</sup>. Con ese desarrollo normativo del artículo 28.1 de la CE, el sistema legal español ya contaba de manera sólida con lo que dio en llamarse «doble canal» de representación de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo: la representación unitaria por una parte y la representación sindical por otra (Escudero y Mercader, 2004). En principio se trataba de dos cauces separados, y con variado grado de apoyo, dicho sea de paso, por parte de las grandes organizaciones sindicales que ya existían en nuestro país<sup>6</sup>. Pero con el paso del tiempo ambos canales pasarían a formar parte de la estrategia natural de esas dos líneas sindicales, seguramente por el simple hecho, entre otros motivos imaginables, de que la representación unitaria iba a jugar como una especie de plataforma de lanzamiento para los sindicatos, sin perjuicio de su propio espacio de actuación y desarrollo. Que el resultado de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal fuese determinante para medir la representatividad sindical (disp. adic. sexta ET, versión originaria) y que, un poco más tarde, los sindicatos adquirieran facultades de promoción de dichas elecciones (no en vano conocidas ya como «elecciones sindicales») iban a ser razones de mucho peso para la progresiva sindicalización de la representación unitaria, que hoy en día probablemente sea ante todo una de las pistas de desenvolvimiento de la acción promovida e impulsada por las organizaciones sindicales (García, 2016). La posibilidad de que los delegados sindicales participaran con voz en las reuniones del comité de empresa, sagazmente prevista por el legislador del momento, ayudaba también a ese entrecruzamiento de los correspondientes mandatos representativos, o cuando menos a una mínima coordinación de sus líneas de actuación (y, desde luego, a un cierto ropaje sindical de la representación unitaria).

<sup>5</sup> De un lado, el artículo 8 de la LOLS habilitó expresamente a los trabajadores afiliados a un sindicato a constituir secciones sindicales en el ámbito de la empresa o centro de trabajo de conformidad con lo establecido en los estatutos del correspondiente sindicato, junto a la posibilidad de tales instancias de celebrar reuniones y desarrollar otras muchas actividades sindicales, de mayor enjundia, dicho sea de paso, para los sindicatos más representativos o de cierta representatividad. De otro lado, su artículo 10 dispuso que en las empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores las secciones sindicales de determinados sindicatos –los que tuvieran presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación paralelos de los empleados públicos– estarían representadas a todos los efectos «por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo», en un número que en principio proporcionaba el propio precepto a la vista del número de trabajadores del correspondiente ámbito de referencia, pero que podía ser objeto de ampliación a través de la negociación colectiva.

<sup>6</sup> Como atestiguan las crónicas de aquellos años, mientras que CC. OO., tal vez por su experiencia en el seno de las estructuras sindicales preconstitucionales, se mostraba partidaria de la representación unitaria, la UGT, más receptiva en aquellos momentos a la acción sindical clásica por su particular proceso histórico, parecía preferir las fórmulas de representación sindical.



En todo caso, el sistema español de representación de los trabajadores se iba a nutrir progresivamente de otras diversas fórmulas. La más significativa de esas nuevas vías de representación es desde luego la que opera en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, y debe su configuración, como es natural, a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL)<sup>7</sup>.

Pero a lo largo y ancho de nuestro sistema podemos encontrar otras variadas manifestaciones de representación y participación de los trabajadores en la empresa, aunque con perfiles un poco más exclusivos, selectivos o singulares. Pensemos, en primer término, en las comisiones representativas que desde hace algún tiempo se han de constituir para negociar con el empresario determinadas medidas de ajuste y reestructuración de la plantilla (traslado colectivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo, despido colectivo, etc.), que constituyen al fin y al cabo una peculiar fórmula participativa. Pero, además, ciertos ámbitos del sistema productivo cuentan con fórmulas de participación de su propia cosecha y más adaptadas a sus necesidades o características, ya sea por previsión directa de su legislación específica, como puede ser el caso de ciertas entidades financieras o de los centros de enseñanza concertada, ya sea a resultas de la negociación colectiva, como sucede en el ámbito, cada vez más impreciso ciertamente, de las empresas públicas. Junto a esas experiencias conviene citar, por lo demás, la singladura abierta por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, que, tras remodelar el régimen jurídico de la «sociedad laboral», proporciona una novedosa regulación con el fin de promover las así denominadas «sociedades participadas por los trabajadores»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Es este un canal de participación que conecta de manera muy evidente con la representación unitaria (de la que en el fondo depende), y que por supuesto no excluye las competencias de esa forma básica de representación en esta particular materia, ni tampoco las que también fue asumiendo la representación sindical. Pero, al mismo tiempo, tiene su propia morfología y sus propios cometidos, especialmente de programación, consulta y vigilancia. Se compone este cauce más especializado de representación y participación de los trabajadores en la empresa de dos estructuras complementarias. Por una parte, de delegados de prevención, como representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo designados «por y entre los representantes del personal», en número proporcional a la cifra de trabajadores del ámbito de referencia (art. 35 LPRL). Por otra parte, de un comité de seguridad y salud como órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores (art. 38 LPRL). Todo ello, sin perjuicio de lo mucho que puedan aportar y que en efecto vienen aportando los convenios colectivos, unas veces por expresa llamada de la ley y otras por propia iniciativa, especialmente en determinados sectores de actividad.

<sup>8</sup> Según el tenor literal de la propia Ley 44/2015, son sociedades participadas aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no llegan a reunir los requisitos de la sociedad laboral pero que promueven, junto al acceso a la condición de socios de sus trabajadores, «distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores», y particularmente «en los resultados y en la toma de decisiones» de la empresa. Es precisamente este texto legal uno de los pocos ejemplos de apertura legal de cauces de participación en la propiedad y en los resultados o beneficios de la empresa dentro de nuestro sistema, pese al encargo que, como vimos, se deriva en tal sentido del artículo 129.2 de la CE.

Un apunte adicional merece dentro de todo este despliegue de fórmulas e instrumentos de representación colectiva de los trabajadores el empleo público. La sujeción a la legislación laboral de los empleados públicos que prestan servicios mediante contrato de trabajo lleva consigo, naturalmente, la aplicación en ese ámbito de trabajo tanto de lo que se conoce como «doble canal» de representación, como de las previsiones específicas de participación y representación que hemos mencionado en el campo de la prevención de riesgos laborales. Pero la idea de representación y participación de los trabajadores en la empresa se ha extendido también al ámbito del empleo público de régimen funcional, pese al carácter un tanto refractario a los derechos laborales de dimensión colectiva que ese sector profesional había venido mostrando durante tanto tiempo. Es posible que la llegada de la libertad sindical al ámbito de los funcionarios públicos haya sido el punto de partida para la introducción de estas otras fórmulas de defensa y promoción de intereses profesionales, que empezaron a implantarse con la Ley 9/1987 y se regularon más tarde en el Estatuto básico del empleado público (Del Rey, 1988). La amplitud del radio de cobertura de nuestra actual legislación de prevención de riesgos laborales, aplicable directamente a la función pública, también ha jugado a favor de esa corriente favorable a la introducción de las instituciones de representación colectiva de intereses dentro de las Administraciones públicas, en este caso para atender esa particular parcela de la seguridad y salud en el trabajo. A la postre, parece inevitable extender hacia el funcionariado una serie de derechos reconocidos al personal que, pese a tener un régimen distinto en su relación de trabajo, realiza con mucha frecuencia tareas equivalentes o de notable proximidad (Alfonso, 2019).

Conviene anotar, por otro lado, que la entrada de España en la entonces denominada «Comunidad Económica Europea» supuso un nuevo espaldarazo para la representación y participación de los trabajadores en la empresa. Se trata, como es sabido, de una materia que ha estado muy presente en el proceso de construcción del espacio europeo de relaciones laborales, y de la que hoy en día se ocupa expresamente el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (particularmente en su título X, sobre política social), en el que se conceden a los órganos de la Unión Europea distintos grados de intervención en materia de «información y consulta a los trabajadores» y en relación con «la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión»<sup>9</sup>, lo que ha dado lugar no solo a la aprobación en el año 2002 de un «marco general» sobre derechos de información y consulta, sino también a la puesta en circulación desde algunos lustros atrás de directrices más específicas para impulsar la constitución de «comités de empresa europeos» en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (desde 1994) y la «implicación» de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas de matriz europea (desde 2001), así como la previsión de cauces de participación de los trabajadores

---

<sup>9</sup> Tales competencias no solo permiten a las instituciones europeas desarrollar labores de apoyo, complemento y cooperación con los Estados miembros, sino también la aprobación de «disposiciones mínimas» mediante directivas de progresiva aplicación, «teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros» (art. 153 TFUE).

en las operaciones de transmisión, fusión y escisión de sociedades (Fernández, 2006). La información y consulta de los trabajadores es, por lo demás, una constante en las directivas comunitarias sobre reestructuración y otras vicisitudes empresariales, y ya está proclamada como derecho básico para el espacio europeo en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, tras haberlo logrado en la Carta de derechos sociales de los trabajadores de 1989<sup>10</sup>.

Como era de esperar, todo ese acervo comunitario ha influido en el sistema legal español, de diversas formas<sup>11</sup>, que también ha sido receptivo a la acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que, además del impulso a la representación de los trabajadores en la empresa que pudiera derivar de sus Convenios 87 y 98, sobre libertad sindical, y de sus variadas propuestas y recomendaciones sobre participación de los trabajadores en la empresa (Alonso, 1966), se ha ocupado específicamente de «los representantes de los trabajadores» en su Convenio número 135 y en la Recomendación paralela número 143, uno y otra del año 1971. Para estos instrumentos de derecho internacional, la expresión «representantes de los trabajadores» se refiere a:

[...] las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales [...] [con independencia de que se trate de] representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos [...] [o de que se trate de] representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

Como cabe imaginar, la finalidad primordial de esta regulación no es otra que dotar a dichos representantes de las facilidades y garantías necesarias para el ejercicio de su función,

<sup>10</sup> Con independencia, en estos momentos, de la fuerza vinculante o capacidad de exigencia que pueda atribuirse a un derecho formulado en tales términos. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12.

<sup>11</sup> Ha obligado al legislador español a regular la constitución de comités de empresa europeos y la participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas de matriz europea (mediante sendas Leyes de 1997 y 2006, respectivamente), además de introducir las oportunas previsiones dentro de la legislación de sociedades. Además, motivó en su momento una significativa reforma del título II del ET, mediante la Ley 38/2007, con la finalidad principal de proceder al reajuste, la clarificación y la mejora sistemática de las competencias de los representantes unitarios. Y ha supuesto, a fin de cuentas, la adaptación de muchos pasajes de nuestro ordenamiento laboral a las exigencias de información y consulta impuestas por la correspondiente norma comunitaria, como ha sido el caso, primordialmente, de las reglas sobre transmisión de empresa y sobre despido colectivo, que a su vez han influido en las que se aplican a la modificación de condiciones de trabajo, al traslado, a la reducción temporal de jornada o a la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

especialmente de una protección eficaz frente al despido y otros posibles actos de represalia o discriminación. Un objetivo más estructural es por supuesto el de promover e incentivar la implantación de estructuras de representación de los trabajadores en todos los países.

### 3. Configuración general de la representación unitaria de los trabajadores

Desde su definitiva implantación en el año 1980, el núcleo de la regulación de la representación unitaria de los trabajadores se ha mantenido constante, aunque también hay que decir que a lo largo de su vida ha experimentado algunas reformas de consideración. En los años 1984 y 1994 fue sucesivamente modificado para reajustar algunos puntos de conexión entre las elecciones a representantes unitarios y la constatación de la representatividad de los sindicatos (Martín, 1985a; Matía, 1994)<sup>12</sup>, y en el año 2007 fue retocado parcialmente para una mejor acomodación del cuadro de competencias de los representantes unitarios a las correspondientes directrices comunitarias. Ese régimen jurídico se completa en la actualidad con el pertinente reglamento electoral (RD 1844/1994, de 9 de septiembre) y con diversas piezas legales de apoyo y refuerzo (como la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social del año 2000 –LISOS– y la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011 –LRJS–), y cuenta, por supuesto, con la función nutritiva y de complemento que, en esta materia, como en tantas otras, viene desempeñando la jurisprudencia. Esencial es aquí la aportación de la jurisprudencia ordinaria, en la medida en que el régimen jurídico de nuestra representación unitaria depende básicamente de lo que disponga el legislador. Pero también es reseñable el papel que ha venido desempeñando a este respecto la jurisprudencia constitucional, que en bastantes ocasiones ha encontrado motivos para conectar la posición o la actividad de los representantes unitarios con cláusulas constitucionales

<sup>12</sup> En ese sentido, conviene recordar que la segunda de esas reformas legales entrañó entre otras cosas la conclusión de la práctica hasta entonces habitual de concentración de las elecciones en un determinado periodo temporal cada 4 años, de modo que desde entonces solo previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos, debidamente comunicado a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para su depósito y publicidad, «podrá promoverse la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales» (art. 67 ET). Otra consecuencia fue la desaparición de la proclamación oficial de resultados electorales que se venía haciendo hasta esos momentos, con las consiguientes dificultades de acceso a información de carácter global sobre los resultados electorales y sobre su repercusión en el estado de la representatividad sindical. Según el alambicado lenguaje de la propia exposición de motivos de la Ley 11/1994, los detonantes de ese considerable cambio legal fueron:

[...] la innecesaria, pero excesiva, confrontación en tal periodo entre las distintas opciones sindicales, o la gran litigiosidad en el control del cómputo de los resultados electorales, situaciones estas que no solo dificultan y retrasan la obtención de los datos considerados para medir la representatividad, sino que trasladan a la sociedad una imagen negativa de la actuación de los interlocutores sociales y de la Administración laboral.

susceptibles de amparo y, en especial, con el derecho a la libertad sindical, normalmente por mediación de algún sujeto sindical o por la existencia de vínculos de afiliación entre el representante, o el candidato a representante, y un sindicato, como más adelante veremos.

El primer dato que habría que destacar en la configuración normativa de la representación unitaria de los trabajadores es probablemente su proyección general al conjunto del trabajo asalariado. De entrada, no solo tiene virtualidad en el ámbito de la empresa privada, también en el contexto del sector público, incluidas, según dijimos, las Administraciones públicas. Dentro del ámbito privado de la economía y la producción, la representación unitaria está prevista para cualquier sector de actividad y cualquier tipo de relación laboral, aunque también es cierto que el legislador ha tenido en cuenta las particularidades que a estos efectos pueden ofrecer algunos ámbitos o medios de trabajo<sup>13</sup>. Algún matiz especial presenta asimismo el sector público, no solo por las particulares vías de participación que se prevén para algunos tipos de trabajo<sup>14</sup>, sino también porque la configuración orgánica y la distribución funcional de la Administración pública, muy distintas obviamente de la empresa privada, obligan a una delimitación especial de las correspondientes unidades electorales (según hace ver la disp. adic. tercera RD 1844/1994, que da aplicación a la disp. adic. quinta Ley 9/1987). Por lo demás, todos los trabajadores asalariados gozan de estos derechos de representación en el ámbito de su prestación de servicios, sin perjuicio de que la existencia en la empresa de trabajadores temporales y fijos-discontinuos requiera de alguna operación singular con vistas a determinar el censo de la plantilla y el correspondiente número de representantes (art. 72 ET).

A partir de estas premisas, y sin perjuicio de lo que digamos en el epígrafe siguiente a propósito de la «unidad de referencia» (que, como regla general, es el «centro de trabajo»), cuatro rasgos básicos podrían predicarse de la fórmula de representación y participación de los trabajadores en la empresa acuñada por el título II del ET, al menos en un primer ejercicio de reflexión y a expensas de algunas otras consideraciones, que añadiremos al final, sobre su naturaleza jurídica o su posición en el sistema de relaciones laborales. El primero de ellos tiene bastante que ver con aquel semblante de proyección general que ya tuvimos ocasión de mencionar, pero juega más bien en el interior de cada ámbito funcional de la representación, ya sea el centro de trabajo, ya sea la empresa en su totalidad. Nos referimos a su carácter unitario, en el sentido de que se trata de una representación común, y

<sup>13</sup> Unas veces para reacondicionar los órganos representativos y el procedimiento de elección de los mismos, como ocurre con el trabajo en el mar, tanto el de pesca como el de la marina mercante (arts. 15 y ss. RD 1844/1994), y otras veces para prever la posibilidad de cauces singulares o más adaptados de representación de los trabajadores, como es el caso de los deportistas profesionales (a tenor de la remisión que efectúa a la negociación colectiva el art. 18 RD 1006/1985). También es verdad que para algunas relaciones laborales de carácter especial la representación unitaria o bien está directamente excluida, sin perjuicio de otras formas de representación (como ocurre con la alta dirección, según art. 16 RD 1382/1985), o bien tropieza con dificultades que a veces pueden antojarse cuasi insuperables para su implantación (como seguramente es el caso de los empleados de hogar).

<sup>14</sup> Como el de los penados en instituciones penitenciarias (según el art. 13 RD 782/2001).

única en su clase, para todos los trabajadores del ámbito de trabajo correspondiente, con independencia no solo de la modalidad utilizada para la contratación de su prestación de servicios, o de las características de su relación laboral (dejando a salvo la ya constatada exclusión del personal de alta dirección), sino también de su afiliación o no a un sindicato, y, por supuesto, con independencia de su parecer o su criterio sobre estar o no representado por una fórmula de estas características<sup>15</sup>. De esa forma, la representación unitaria se contrapone con claridad a la representación sindical, que es limitada o parcial en lo que se refiere a su ámbito subjetivo (solo para los afiliados al sindicato correspondiente) y que puede ofrecer un semblante plural en los ámbitos de referencia (en tanto que cada sindicato puede constituirla con su grupo de afiliados).

El segundo rasgo de la representación unitaria es su carácter obligatorio, en tanto que, institucionalmente, ha de constituirse o ponerse en marcha siempre que se den los requisitos legalmente previstos para ello, sin perjuicio de que también se admitan algunas hipótesis de voluntariedad (como la elección de delegados de personal en centros muy pequeños e, incluso, con los correspondientes matices, la formación de un comité intercentros). Este segundo rasgo también sirve para distinguir la representación unitaria de la representación sindical, en tanto que esta otra tan solo se pone en marcha por decisión de los interesados (el sindicato o los afiliados al sindicato), sin perjuicio de que pudiera surgir alguna clase de obligación de los pertinentes estatutos sindicales y de que, una vez tomada la decisión por los titulares del derecho, su realización práctica sea obligatoria para la empresa. Desde luego, el carácter definitivamente obligatorio de la representación unitaria, que no nace de pacto o previsión de carácter privado, sino de la propia ley, vale tanto para los trabajadores (que no tienen poder de decisión sobre su existencia, ni sobre su alcance o posibles alternativas) como para el empresario, aunque cabe pensar que es relevante sobre todo en este lado de las relaciones de trabajo, puesto que, aun siendo tal forma de representación de los trabajadores el resultado de una opción legal vinculante, es evidente que si para los trabajadores constituye ante todo una ventaja o un beneficio, del que presumiblemente querrán hacer uso (ellos o, cuando menos, sus representantes colectivos), para el empresario,

---

<sup>15</sup> El rasgo de representación «común» cobra mayor intensidad en algunos supuestos de colaboración de trabajadores de distintas empresas en la correspondiente actividad productiva. La previsión legal más directa se encuentra en el artículo 17.1 de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, y concede a los representantes de los trabajadores en la empresa usuaria «la representación de los trabajadores en misión, mientras esta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios». Una segunda previsión relevante en este sentido, aunque de efectos más indirectos, es la que recoge el artículo 42.7 del ET en el contexto de los negocios de subcontratación de obras y servicios entre empresas, y tiene como fin permitir que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal se reúnan con los representantes legales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas «cuando compartan de forma continuada centro de trabajo» para tratar conjuntamente de las condiciones de ejecución de la actividad laboral, bajo el presupuesto de que estos últimos representantes pueden hacer uso de los locales disponibles para los primeros en la correspondiente empresa principal (art. 81 ET).

aunque ofrezca utilidad y conveniencia, acarrea sobre todo deberes, de manera inmediata el de admitir su existencia, pero adicionalmente el de colaborar en su implantación. De hecho, se califica como infracción administrativa muy grave «la transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores» (art. 8.7 LISOS).

En fin, el tercer rasgo de la representación unitaria es precisamente su carácter electoral, dado que los representantes unitarios se designan a través de un proceso de elecciones; un proceso que tiene una incontestable dimensión pública, en tanto que viene impuesto por el legislador, y que, por cierto, acoge algunos caracteres propios de las elecciones políticas<sup>16</sup>. Como dice el artículo 69 del ET, «los delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto». No es este, claro está, el mejor momento para detenerse en ese procedimiento electoral, pero pueden destacarse algunos datos para hacerse cargo mínimamente de sus perfiles: 1) la puesta en marcha de la elección conecta ordinariamente con el inicio de la correspondiente actividad empresarial o con la apertura de nuevos centros de trabajo, pero también puede darse en otros variados supuestos; 2) cabe la posibilidad de proceder a elecciones parciales, ya sea por dimisión o revocación de representantes, u otros acontecimientos de impacto particular o subjetivo, ya sea por cambios en la composición de la plantilla de trabajadores<sup>17</sup>; 3) tienen la condición de elector (derecho de sufragio activo) todos los trabajadores con un mínimo de vinculación a la empresa, y son elegibles (derecho de sufragio pasivo) aquellos que cumplen algún requisito adicional de capacidad de obrar y antigüedad en la empresa<sup>18</sup>; 4) cuentan con legitimación para la promoción de elecciones no solo los trabajadores del centro de trabajo (o de la empresa) correspondiente, sino también, y quizá con cierto ánimo de preferencia por parte del legislador, las organizaciones sindicales más representativas y las que acrediten un mínimo de un 10 % de representantes en la empresa de referencia; y 5) pueden presentarse a la elección «los trabajadores que avalen

<sup>16</sup> De esta regla queda formalmente excluido, como es de imaginar, el comité de empresa, que, como luego diremos, se forma mediante un singular proceso de «cooptación» entre los representantes unitarios «de base» según el artículo 63.3 del ET. El ingrediente electoral actúa aquí, por lo tanto, solo de forma indirecta o mediata.

<sup>17</sup> Ya sea por incremento de la misma, en cuyo caso la ley habilita directamente la puesta en marcha del proceso electoral, ya sea por «disminuciones significativas de plantilla», en cuyo caso es necesario que haya previsión en tal sentido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (arts. 67 ET y 13 RD 1844/1994). Téngase en cuenta, por cierto, que la transmisión de empresa no entraña en sí misma la conclusión del mandato representativo (art. 44.5 ET).

<sup>18</sup> La primera se concede a «todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, 1 mes», y la segunda a «los trabajadores que tengan 18 años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 meses», salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de 3 meses de antigüedad (art. 67 ET). Gozan de estos derechos los trabajadores extranjeros, que «podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las condiciones a que se refiere el párrafo anterior» (art. 67 ET).

su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir», pero también cabe, de nuevo, que asuman esa tarea los sindicatos legalmente constituidos o las coaliciones de sindicatos (art. 69 ET)<sup>19</sup>. El recorrido por este régimen jurídico electoral podría concluir recordando que para el desarrollo del proceso debe constituirse una mesa electoral y que tanto los actos de votación como los de asignación efectiva de puestos representativos presentan algunas diferencias notables según se trate de elección de delegados de personal o de comité de empresa<sup>20</sup>.

Hay que apuntar, además, como cuarto rasgo, que desde sus primeras apariciones en nuestro sistema la representación unitaria de los trabajadores fue calificada habitualmente como «representación legal», por haber nacido directamente de las correspondientes previsiones legales y por tener su principal regulación en textos normativos de rango legal. El propio legislador empezó a referirse a ella con esa denominación, como puede comprobarse aún en algunos preceptos legales (como los arts. 41 y 51 ET, por poner algún ejemplo). Hoy en día, no obstante, ese calificativo es discutible, y quizá algo confuso, pues tras la regulación en la LOLS de las secciones y delegados sindicales, también estas otras estructuras representativas pueden tomarse formalmente como «representación legal». De hecho, estas otras instancias de naturaleza sindical normalmente pueden asumir y ejercer, al igual que las unitarias, las competencias que el legislador atribuye sistemáticamente a «los representantes legales de los trabajadores» (aunque en algunos casos ello resulte más

<sup>19</sup> Téngase en cuenta que, tanto en la promoción de elecciones como en la presentación de candidaturas, los sindicatos cuentan con el apoyo inestimable del derecho de libertad sindical, que tiene literalmente entre sus ingredientes «la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal» (art. 2.2 d) LOLS) y que, en general, presta amparo a todas aquellas actividades que le atribuya o reconozca el legislador (contenido adicional de la libertad sindical). *Vid.*, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2004, de 2 de junio. Ya vimos que tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional han admitido incluso la promoción de elecciones por parte de sindicatos más representativos en centros de trabajo de 6 a 10 trabajadores.

<sup>20</sup> En el primer caso se vota directamente a candidatos y en el segundo a candidaturas o «listas», con las consecuencias que ello tiene también para la designación de los elegidos. Junto a la mesa electoral, a la que competen sobre todo tareas de dirección, gestión y toma de decisiones incidentales, interviene en el proceso una oficina pública dependiente de la autoridad laboral, a la que debe comunicarse el acta de constitución de la mesa electoral y el acta de escrutinio de los resultados electorales, para que proceda a su publicación en los tabloneros de anuncios y, en su caso, al registro de las actas electorales, de las que podrá expedir «copias auténticas» a los interesados y, a partir de las mismas, «certificaciones acreditativas» de la representatividad de los sindicatos (arts. 75 ET y 21 y ss. RD 1844/1994). Quienes tengan interés legítimo, incluida la empresa, pueden impugnar los actos electorales a través del procedimiento arbitral legalmente previsto, con la precisión de que el laudo arbitral que se dicte a resultados del mismo podrá ser impugnado ante el orden jurisdiccional social a través de la modalidad procesal correspondiente (arts. 76 ET, 28 y ss. RD 1844/1994 y 127 y ss. LRJS). También pueden ser impugnadas en esa sede jurisdiccional las resoluciones de la oficina pública competente en materia electoral denegatorias del registro o de solicitudes de certificación de la representatividad sindical (arts. 76 ET y 133 y ss. LRJS).



cuestionable, como puede acontecer con la previsión del art. 42.7 ET, a la que luego nos referiremos). Conviene tener en cuenta, además, que el estatuto regulador de la representación unitaria cada vez cuenta con mayor aportación de la negociación colectiva, que ha de respetar desde luego la correspondiente base legal, pero que puede completar, intensificar e incluso modular muchas de sus previsiones. Desde este otro punto de vista es, pues, una representación de régimen legal, pero, en muchos casos, con un importante régimen convencional complementario.

Cabría preguntarse, en fin, por la naturaleza real de nuestra representación unitaria de los trabajadores. Como ya hemos visto, ha nacido de un contexto no sindical, y formalmente se configura como un instrumento de representación y defensa de intereses colectivos diferenciado del sindicato. No tiene su raíz, en definitiva, en el derecho de libertad sindical, sino en una estrategia de tutela y atención a los intereses de los trabajadores que se apoya en una base conceptual diferente y que, si la abordamos desde una perspectiva estrictamente jurídica, encuentra su apoyo en una cláusula constitucional externa al derecho de sindicación. Nuestra representación unitaria no nació formalmente de la libertad sindical, ni deriva hoy en día del artículo 28.1 de la CE, sino que entronca, como ya hemos dicho, con las previsiones del artículo 129.2 de la CE, con independencia del peso o de la inercia de nuestras instituciones históricas.

Pese a ello, muchas veces se ha dudado acerca de si puede merecer la protección que brinda el derecho a la libertad sindical, por varias razones. En parte, porque los representantes de los trabajadores desarrollan «acción sindical» en sentido material y funcional, esto es, acción de defensa y reivindicación de intereses de los trabajadores (Rodríguez-Piñero, 1978), con unos fines y unos métodos que se asemejan mucho a lo sindical, y con problemas bastante parecidos en el interior de la empresa y de los centros de trabajo. Y, en otra buena parte, porque nuestra representación unitaria está considerablemente sindicalizada, desde el momento en que es el sindicato, con toda probabilidad, el principal promotor y el principal nutriente de la misma. Lo cierto es que, por una u otra razón, los representantes unitarios de los trabajadores han conseguido muchas veces el amparo de la libertad sindical frente a decisiones empresariales de discriminación o represalia, a veces por ser afiliados a un sindicato, pero en algunas otras ocasiones aun sin haberse acreditado y ni siquiera pedido tal extremo, como permite comprobar nuestra jurisprudencia constitucional<sup>21</sup>. Por supuesto, el representante unitario goza *per se* de algunos elementos de protección típicos de la libertad sindical, como es el derecho a la no discriminación o la tutela eficaz frente al despido, entre otros motivos por exigencia de aquellos instrumentos de la OIT a los que con anterioridad hicimos referencia.

---

<sup>21</sup> *Vid.*, a tal efecto, la pionera STC 38/1981, de 23 de noviembre, que inicia una línea interpretativa refrendada posteriormente en varias ocasiones, pese a que la propia jurisprudencia constitucional ha insistido más de una vez en la naturaleza no sindical de la representación unitaria y en sus diferencias con la representación sindical (*vid.* SSTC 281/2005, 100/2014 y 64/2016, entre otras).

Problemas particulares puede plantear, por lo demás, la relación entre la representación unitaria y la representación puramente sindical; dos fórmulas representativas que por supuesto pueden convivir en unos mismos centros de trabajo. De entrada, parecería deseable que ambas formas de representación caminaran en el mismo sentido y desarrollaran una estrategia convergente de reivindicación y defensa de intereses de los trabajadores, y a ello puede ayudar, más allá de aquellos rasgos de sindicalización de nuestra representación unitaria, la posibilidad de que los delegados sindicales participen en las reuniones del comité de empresa, como ya tuvimos ocasión de anunciar. Pero no deben excluirse por completo las hipótesis de fricción, divergencia o confrontación. En tales casos es preferible seguramente que sean las partes contendientes las encargadas de dar salida airosa al correspondiente contencioso. Pero tampoco es descartable la conveniencia de una intervención legal dirimente. ¿En qué sentido? Ya sabemos que nuestra legislación laboral más reciente ha dado prioridad a la representación sindical en materia de negociación colectiva (art. 87 ET) y de consulta con el empresario para la adopción de decisiones de trascendencia colectiva (art. 41 ET). Es, obviamente, una toma de posición muy favorable al sindicato, que inevitablemente presupone una determinada opción ideológica, pero también es muy probable que sea la respuesta más consecuente a la vista de lo que dispone el artículo 5 del Convenio número 135 de la OIT, según el cual:

[...] cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes.

#### **4. Unidades de referencia y estructura orgánica de la representación unitaria de los trabajadores**

Como hemos adelantado, la representación unitaria se constituye en principio, y como regla general, por centros de trabajo. No es, de entrada, una representación para los trabajadores «de una empresa», sino más bien para quienes prestan servicios en ese otro ámbito más reducido o localizado dentro de la organización empresarial. Todo ello con independencia, de nuevo, de que algunas de sus posibles manifestaciones estén pensando en la empresa en su conjunto (comité conjunto, comité intercentros) y de que necesariamente haya de representar a la generalidad de los trabajadores de la empresa cuando esta sea «unicelular», esto es, cuando carezca de unidades productivas diferenciadas que merezcan la calificación de centro de trabajo en el sentido del artículo 1.5 del ET (Cuevas, 1982). La opción por este sistema notablemente descentralizado y, más concretamente, la elección del centro de trabajo como ámbito primordial de referencia, que con seguridad tiene su mejor explicación en la influencia de la situación precedente a la aprobación del ET, no está privada de sentido y razonabilidad, entre otros motivos por la proliferación de este tipo de unidad

productiva en nuestro sistema empresarial y su tradicional recepción en nuestra legislación laboral (Lahera, 2019). No puede negarse, además, que, al brindar la oportunidad de que dentro de una misma empresa existan dos o más instancias de representación unitaria, puede ser vista como una opción ventajosa desde el punto de vista de los trabajadores, en cuanto puede aportar mayor proximidad del representante al ámbito de la representación y, en su conjunto, mayores «dosis» de representación, pues la distribución de la empresa en centros de trabajo proporciona con toda seguridad un porcentaje más alto de representantes.

Pero también lleva consigo algunas consecuencias no siempre positivas. Por lo pronto, entraña la posibilidad de que se susciten dudas y controversias acerca de si un determinado lugar o recinto de trabajo tiene la condición o no de centro de trabajo y, por consiguiente, acerca de si es acreedor o no a una instancia propia o particular de representación unitaria. Adicionalmente, puede crear problemas de articulación o conjunción para la puesta en marcha y el desarrollo de determinadas acciones de representación o tutela de intereses, como la negociación colectiva o los procesos de consulta con la dirección de la empresa; dificultades que naturalmente pueden solventarse mediante la creación de estructuras suplementarias con mandato representativo para el conjunto de la empresa (como es el caso, al que luego aludiremos, del comité intercentros), pero que en más de un caso crearán las previsibles incomodidades.

A ese presupuesto básico hay que añadir ahora un dato numérico o cuantitativo también relevante en la estructura de la representación unitaria. No es otro que la cifra de trabajadores de la correspondiente unidad de referencia –del centro de trabajo o de la empresa, en los términos que hemos apuntado–, que actúa, en efecto, como segundo factor determinante para la configuración orgánica de la representación unitaria de los trabajadores, en dos sentidos. No será fácil siempre el cálculo preciso de tal variable (por las diversas situaciones o vicisitudes que pueden afectar a la relación de trabajo), ni, como ya hemos dicho, todos los trabajadores de la plantilla computan de la misma forma. Pero baste en estos momentos decir, por lo pronto, que la cifra de trabajadores determina la existencia o no de ese tipo de representación, puesto que las normas españolas dejan al margen de este sistema de representación de intereses aquellos ámbitos de trabajo (empresa o centro de trabajo, una vez más) que no alcanzan un mínimo de trabajadores (11 en principio), probablemente bajo la comprensible idea de que en tales circunstancias es viable la relación directa entre los trabajadores y la dirección de la empresa, tanto a los efectos de presentación de quejas o peticiones, como a los efectos de gestión de recursos humanos y adopción de las medidas pertinentes. Adicionalmente, el volumen de la plantilla influye en la clase de instancia representativa (hasta 49 trabajadores, delegados de personal; desde 50 trabajadores, comité de empresa) y en el número de representantes (1 o 3 delegados de personal, 5 o más miembros de comité de empresa). Todos estos umbrales son razonables, lo mismo que lo es el criterio particular de cómputo de los trabajadores temporales y fijos-discontinuos a efectos de calcular el número de representantes en un determinado centro de trabajo, al que ya aludimos con anterioridad. No parece que choquen con ninguna directriz de carácter supranacional, ni que constituyan ninguna diferencia cuestionable respecto de las reglas habituales en el panorama comparado.

Con estos mimbres estructurales, y de acuerdo con lo previsto en el título II del ET, podría decirse, tratando de hacer una especie de gráfico, que la representación unitaria se organiza en cuatro estratos, completados con una especie de modulación para ciertas situaciones de contornos particulares. Los dos centrales son, sin duda, los de mayor relevancia y envergadura, y conforman, por así decirlo, el núcleo de la estructura representativa, mientras que los que están en los extremos juegan más bien un papel o bien de cobertura residual, o bien de suplemento representativo. Veamos: 1) en el aludido espacio nuclear se sitúan, naturalmente, los delegados de personal y los comités de empresa, que son instancias de implantación obligatoria en los centros de trabajo, o, en su caso, en las empresas, que cumplen los requisitos legalmente establecidos; 2) en el estrato inferior se ubica el delegado de personal que puede ser elegido, de forma voluntaria, en los centros de trabajo, o empresas, que no alcanzan dimensión suficiente para la aplicación de aquella otra regla imperativa, pero que, en todo caso, cuentan con un mínimo de trabajadores en la correspondiente plantilla, y 3) en el estrato superior se coloca el comité intercentros, una instancia representativa que es de implantación voluntaria, pero que cuenta con el pertinente respaldo legal cuando se prevé su constitución por mediación de la negociación colectiva. En fin, la modulación a la que hicimos referencia no significa otra cosa que la aplicación de las reglas de elección y formación del comité de empresa a determinadas empresas pluricelulares, esto es, con varios centros de trabajo susceptibles de contar con representación propia, pero con plantilla insuficiente para la aplicación de las reglas ordinarias. Por supuesto, las reglas legales que delimitan cada uno de estos ámbitos de referencia no son disponibles para las partes, de modo que no cabe ni la fragmentación artificial de centros de trabajo, ni la agrupación de estos fuera de las posibilidades ofrecidas por la ley para perseguir otra distribución o configuración de las estructuras representativas<sup>22</sup>.

Literalmente, la representación unitaria a través de delegados de personal es propia de «la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores» (art. 62.1 ET). Según hemos anunciado, el número de delegados depende de la cifra de trabajadores del ámbito de referencia: hasta 30 trabajadores, 1 delegado; de 31 a 49 trabajadores, 3 delegados. En el primer caso, el desarrollo de la acción representativa no presenta mayores dificultades ni requiere prácticamente precisiones, puesto que, al existir 1 solo representante, todo dependerá de su capacidad de iniciativa y de toma de decisiones, sin perjuicio de su relación con los representados. En cambio, cuando el número de delegados asciende a 3, el panorama puede ser más complejo y más incierta la toma de decisiones. Pese a ser varios no constituyen un órgano, pero exige la ley que ejerzan «mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos», lo cual no puede significar otra cosa que la condición de representante de todos y cada uno de ellos se ostenta y ejerce en relación con el conjunto de trabajadores, no con una parte de los mismos, y que la toma de decisiones, en caso de divergencia, se ha de basar en la regla de mayoría (Bercovitz, 1981).

<sup>22</sup> Según la jurisprudencia, hay que atenerse, en definitiva, a las reglas legales de delimitación de los ámbitos que corresponden a cada instancia o estructura de la representación unitaria.

Esta conformación y ubicación legal de los delegados de personal parece clara, pero no cabe duda de que la alusión a «la empresa o centro de trabajo» en el artículo 62.1 del ET concede cierto margen a la especulación acerca de cuál es el ámbito que realmente ha de tomarse en consideración para la implantación de esta primera instancia representativa. No hay problema cuando la empresa no cuenta con centros de trabajo diferenciados, ni tampoco cuando cuenta con varios centros y en todos ellos se dan las condiciones para el nombramiento de delegados de personal. El problema se plantea cuando la empresa cuenta con 2 o más centros de trabajo de dimensión inferior a las previsiones legales o cuando cuenta con algún centro de dimensión suficiente y con otras unidades de menor entidad. ¿Habilita la referencia del artículo 62.1 del ET a la «empresa» la suma de esas unidades de dimensión inferior y la elección de representantes para el conjunto? ¿Hay que guiarse en todo caso por la referencia al centro de trabajo cuando existen unidades con ese carácter? Desde el punto de vista de la efectiva representación de intereses, quizá la mejor solución en casos como los mencionados sea la de tomar como referencia el conjunto de la empresa. La opinión de los trabajadores afectados podría ser, además, un criterio determinante. Pero es evidente que caben también otras posibles interpretaciones, tal vez más próximas al tenor literal del precepto y, desde luego, con mayor respaldo jurisprudencial<sup>23</sup>. Un escenario distinto es, en principio, el de «aquellas empresas o centros que cuenten entre 6 y 10 trabajadores», en cuyo caso es posible la elección de un delegado de personal «si así lo decidieran estos por mayoría»<sup>24</sup>. Pero esta posibilidad abierta por la ley también puede generar dudas interpretativas, pues puede darse el caso de que una empresa cuente con un centro de trabajo de dimensión suficiente y un centro de trabajo de dimensión más reducida que no alcance los pertinentes umbrales, por poner un ejemplo. Todo ello pone de relieve que la estructura de esta primera modalidad de representación unitaria –los delegados de personal– admite algún grado de ajuste y precisión, al menos en lo que toca a su ámbito de referencia, sin perjuicio del valor aclaratorio que para muchas de estas hipótesis tienen ya las aportaciones que viene haciendo la jurisprudencia (Álvarez, 2019). Es uno de los retos que en buena lógica tendría que afrontar el legislador.

El segundo de los estratos centrales y nucleares a los que con anterioridad hicimos referencia se corresponde con el comité de empresa, que es «el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses» y que se ha de constituir «en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores» (art. 63.1 ET). Su número de miembros siempre debe ser impar, por razones de funcionamiento y toma de decisiones, y depende en su concreción del número

<sup>23</sup> La STS de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/2000), que, en definitiva, sigue la estela de las citadas con anterioridad, ha rechazado la aplicación de las reglas legales de agrupación de centros de trabajo previstas para el comité conjunto para posibilitar la elección de delegados de personal o incrementar su número.

<sup>24</sup> Aunque la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, ha admitido la promoción de elecciones por parte de los sindicatos más representativos (STS de 10 de marzo de 2004, rec. 2/2003, y STC 36/2004, de 8 de marzo).

de trabajadores del centro de trabajo, según la escala del artículo 66 del ET, en cuya parte más baja se contempla el centro de trabajo «de 50 a 100 trabajadores», con un comité de empresa de 5 miembros, y en cuya parte más alta figura el centro de trabajo «de 751 a 1.000 trabajadores», con un comité de 21 miembros, con la previsión adicional de que «de 1.000 en adelante» se añaden «2 por cada 1.000 o fracción, con el máximo de 75». A diferencia de los delegados de personal, el comité de empresa es propiamente un órgano representativo, y por ello el artículo 63.2 dispone que ha de elegir «de entre sus miembros un presidente y un secretario» y que ha de elaborar «su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley, remitiendo copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, y a la empresa». Por otra parte, «los comités deberán reunirse cada 2 meses o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados». Aunque no tiene personalidad jurídica, «se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros» (art. 65.1 ET), lo cual se traduce, en el plano estrictamente jurisdiccional, en legitimación para actuar en los correspondientes procesos como parte activa o pasiva (por ejemplo, en el proceso de conflicto colectivo, según el art. 154 LRJS). Como hemos visto, ha de actuar conforme a la regla de mayoría.

Las hipótesis de duda o incertidumbre que dibujábamos a propósito de los delegados de personal a partir de la configuración posible de las empresas se pueden avistar también en los ámbitos empresariales propios del comité de empresa. Pero, en este caso, contamos con alguna previsión legal al respecto:

En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, 2 o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto, [con la precisión de que] cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro (art. 63.2 ET).

Con esta previsión legal no quedan resueltos, de cualquier modo, todos los problemas interpretativos, entre otras razones porque para el segundo de los escenarios descritos por el artículo 63.2 del ET tan solo se alude a centros «de la misma provincia», sin referencia a la posible existencia de centros de trabajo en «municipios limítrofes», algo que sí está previsto en la primera de esas hipótesis.

Como dijimos, aún se contempla en nuestro sistema legal un estrato superior, que claramente actúa como refuerzo en el sistema de representación unitaria. Es el que corresponde al denominado «comité intercentros», que tan solo puede constituirse si así se hubiera pactado en «convenio colectivo», aunque la legislación también interviene en su fisonomía y en algunos otros aspectos de su configuración. El artículo 63.3 del ET, en efecto, impone «un máximo de 13 miembros», y dispone que tales representantes «serán designados de

entre los componentes de los distintos comités de centro», pero atendiendo a «la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente». Se trata, por lo tanto, de una instancia representativa de segundo grado, que solo puede constituirse a partir de la existencia de las instancias representativas ordinarias (los comités de empresa) y cuya particularidad se aprecia también en su elenco de competencias, en tanto que «no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación» (art. 63.3 ET).

Esta regla, no obstante, no ha impedido, ni impide formalmente, que el propio legislador les otorgue funciones representativas a determinados efectos, como es posible comprobar a propósito de los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET). Por cierto, poca presencia se concede en este contexto a los delegados de personal, que pueden existir en la empresa de referencia, pero que, según la dicción literal del precepto, no contribuyen a la composición del comité intercentros, tal vez con buena lógica. Tampoco se reconoce relevancia, dicho sea también de paso, a las candidaturas no sindicales en la conformación de ese particular órgano representativo de todos los trabajadores de la empresa, lo cual, siendo más discutible, es una nueva muestra de la progresiva sindicalización de la representación unitaria.

## 5. Competencias, funciones y atribuciones de la representación unitaria

A diferencia de los sindicatos –que, amparados por la libertad sindical, pueden desarrollar todas aquellas actividades que contribuyan a la consecución de sus fines–, la representación unitaria tan solo puede ejercer las competencias legal o convencionalmente atribuidas. No tiene, por decirlo así, ese margen de iniciativa y maniobra. La pieza de referencia a estos efectos es el artículo 64 del ET, que comprende una lista muy amplia y bastante heterogénea, por cierto, de competencias, atribuciones y funciones de los representantes unitarios de los trabajadores. Pero otros muchos preceptos legales conceden a los representantes competencias adicionales o suplementarias, y, en algunos casos, especifican y desarrollan las de ese listado inicial. Como advierte el propio artículo 64 del ET en su párrafo 8, «lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias». El mismo ET ofrece muchas muestras en ese sentido (piénsese, por ejemplo, en los arts. 40, 41, 47, 51, 77 y 87 ET), que también pueden encontrarse en otras numerosas disposiciones legales y, en particular, dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales y en las normas reguladoras de la huelga y el conflicto colectivo. Ese elenco legal de competencias y funciones se puede precisar y ampliar, asimismo, mediante la negociación colectiva, como reconoce a veces el legislador y como fácilmente permite apreciar una ligera visita a los convenios y acuerdos colectivos. Son, por otra parte, competencias reconocidas formalmente a los comités de empresa, pero recuérdese que, según el artículo 62.2 del ET,

«los delegados de personal [...] tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa», incluidos los que pudieran elegirse de forma voluntaria en pequeñísimos centros de trabajo. Recuérdese, asimismo, que el comité intercentros tan solo tiene, en principio, las competencias atribuidas por el convenio colectivo de referencia y, en su caso, las que específica y directamente le conceda el legislador.

A la vista de todo ese panorama legal, podría decirse que los representantes unitarios de los trabajadores tienen en nuestro sistema tres grandes tipos de competencias, que podríamos calificar como «básicas», «especializadas» y «extravagantes». Tras su reforma en el año 2007 con fines de adecuación de nuestro sistema al marco general sobre información y consulta aprobado en el año 2002 por la Unión Europea, podría decirse que el núcleo de las competencias de los representantes unitarios de los trabajadores –las que hemos decidido denominar como «básicas»– gira en torno a dos ejes. Se trata, respectivamente, de los procedimientos de información y de consulta, que, en esencia, suponen derechos para los representantes y obligaciones para el empresario, pero respecto de cuya «definición y aplicación» tanto el empresario como el comité de empresa (o los delegados de personal) deben actuar «con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores» (art. 64.1 ET).

No son, por otra parte, dos procedimientos estancos, ni mucho menos, dado que entre ellos no existen líneas claras o definitivas de separación y que en muchos casos tienen que operar ineludiblemente de forma unida o conjuntada (Monereo, 1992). De hecho, el propio artículo 64.1 del ET contribuye a esa mezcla de planos cuando dice que:

El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.

Conviene precisar también que:

Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos (art. 64.9 ET)<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Como con anterioridad vimos para otras cuestiones relativas a la representación unitaria, muchos de los derechos de información y consulta reconocidos a los representantes de los trabajadores (en el art. 64 ET o en preceptos conexos, incluidas las normas convencionales) vienen reforzados por algunas reglas de responsabilidad administrativa contenidas en la LISOS. Así, constituye infracción administrativa



De cualquier manera, y más allá de esas posibles deficiencias de redacción, podemos hablar, en efecto, de dos grandes bloques de competencias básicas o «nucleares» de los representantes unitarios de los trabajadores a partir de ese precepto estatutario. El primero de ellos está integrado por derechos de «información», que suponen el correspondiente deber del empresario de transmitir a los representantes de los trabajadores los datos pertinentes, a fin de que tengan conocimiento de la cuestión y puedan proceder a su examen, discusión y, en su caso, decisión. Este derecho de información revisite, a su vez, distintas variedades, pues en algunos supuestos significa que el comité de empresa (y los delegados) debe ser informado trimestralmente por el empresario (sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa, sobre la situación económica de la empresa, sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, y sobre las estadísticas de absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o índices de siniestralidad); en otros casos, que debe recibir información «al menos anualmente» (aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres); otras veces, que debe tener acceso al conocimiento de ciertos datos «con la periodicidad que proceda en cada caso» (balance, cuenta de resultados, modelos de contrato de trabajo o sanciones por faltas muy graves); y, en otras ocasiones, en fin, que se le deben notificar determinados actos o remitir la documentación correspondiente, dentro, en su caso, del plazo señalado, como ocurre, por ejemplo, con la entrega de la copia básica de los contratos que deben celebrarse por escrito y con la notificación de prórrogas y denuncias de los correspondientes contratos (art. 64.2, 3 y 4 ET)<sup>26</sup>.

El segundo bloque dentro de este primer apartado de competencias está conformado por derechos de consulta, entendida como «el intercambio de opiniones y la apertura de

---

grave del empresario «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos» (art. 7.7 LISOS), así como:

El incumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de contratas al que se refiere el artículo 42.3 del ET, así como del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44.7 del mismo texto legal (art. 11 LISOS).

Y es infracción muy grave, por su parte:

Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 47 del ET (art. 8.3 LISOS).

<sup>26</sup> Como es lógico, y como expresamente exige el artículo 64.6 del ET, la información se deberá facilitar «en un momento» y «de una manera y con un contenido apropiados», para que permita a los representantes de los trabajadores «proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe», todo ello «sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso».

un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo». Con independencia de su formulación literal, a este bloque puede adscribirse, a tenor del artículo 64.5 del ET, tanto el derecho del comité a ser informado y consultado sobre determinados asuntos empresariales de interés para los trabajadores (situación y estructura del empleo en la empresa y evolución probable del mismo, decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo), como la facultad de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre otra importante serie de cuestiones de relevancia laboral (reestructuraciones de plantilla y ceses de trabajadores, reducciones de jornada, traslado total o parcial de las instalaciones, procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo, planes de formación profesional en la empresa, o implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo). Como antes decíamos para los de información, el deber de consulta implica unas exigencias mínimas de forma, tiempo y contenido (art. 64, párr. 6).

Hablábamos también, bien es cierto que con fines exclusivamente clasificatorios, de competencias «especializadas» de los representantes de los trabajadores, para aludir en el fondo a una serie de facultades o atribuciones que cumplen una función más específica, que tienen un destino algo más focalizado o que entrañan tareas de mayor singularidad. Aquí debemos referirnos, en primer término, a las competencias de vigilancia de los representantes unitarios de los trabajadores, que abarcan un amplísimo campo material (cumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social y de empleo, cumplimiento de los convenios colectivos, pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, observancia de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, y respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres) y que, en algunos casos, se desarrollan en concurrencia con otras formas de representación de configuración más particular (como los delegados de prevención). A este apartado pertenecen, asimismo, algunas competencias de participación que legalmente se atribuyen a los representantes unitarios, como la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares (que se supone que es tarea compartida, pero que ha de llevarse a efectos, en todo caso, conforme a lo establecido en convenio colectivo). Y a este capítulo deben incorporarse, finalmente, las facultades de formulación de quejas y acciones ante el empresario acerca de problemas o asuntos laborales, que se unen a su ya conocida legitimación para ejercer acciones administrativas y judiciales.

Como dijimos, cabe aún la identificación de un tercer capítulo de competencias de los representantes unitarios de los trabajadores, a las que se les podría dar, siempre con aquel objetivo formal de catalogación general, el nombre de «extravagantes», en su sentido de extraordinarias o, en su caso, de menos previsibles en un sistema de relaciones laborales

sustentado esencialmente sobre el derecho de libertad sindical. En este último recipiente pueden y deben incluirse tres ámbitos de actuación de los representantes unitarios de los trabajadores: la convocatoria de reuniones, la negociación de convenios colectivos y la promoción de medidas de huelga y conflicto colectivo. La primera de ellas está en verdad bastante próxima a los anteriores elencos de competencias básicas y competencias especializadas de los representantes unitarios de los trabajadores, no solo por razones de ubicación sistemática, sino también porque en cierto modo constituye, según su configuración estatutaria, una especie de prolongación y complemento de su función representativa ordinaria. Se trata de la «gestión», por decirlo así, del ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho de reunión en la empresa, a partir de lo dispuesto en el artículo 4.1 f) del ET y conforme a lo establecido en los artículos 77 a 80 del ET. Mucho se podría hablar de la razón de ser, el contenido y los efectos posibles de esta singular pieza de los derechos colectivos de los trabajadores en el sistema español, que sin duda guarda alguna conexión con el derecho de reunión reconocido con carácter general a los ciudadanos en el artículo 21 de la CE<sup>27</sup> y que, por lo demás, debe diferenciarse del que se reconoce de manera más específica a las secciones sindicales en el artículo 8 b) de la LOLS<sup>28</sup>. Pero basta decir aquí que su regulación legal atribuye un importante papel a los representantes unitarios de los trabajadores en su práctica y ejercicio, en tanto que están legitimados para convocar la asamblea (con más facilidad muy probablemente que los propios trabajadores) y que han de presidir y dirigir el desarrollo de las reuniones en todo caso, con la correspondiente responsabilidad respecto «del normal desarrollo de la misma, así como de la presencia en la asamblea de personas no pertenecientes a la empresa» (art. 77 ET).

La segunda competencia que hemos calificado de «extravagante» es la referida a la negociación colectiva, consignada en el artículo 87.1 del ET, según el cual están legitimados para negociar los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior el comité de empresa y los delegados de personal. No es, como se sabe, una competencia habitual de estas formas de representación en el panorama comparado, pero sí responde a una tradición muy

<sup>27</sup> No parece, por cierto, que los representantes unitarios de los trabajadores, al igual que estos mismos, puedan invocar el derecho de reunión reconocido con carácter general por el artículo 21 de la CE para la convocatoria de reuniones en la empresa, pues es obvio que el ejercicio de ese derecho en el contexto de las relaciones de trabajo no puede desconocer los derechos e intereses legítimos de la empresa, que se proyectan desde luego sobre sus instalaciones y medios materiales, pero que también abarcan aspectos ligados a la productividad. Es ciertamente difícil que con amparo exclusivo en aquel derecho constitucional puedan ser convocados los trabajadores para reunirse en locales que son propiedad del empresario, o para hacerlo durante el tiempo de trabajo, salvo, probablemente, en circunstancias extraordinarias de afectación a la seguridad o salud de las personas, como se admitió en alguna ocasión (como puede comprobarse, por ejemplo, en la STS de 30 de enero de 1989, sobre el conocido caso Alúmina-Aluminio).

<sup>28</sup> Repárese, por otra parte, en que la regulación estatutaria de la asamblea de trabajadores no concede facultades explícitas a los sindicatos o representantes sindicales, a diferencia de lo que dispone el artículo 46 del Estatuto básico del empleado público para los empleados públicos, incluidos, parece, los de régimen laboral.

asentada en el sistema español<sup>29</sup>, aunque tal vez camine en sentido de retroceso en comparación con el papel creciente de la representación sindical en la actividad de negociación colectiva de ámbito empresarial, especialmente en empresas de mediana o gran dimensión y, sobre todo, a partir de la preferencia otorgada expresamente por la ley. Tampoco es esta la ocasión más pertinente para profundizar en esta relevante función de nuestra representación unitaria, pero sí tiene sentido dejar constancia en este contexto de que la sencilla regla de legitimación del artículo 87.1 del ET puede tropezar con problemas de diversa consideración cuando dicha representación se compone dentro de una misma empresa de comités o delegados de personal de distintos centros de trabajo, en cuyo caso habrá que proceder al establecimiento de pautas o reglas adicionales de designación de los miembros de la comisión negociadora, salvo en la hipótesis, obviamente, de existencia de comité intercentros con dicha competencia (algo que, dicho sea de paso, también se puede plantear con ocasión de la apertura de procesos de consulta y negociación con fines de modificación de condiciones de trabajo o de reestructuración de plantillas). Por supuesto, habrá que admitir, aunque no se diga de forma expresa, que los representantes unitarios de los trabajadores también pueden promover o participar en la negociación colectiva extraestatutaria, pues al fin y al cabo encajan en la noción general de «representantes de los trabajadores» utilizada por el artículo 37.1 de la CE.

La tercera competencia perteneciente a este capítulo es la relativa a la promoción de medidas de conflicto colectivo de trabajo. Dos grupos de previsiones legales podemos traer ahora a colación. Del primero de ellos, seguramente el más destacado en este contexto, deriva la legitimación de la representación unitaria de los trabajadores para proceder a la convocatoria de huelga, en los términos del artículo 3.2 b) del DLRT, ya sabemos que revisados por la jurisprudencia constitucional<sup>30</sup>. El segundo de esos grupos se refiere más bien al terreno de las medidas de conflicto colectivo de trabajo distintas de la huelga, y gira en torno a la referencia que hace el artículo 19 del DLRT a «los representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto» a la hora de determinar los agentes legitimados para promover nuestro tradicional procedimiento de solución de conflictos laborales en sede administrativa.

<sup>29</sup> La Ley de 1958 atribuía legitimación para negociar «convenios colectivos sindicales» a «los vocales de los jurados de empresa o los enlaces sindicales que representen los intereses de los trabajadores afectados por el convenio» (art. 6), y la Ley de 1973 a «los vocales del jurado» y a los «enlaces sindicales, por los centros de trabajo en que no exista jurado», fórmula que no fue modificada por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (DLRT).

<sup>30</sup> En este contexto no está de más recordar que nuestra regulación de la huelga prevé una forma particular y circunstancial de representación de los trabajadores para esa eventual situación de paralización del trabajo. Es el comité de huelga, al que corresponde participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto y garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (arts. 5 y 6.7 DLRT).

Es evidente que dentro de esa fórmula encajan los representantes unitarios, conclusión que por otra parte queda corroborada por el artículo 154 de la LRJS, que atribuye legitimación a «los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o ámbito inferior» para iniciar el proceso judicial de conflicto colectivo mediante la correspondiente demanda. Son, todas ellas, habilitaciones legales que formalmente no entran en contradicción con el marco de posibilidades abierto por el artículo 37.2 de la CE para la adopción de medidas de conflicto colectivo, pero que respecto de las que de nuevo conviene advertir que es bastante probable que estemos hablando de funciones de los comités de empresa y delegados de personal que van quedando atenuadas o diluidas por la expansiva presencia de los sindicatos en estas parcelas de las relaciones de trabajo, aunque todavía no pueda decirse que sean competencias meramente hipotéticas o carentes de virtualidad. En cualquier caso, en su ejercicio habrá que estar pendientes, una vez más, de la imprescindible relación que debe existir entre el ámbito representado por los promotores (que puede ser la empresa o el centro de trabajo, como bien se sabe) y la proyección funcional de la correspondiente iniciativa. Y habrá que estar avisados, asimismo, del riesgo de fricción que puede provocar esta opción favorable a la pluralidad de sujetos legitimados que aún mantiene nuestro sistema para la adopción de medidas de huelga o conflicto colectivo, que desde luego se amortigua con el proceso de sindicalización de la representación unitaria que ya conocemos.

## 6. Mandato representativo y estatuto de deberes, facilidades y garantías de los representantes unitarios

La representación unitaria propia de nuestro sistema tiene carácter temporal, pero es susceptible de renovación periódica. La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa es, en principio, de 4 años, aunque renovable por periodos sucesivos, sin límite expreso, y sin perjuicio de su extinción anticipada por dimisión, revocación u otros actos válidos a ese fin (art. 67.3 ET)<sup>31</sup>. Se trata, por otra parte, de un mandato representativo, no imperativo, con el consiguiente espacio de libertad y autonomía para la fijación de la estrategia representativa y la correspondiente toma de decisiones, que siempre habrá de ajustarse, como es de rigor, al conocido marco de funciones y atribuciones, legal y convencional. Ello no es obstáculo, obviamente, para que también

<sup>31</sup> Quizá las mayores dificultades interpretativas acerca de la extensión temporal de dicho mandato se presenten con ocasión de ciertas vicisitudes del contrato de trabajo (como la excedencia) y, desde luego, con motivo de ciertos modos de extinción de la relación laboral, sobre todo con el despido. Ya se sabe que esta decisión empresarial entraña *per se* la conclusión del contrato, pero la declaración judicial de nulidad o, incluso, la de procedencia con opción por la readmisión pueden tener consecuencias relevantes para el ejercicio de la función representativa, como se desprende del artículo 284 c) de la LRJS (cuyas medidas también se aplican en el supuesto de ejecución provisional de las sentencias pendientes de recurso, a tenor del art. 302 LRJS).

hayan de observar, en relación con los representados, un deber explícito de información «en todos los temas y cuestiones» de su competencia, «en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» (art. 64.7 ET), ni para que hayan de atenerse, en términos más generales, al clásico deber de «representación leal». Por otro lado, y en lo que toca a la dirección de la empresa, los órganos de representación unitaria de los trabajadores tienen un deber de «colaboración» que es tal vez la mayor expresión de su vertiente participativa y que se proyecta sobre aspectos muy variados, algunos de estricto interés empresarial y otros más ligados al entorno de la empresa o, incluso, a la esfera personal y familiar del trabajador<sup>32</sup> («establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación» de la vida laboral y familiar).

También mira al lado empresarial el deber de «sigilo profesional» legalmente impuesto a los representantes de los trabajadores (art. 65.2 ET). Es un deber que rige durante el mandato, pero que se mantiene, incluso, tras la expiración del mismo, que afecta a los representantes en todo momento e «independientemente del lugar en que se encuentren», que se extiende llegado el caso a «los expertos» que asistan al comité de empresa o a los delegados de personal y que en buena lógica se debería entender aplicable a los miembros del comité intercentros, aunque no se diga expresamente. Con carácter general, el deber de sigilo «afecta a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado», y significa antes que nada deber de cuidado en el uso de información o documentación empresarial, aunque también puede entrañar deber de reserva o confidencialidad (Fernández, 1992)<sup>33</sup>. El deber de sigilo es, a la postre, la pieza que permite conectar y conjugar la labor de defensa y representación de los intereses de los trabajadores con aquella exigencia imprescindible de salvaguarda del interés legítimo de la empresa, y la que permite decir, si es que hiciera falta, que la introducción de estas fórmulas de representación y participación no responde a opciones alternativas o descalificadoras del actual sistema productivo, sino a criterios y coordenadas que, a fin de cuentas, forman parte del mismo.

<sup>32</sup> El deber de colaboración tiene por objeto, concretamente, el mantenimiento e incremento de la «productividad», la «sostenibilidad ambiental de la empresa» (si así estuviera pactado en convenio colectivo) y el «establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación» (de la vida laboral y familiar).

<sup>33</sup> En todo caso, dice el artículo 65.3 del ET que «ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega», con la precisión de que, de modo excepcional, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica, con exclusión de aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa (art. 65.4 ET). También precisa que los litigios que puedan suscitarse a propósito de esas decisiones empresariales podrán plantearse ante la jurisdicción social a través de proceso de conflictos colectivos, al igual que «los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo» (art. 65.5 ET).

En cualquier caso, del estatuto jurídico de los representantes de los trabajadores forman parte también las denominadas «facilidades y garantías»; las primeras para hacer viables y operativas las correspondientes funciones de representación y las segundas para evitar represalias o tratos injustos hacia el representante en el ámbito de la empresa. El Convenio número 135 de la OIT es quizá el mayor exponente de esa particular faceta de la representación de los trabajadores en la empresa, al exigir que los representantes de los trabajadores dispongan en la empresa «de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones» (art. 2) y que gocen de «protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores» (art. 1)<sup>34</sup>. Como era de esperar, la legislación española también ha previsto medidas de este tipo desde hace tiempo, no solo desde la aprobación de la primera versión del ET, sino, incluso, desde algunas normas pertenecientes al periodo preconstitucional<sup>35</sup>.

Hoy en día, las facilidades de los representantes unitarios –que en muchos casos se extienden a otros tipos de representantes de los trabajadores, como los delegados sindicales o los delegados de prevención de riesgos sindicales– se recogen principalmente en el artículo 68 del ET, cuyo rótulo habla exclusivamente de «garantías», pero que en realidad contiene también «facilidades». Unas y otras han de completarse con lo dispuesto en otros preceptos legales (como los arts. 51, 56 y 81 ET, o el art. 110.2 LRJS) y, como viene siendo habitual, por lo pactado a través de la negociación colectiva. Tres facilidades cabe identificar en la regulación vigente de rango legal: libertad de expresión de opiniones «en las materias concernientes a la esfera de su representación», unida a una específica libertad de información que se traduce en la facultad de «publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa»; disposición de «un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación», de acuerdo con una escala que tiene en cuenta el número de trabajadores del ámbito correspondiente y con amplias posibilidades de acomodación a través de convenio o pacto colectivo; y disposición de «un local adecuado», así como de «uno o varios tablones de anuncios», para desarrollar las actividades de representación y, en especial, para la comunicación con los trabajadores.

<sup>34</sup> Para las «facilidades» se matiza que habrán de tenerse en cuenta «las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada» y cuidando de que no perjudiquen «el funcionamiento eficaz de la empresa interesada», mientras que para las medidas de protección eficaz se precisa que habrán de proyectarse con independencia de «su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor».

<sup>35</sup> Así puede comprobarse, siempre con la advertencia de su peculiar contexto ideológico y político, en el Decreto 1878/1971, de 23 de julio, sobre «garantías de los cargos electivos sindicales» (derogado precisamente en 1980).

Entre las garantías en sentido estricto cabe citar la prohibición de discriminación «en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación»; la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas»; la prohibición de sanciones o despidos durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación y sin perjuicio de la aplicación de medidas disciplinarias por causa justificada; la obligación empresarial de «apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal», y la facultad de elección entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente<sup>36</sup>.

## 7. Reflexiones finales

La experiencia acumulada desde hace ya más de 4 décadas permite decir que la representación unitaria de los trabajadores está suficientemente asentada en el sistema español de relaciones laborales. No parece que haya razones para proceder a un cambio radical en su fisonomía, ni mucho menos para prescindir de ella por completo en favor de otras fórmulas de carácter más o menos alternativo, como pudiera ser la representación estrictamente sindical. Téngase en cuenta, además, que la representación unitaria es en nuestro sistema la base para otras formas de participación de los trabajadores más específicas, sobre todo para la que se ocupa de la prevención de riesgos laborales, y que constituye, como se sabe, una de las más importantes pistas de aterrizaje para la actividad de los sindicatos. Es evidente que su aportación concreta puede variar mucho de unas empresas a otras, e incluso de unos sectores a otros, y es también muy probable que su labor cotidiana quede un tanto oscurecida por la acción o el protagonismo de otros instrumentos de representación colectiva, pero no cabe dudar de su virtualidad para la tutela, reivindicación y defensa de los intereses de los trabajadores.

---

<sup>36</sup> La infracción por parte del empresario de estas reglas sobre facilidades y garantías puede tener consecuencias de diverso orden. Por supuesto, puede justificar el ejercicio de las pertinentes acciones y reclamaciones por parte del trabajador, entre ellas las de denuncia ante las instancias públicas de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral y las de carácter judicial. Pero también puede acarrear la imposición de sanciones de naturaleza administrativa, pues constituye infracción grave (art. 7.8 LISOS):

La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tabloneros de anuncios, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.

No parece, en cambio, que estos comportamientos del empresario puedan generar responsabilidad penal, por falta de tipificación a esos efectos, ya que difícilmente pueden ser considerados impedimentos o limitaciones al derecho de libertad sindical en el sentido del artículo 315 del Código Penal.



En definitiva, es una vía de representación que goza de un profundo anclaje en nuestra tradición laboral, que responde a un diseño legal razonable y que desempeña un papel difícilmente sustituible tanto en el sistema de relaciones laborales tomado en su conjunto, donde actúa a la postre como una especie de factor de ponderación y equilibrio, como en el interior de las empresas, donde es prácticamente imprescindible para la buena organización del trabajo y la gestión eficaz de los recursos humanos. No olvidemos, en fin, que es la única fórmula capaz de representar genuinamente al conjunto de los trabajadores, habida cuenta que nace del mandato de todos ellos y actúa para todos ellos sin distinción, al margen ahora de los umbrales mínimos que son necesarios para su constitución efectiva. Es una vía de participación, por así decirlo, de vocación y cobertura universal, dato nada desdeñable en un contexto en el que las cifras de afiliación sindical, y la disposición a ese tipo de vínculos organizativos, no parecen situarse en sus mejores niveles.

Tampoco hay que desconsiderar, por cierto, su probada utilidad como soporte para medir la representatividad de los sindicatos (a partir de las denominadas «elecciones sindicales»). Y ello con independencia en estos momentos, en tanto que nos conduciría a un campo de análisis bien diferente, del sesgo que desde este punto de vista pudieron marcar las últimas reformas legales de ese particular proceso electoral.

De todos modos, también vale la pena acompañar esa toma de posición netamente favorable para la representación unitaria con algunas reflexiones sobre su sentido más cabal o su configuración más apropiada, como por lo demás ha venido haciendo de vez en cuando la doctrina laboralista (Durán y Sáez, 1997; García, 2004; Palomeque, 2007). Tales reflexiones pueden girar, en principio, en torno a cuatro puntos de interés: su papel institucional, su base funcional, su régimen jurídico y sus nuevos retos ante el entorno actual. La reflexión sobre su papel institucional puede desplegarse por lo pronto en dos direcciones: el papel que *per se* corresponde o debiera corresponder a una representación de estas características y el papel que puede o debe desempeñar una vez que entra en concurrencia con la representación sindical. Todo ello tiene mucho que ver, como es natural, con su concepción legal y, sobre todo, con su elenco de competencias, que permiten dar a la representación unitaria la calificación de fórmula mixta en la que se añan objetivos de colaboración con la dirección de la empresa con otros rasgos más patentes de reivindicación y defensa de los intereses de los trabajadores.

Esa doble faceta, habitual por lo demás en este tipo de órganos (Montoya, 1968), es en nuestro caso de fácil explicación, y seguramente es inevitable, no solo por la dificultad de separar de forma nítida o contundente ambos planos de actuación, sino también porque la representación unitaria logró su pleno asentamiento en nuestro país en un momento de práctica ausencia de otras vías de representación de los trabajadores aptas para acoger, con mayor propiedad si cabe, algunas de esas vertientes. Hoy en día, sin embargo, esos otros cauces de representación colectiva del personal de las empresas, y concretamente la representación sindical, cuentan con suficiente rodaje e implantación como para ir asumiendo en exclusiva las funciones de signo más conflictivo o reivindicativo, con la consiguiente

posibilidad de acentuar la dimensión participativa y de colaboración de la representación unitaria, que tal vez sea la que resulte más apropiada a su razón de ser. Con esas premisas podría revisarse, por ejemplo, la legitimación de los comités de empresa y delegados de personal para la firma de convenios colectivos y la promoción de medidas de huelga y conflicto colectivo, y podría potenciarse, en contraste, su labor en los procesos de consulta con vistas a la adopción de determinadas medidas de reestructuración o reajuste dentro de la empresa, a sabiendas de que, en esto último, no ha sido ese, precisamente, el devenir de las últimas reformas legales.

También cabe hacer alguna consideración sobre la base funcional de nuestra representación unitaria, que, como según vimos, pivota alrededor de la noción de centro de trabajo, con todo lo que eso significa. Sin desconocer sus fundamentos y su justificación, el uso de ese módulo organizativo genera diversos problemas, algunos de mera interpretación y aplicación de la norma y muy ligados a la delimitación del ámbito susceptible de componer una instancia propia de representación, como ya tuvimos ocasión de poner de relieve, y otros más entroncados con el adecuado ejercicio por parte de los representantes unitarios de las correspondientes competencias, que muchas veces, y por motivos fáciles de comprender, están concebidas desde el prisma de la empresa y no exactamente desde la perspectiva del centro de trabajo, con el correspondiente riesgo de disfunción o desajuste. De cualquier manera, parece cada vez más claro que se trata de una opción demasiado tradicional y conservadora para los tiempos actuales, por la transformación tan profunda que ha venido sufriendo el sistema productivo. Ni las instalaciones o lugares de trabajo habituales se ajustan ya con tanta precisión al concepto clásico de centro de trabajo, ni, por otra parte, la actividad empresarial se organiza y se desarrolla de forma tan concentrada como en décadas pasadas, por no hablar de la realidad creciente de los grupos de empresas (Cruz, 1994) o de la rampante dimensión transnacional de las estructuras productivas (Gordo, 2019), con sus consiguientes necesidades en cuanto a la adecuada representación de los intereses de los trabajadores. Por lo tanto, parece muy recomendable un nuevo diseño del ámbito de proyección funcional de la representación unitaria en el que pudieran tener cabida espacios de trabajo distintos de lo que entendemos estrictamente por centro de trabajo y en el que también se pudieran tener en cuenta las relaciones entre empresas con fines productivos, con el objetivo, en este segundo caso, de conseguir formas de representación conjunta o cuando menos compartida, un poco más allá de lo que hoy en día, con loable perspicacia del legislador, se prevé para los supuestos de subcontratación de obras y servicios o de articulación entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias.

La referencia a su base funcional nos permite, a su vez, conectar con la tercera de las reflexiones propuestas, relativa al régimen jurídico que ofrece nuestra legislación actual para la representación unitaria, que ya sabemos que sigue estando muy condicionada por sus precedentes. Tal vez la primera cuestión que habría que abordar desde este concreto punto de vista sea la que se refiere a la relación más apropiada entre la ley y el convenio colectivo en el tratamiento de esta materia, algo que verdaderamente tenía poco sentido, o escaso margen de maniobra, en el momento de consolidación de la representación unitaria entre

nosotros. Convendría, sobre todo, calibrar la dosis necesaria o más pertinente de intervención legal, pues es muy probable que, con la experiencia acumulada y la firmeza actual de estas vías de representación de los trabajadores, la norma legal pueda reducir su presencia para incrementar el espacio posible de la negociación colectiva, a la que no le resulta nada extraña esta materia, como es perfectamente sabido. La intervención legal, por decirlo de otro modo, podría perseguir más bien fines de diseño global y estructura básica, para dejar la regulación más profunda y minuciosa a la norma convencional, más cercana a los lugares de trabajo y más consciente, por lo tanto, de las necesidades de cada sector o cada empresa.

Hoy en día, muchos pasajes legales parecen pecar de sobreabundancia, como es el caso, quizá el más visible, del que se dedica a delimitar el cuadro de competencias, que, por otra parte, es susceptible de una ordenación sistemática más correcta, más comprensible y mejor articulada, dicho sea de paso, con los preceptos conexos que se contienen en el propio ET o en otras piezas del ordenamiento jurídico. En general, también podría decirse que el texto legal vigente admite mejoras de redacción. Podría valer la pena, en fin, incorporar al texto legal muchas de las aclaraciones que durante todas estas décadas ha ido haciendo la jurisprudencia, que de forma global puede servir perfectamente como guía u orientación para una construcción más precisa y eficiente del régimen legal.

La última reflexión va referida, como dijimos, a los desafíos del entorno. Por una parte, y como es inevitable, la representación unitaria se ve inmersa en todo un proceso de cambio que afecta al sistema económico, a la vida social y al entramado jurídico. Es fácil advertir, por lo pronto, nuevas pautas de organización de las actividades productivas, que están siendo impulsadas en buena medida por el fenómeno de la globalización y los avances de la tecnología, y que tienen entre sus principales consecuencias una nueva clase de iniciativas empresariales, una nueva manera de abordar las actividades productivas, una mayor tendencia a la fragmentación de los procesos de producción y, en general, un nuevo ritmo de funcionamiento del sistema económico y empresarial. También es patente la reconfiguración del trabajo, muy contaminado ya de la inestabilidad e incertidumbre de las organizaciones productivas, cada vez más orientado hacia la prestación temporal y cada vez más influido por los dispositivos de base electrónica o informática. Es evidente, por otro lado, el proceso de renovación y expansión del ordenamiento jurídico, en el que van cobrando cada vez mayor protagonismo nuevas líneas de regulación como la protección de datos personales, el uso de dispositivos digitales, la tutela de los secretos empresariales o la apertura de cauces específicos para la denuncia de infracciones o actos ilícitos en la empresa, por dar tan solo algunos ejemplos. No pueden olvidarse, en fin, las nuevas ideas y tendencias sociales, entre ellas la lucha por un mayor grado de transparencia en el ejercicio de funciones de relevancia pública o por una mayor presencia de la mujer en instancias de decisión y gobierno.

Todo ello puede incidir, en definitiva, en el papel de la representación unitaria o en el ejercicio de muchas de sus competencias. A tal efecto requiere, con seguridad, un repaso de su actual configuración y en algún caso hasta el replanteamiento de alguno de sus aspectos, con el fin, por ejemplo, de precisar el alcance de los derechos de información, de

atender la salvaguarda de derechos individuales en el contexto de la representación colectiva, de dar apropiada cabida a los dispositivos tecnológicos o digitales, de profundizar en su ingrediente democrático mediante la limitación de mandatos o de garantizar la presencia de la mujer trabajadora en su organigrama.

## Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2019). *Libertad sindical, representación y otros derechos colectivos en el empleo público: cuestiones de interés*. Albacete: Bomarzo.
- Alonso Olea, M. (1966). El futuro de la participación en la gestión. En G. Bayón Chacón y M. Alonso Olea (Coords.), *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa* (pp. 283-295). Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.
- Álvarez Alonso, C. (2019). *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bayón Chacón, G. (1966). Posibilidades de evolución del sistema de participación de los trabajadores en la empresa. En G. Bayón Chacón y M. Alonso Olea (Coords.), *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa* (pp. 205-219). Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1981). La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Trabajadores. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 6, 149-170.
- Biagi, M. (1992). *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Calvo Espiga, A. (1990). *La participación del trabajador en la empresa: «El Estatuto de los Trabajadores de 1980» en el entorno europeo*. Vitoria: Eset.
- Cruz Villalón, J. (1986). El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Coord.), *Comentarios a la Ley de libertad sindical: Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical* (pp. 219-288). Madrid: Tecnos.
- Cruz Villalón, J. (1994). *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Madrid: Trotta.
- Cuevas López, J. (1982). *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Pamplona: Aranzadi.
- Durán López, F. (1976). *La acción sindical en la empresa: su protección legal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Durán López, F. y Sáez Lara, C. (1997). *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*. Madrid: Civitas.
- Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R. (2004). La representación de los trabajadores en los centros de trabajo: el estado de la cuestión. En R. Escudero Rodríguez y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores* (pp. 1-22). Madrid: La Ley.

- Fernández Docampo, B. (2006). *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández López, M. F. (1992). El deber de sigilo de los representantes del personal. *Actualidad Laboral*, 1, 125-143.
- García Muñoz, M. (2016). *El carácter sindical de la representación unitaria*. Pamplona: Aranzadi.
- García Murcia, J. (2004). Delegados de personal y comités de empresa. En R. Escudero Rodríguez y J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. Madrid: La Ley.
- Gordo González, L. (2019). *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jeammaud, A. (1992). Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa. En J. Aparicio Tovar y P. Baylos Grau (Dir.), *Autoridad y democracia en la empresa* (pp. 179-190). Madrid: Trotta.
- Lahera Forteza, J. (2019). El sistema de representación de los trabajadores en la empresa. En F. Valdés Dal-Ré y A. Perulli (Dir.), *Lecturas de derecho laboral español e italiano* (pp. 47-67). Valencia: Giapichelli/Tirant lo Blanch.
- Martín Valverde, A. (1980). El proyecto de Ley de intervención obrera de la Segunda República española. En *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón* (pp. 279-294). Madrid: Tecnos.
- Martín Valverde, A. (1985a). La acción sindical en la empresa en la Ley orgánica de libertad sindical. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 7, 129-142.
- Martín Valverde, A. (1985b). La transformación del derecho del trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984 de reforma del Estatuto de los Trabajadores. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Coord.), *Comentarios a la nueva legislación laboral* (pp. 37-42). Madrid: Tecnos.
- Matía Prim, J. (1994). Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral. En F. Valdés Dal-Ré (Dir.), *La reforma del mercado laboral* (pp. 13-36). Valladolid: Lex Nova.
- Monereo Pérez, J. L. (1992). *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas.
- Montoya Melgar, A. (1968). *La representación sindical en la empresa*. Sevilla: Instituto García Oviedo.
- Ojeda Avilés, A. (1978). *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la Ley de cogestión 1976*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Palomeque López, M. C. (2007). La participación de los trabajadores en la empresa: una revisión institucional. En *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores. Viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 33-65). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Poole, M. (1995). *Hacia una nueva democracia industrial: la participación de los trabajadores en la industria*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Rey Guanter, S. del. (1988). *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas*. Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Rivero Lamas, J. (1969). *Estructura de la empresa y participación obrera. Estudio sobre el jurado de empresa*. Barcelona: Ariel.



- Rivero Lamas, J. (2010). *La democracia en la empresa*. Granada: Comares.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1978). El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En M. Alonso Olea (Dir.), *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo* (pp. 35-39). Murcia: Colegio de Abogados de Murcia.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (1979). La participación de los trabajadores en la empresa. *Revista de Política Social*, 121, 415-437.
- Sáez Lara, C. (1992). *Representación y acción sindical en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Valdés Dal-Ré, F. (1980). Democracia industrial en Europa: balance de un debate. En *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón* (pp. 487-522). Madrid: Tecnos.
- Vida Soria, J. (1967). El sistema español de participación de los trabajadores en la administración de las empresas (aspectos orgánicos). En G. Bayón Chacón y M. Alonso Olea (Coords.), *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa* (pp. 179-191). Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.
- Villa Gil, L. E. de la. (1980). *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.



# Propuestas de reforma del marco legal de la negociación colectiva

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València*

**Eva López Terrada**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València*

## Extracto

El sistema español de negociación colectiva presenta importantes disfunciones que sería conveniente corregir. El presente trabajo analiza dichas disfunciones con la intención de proponer, en cada caso, posibles y concretas vías de superación. Además, el estudio enfatiza la importancia del diálogo social y el consenso en la reforma de la negociación colectiva, la existencia de una función promocional que constitucionalmente corresponde al legislador y la conveniencia de propiciar un modelo de relaciones laborales basado en «más y mejores convenios colectivos» en el momento normativo y «más y mejores mediaciones/arbitrajes» en el momento aplicativo.

**Palabras clave:** negociación colectiva; Estatuto de los Trabajadores; propuestas de reforma.

Fecha de entrada: 09-12-2019 / Fecha de revisión: 02-02-2020 / Fecha de aceptación: 03-02-2020

**Cómo citar:** Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2020). Propuestas de reforma del marco legal de la negociación colectiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 229-254.



# Proposals for reforming the legal framework of collective bargaining

Tomás Sala Franco

Eva López Terrada

## Abstract

The Spanish collective bargaining system has significant dysfunctions that would be appropriate to correct. This work analyses these dysfunctions with the intention of proposing, in each case, possible and concrete ways of overcoming. In addition, the study emphasizes the importance of social dialogue and consensus in the reform of collective bargaining, the existence of a promotional function that constitutionally belongs to the legislator, and the desirability of fostering a model of relations based on «more and better collective agreements» at the normative moment and «more and better mediations/arbitrations» at the time of the application.

**Keywords:** collective bargaining; Workers' Statute; reform proposals.

**Citation:** Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2020). Proposals for reforming the legal framework of collective bargaining. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 229-254.







## Sumario

1. Consideraciones preliminares
  2. Los presupuestos para una reforma de la negociación colectiva
  3. La necesidad de «revertir» la reforma laboral de 2012
    - 3.1. La ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios
    - 3.2. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de una pluralidad de empresas afines
    - 3.3. Las inaplicaciones del convenio colectivo
  4. La mejora del marco regulador de la negociación colectiva: otras cuestiones implicadas
    - 4.1. La regulación de las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva
    - 4.2. Las reglas de legitimación para negociar
    - 4.3. La determinación del convenio colectivo supraempresarial aplicable
    - 4.4. La regulación de la estructura de la negociación colectiva
    - 4.5. El contenido de los convenios colectivos
    - 4.6. El procedimiento de negociación
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Consideraciones preliminares

El preacuerdo alcanzado el 14 de diciembre de 2018 entre el Gobierno y los sindicatos más representativos –considerado como una ruptura unilateral del diálogo social por parte de CEOE-CEPYME– se centró en la necesidad de derogar los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012. Entre ellos se mencionaban, como es conocido por todos, dos temas clave del marco regulador del sistema español de negociación colectiva: el relativo a la ultraactividad de los convenios colectivos y el relacionado con la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

La necesidad de reformar ambas cuestiones aparece, igualmente, en el documento «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España», que desarrolla el preacuerdo alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos para conformar un Gobierno de coalición. El texto del preacuerdo se refiere, sin embargo, a la necesidad de elaborar un nuevo Estatuto de los Trabajadores (ET) que, entre otras cosas, cuente con el papel de la negociación colectiva como elemento de reequilibrio necesario «previo diálogo con los agentes sociales». Del mismo modo, en el preacuerdo, la derogación de la reforma laboral de 2012 y la recuperación del papel de los convenios colectivos se plantean «en el marco del diálogo social» y se concretan, por lo que a la negociación colectiva respecta, no en dos sino en tres extremos: la derogación de las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo; la derogación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales; y la revisión del mecanismo de inaplicación de los convenios colectivos, orientándolo al descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves.

La inminencia del proceso reformador hace, pues, innecesaria cualquier justificación acerca de la oportunidad del objeto de análisis del presente estudio, que, entendemos, exige llevar a cabo un proceso de reflexión detenido que permita detallar, más allá de la genérica afirmación sobre la necesidad de una «contrarreforma» en los extremos señalados, específicas propuestas de mejora de la actual regulación del título III del ET.

## 2. Los presupuestos para una reforma de la negociación colectiva

No obstante, de manera previa a la enumeración de los específicos contenidos que deberían modificarse, es conveniente referirse a los presupuestos de los que tendría que partir

cualquier reforma del marco normativo español del sistema de negociación colectiva, presupuestos que conectan, a nuestro juicio, con dos consideraciones fundamentales.

La primera de ellas guarda relación con las consecuencias del reconocimiento constitucional de un derecho a la negociación colectiva que el legislador debe «garantizar», pues de tal reconocimiento deriva –pese al amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva del que goza el legislador– que esa libertad no sea absoluta (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 119/2014, de 16 de julio). El reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el artículo 37.1 de la Constitución española (CE) supone la superación de la mera idea de libertad de negociación como esfera libre de injerencias –confirmada en su momento, para distinguirse del derecho anterior, por las constituciones de las democracias poscorporativas como la española, la italiana o la portuguesa– y asegura, según ha mantenido el propio Tribunal Constitucional, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde, en consecuencia, «cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado» (STC 208/1993, de 28 de junio).

Pese a ello, el análisis de las sucesivas reformas legales sobre la negociación colectiva demuestra que estas últimas generalmente no han partido de una clara y rotunda concepción promocional de la misma como algo positivo, sino que han restado, incluso, en ocasiones, capacidad negocial a las partes mediante intervenciones legales puntuales. Es cierto que este tipo de intervenciones no se han producido exclusivamente en nuestro país, sino que, especialmente en los países europeos más afectados por la última crisis económica y financiera, pueden detectarse políticas estatales que «han retirado el apoyo a la negociación colectiva» (Organización Internacional del Trabajo –OIT–, 2017, p. 54). Aunque dichas políticas –en general también favorables a la descentralización negocial, la disminución del protagonismo del convenio de sector y la limitación de la ultraactividad de los convenios– no han demostrado su aptitud para revertir la crisis, sí pueden haber influido, al fortalecer las prerrogativas empresariales en la modificación de las condiciones de trabajo, en el incremento de la desigualdad social y en el debilitamiento de la capacidad reguladora de la negociación colectiva. Ante tal diagnóstico, se coincide en destacar desde instancias internacionales y académicas el mismo mensaje que deriva de nuestro texto constitucional: la importancia que presenta la instauración de marcos normativos adecuados, que promocionen la negociación colectiva, evitando la erosión de su relevancia en el futuro (Cruz, 2019a, pp. 21-22; Leonardi y Pedersini, 2018, pp. 32-35; OIT, 2015, p. 10).

El segundo presupuesto del que debería partir cualquier reforma en una regulación tan crucial como esta se refiere a la necesidad de que se trate de una reforma consensuada. Es de todos conocido, sin embargo, que la última reforma en la materia llegó a contradecir los acuerdos logrados entre los agentes sociales mediante lo que podría fácilmente calificarse de «deriva autoritaria». Cabe recordar que, en su Informe de 22 de enero de 2015, el

Comité Europeo de Derechos Sociales afirmaba que este comportamiento no se ajustaba al artículo 6.2 de la Carta social europea de 1961: al afectar la reforma de manera fundamental a la reglamentación de la negociación colectiva y a las condiciones laborales, el comité consideraba que el Gobierno había fracasado en la promoción de la negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte. Tampoco debe perderse de vista que, en el caso 2947 del 371 Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, se advertía de la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva sean compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas, y se invitaba al Gobierno a promover el diálogo social para conseguir este objetivo desde la perspectiva de los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivados de los convenios de la OIT sobre estas materias.

Debe tenerse presente, por ello, lo establecido en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito por los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CC. OO. y UGT) el 25 de enero de 2012. Adelantándose a la reforma laboral de 2012, los agentes sociales lanzaron un mensaje al Gobierno de que los aspectos de la negociación colectiva referidos a su estructura y contenido pertenecen a la esfera de sus competencias y que cualquier intromisión legal en estas materias resultaría de difícil defensa frente a una eventual acusación de inconstitucionalidad de la misma.

Los interlocutores sociales efectuaban, más concretamente, tres recomendaciones fundamentales en materia de estructura de la negociación colectiva:

- Que los convenios colectivos de ámbito estatal o, en su defecto, de comunidad autónoma desarrollen reglas de articulación y vertebración de la negociación colectiva, «apostando de forma decidida a favor de la descentralización de la misma», explicitando formalmente esta voluntad articuladora y promocionadora de la descentralización negociadora.
- Que los convenios sectoriales propicien la negociación de empresa, «a iniciativa de las partes afectadas» en las materias de jornada, funciones y salarios, «por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias».
- Que se preserve el ámbito provincial de negociación favoreciendo que tales convenios «potencien la flexibilidad que la (empresa) necesita para adaptarse a un mercado cambiante y competitivo», pero «sin olvidar que (el ámbito provincial) es el ámbito de negociación que más cobertura facilita a empresas y trabajadores». Las organizaciones empresariales y sindicales firmantes defendían así un nivel de negociación criticado por todos, si bien de muy difícil sustitución, salvo que se pretenda suprimir la negociación colectiva en un altísimo porcentaje de empresas y trabajadores de este país o salvo que se los quiera reducir al ámbito de aplicación de los convenios colectivos sectoriales estatales o de comunidad autónoma, de necesario contenido reducido y genérico, como se ha suscitado en ciertos foros empresariales.

Además, se efectuaron una serie de recomendaciones en orden a la inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo (extintivos o suspensivos), señalando la conveniencia de establecer en los convenios colectivos sectoriales «cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo», sin que ello afectase a la regulación legal de los artículos 41.6 y 82.3 del ET, relativos, respectivamente, a las modificaciones sustanciales de las condiciones establecidas en el convenio colectivo estatutario y a los descuelgues salariales.

Con posterioridad, el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 indicó de manera más genérica que el desarrollo y aplicación de los compromisos y objetivos en él señalados no serían posibles:

[...] sin un procedimiento ágil de negociación de los convenios y de resolución de las posibles discrepancias de acuerdo con lo previsto en los sistemas de auto-composición de conflictos de carácter estatal o autonómico; y sin una adecuada vertebración y articulación en los distintos ámbitos negociales.

Dicho acuerdo, que también recogía recomendaciones en caso de inaplicación de condiciones pactadas en convenio, se refería al tema de la ultraactividad, proponiendo a las partes negociadoras actuar, en primer lugar, sobre la regulación de la misma «posibilitando la continuidad de las unidades de negociación, primándose para ello la buena fe negocial» y, en su caso, utilizar también la opción de los acuerdos parciales durante el proceso de negociación para la renovación del convenio o para la constitución de una nueva unidad negociadora.

### 3. La necesidad de «revertir» la reforma laboral de 2012

Según se ha indicado, en el «programa reformador» del actual Gobierno se menciona expresamente la necesidad de «contrarreformar» tres aspectos fundamentales en materia de negociación colectiva: la ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios; la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas y de empresas vinculadas; y las inaplicaciones o descuelgues convencionales tal y como se regularon en la reforma de 2012.

#### 3.1. La ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios

La vigente regulación de la ultraactividad de los convenios estatutarios es, seguramente, una de las medidas del actual marco normativo que casa peor con la promoción de la

negociación colectiva que se reclama desde instancias internacionales y que deriva, en todo caso, del mandato del artículo 37.1 de la CE. Se trata de una regulación que establece criticablemente la ultraactividad normativa del convenio en 1 año de duración y, para el caso de inexistencia de un nuevo convenio colectivo o de un laudo arbitral sustitutivo en esa fecha, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, si lo hubiere (art. 86.3 ET)<sup>1</sup>. Se trata, pues, de una regulación que puede abocar «al vacío» a falta de convenio de ámbito superior. En consecuencia –aunque se haya visto atemperada por la propia práctica de los negociadores, por la consideración de la cláusula de ultraactividad contenida en el convenio anterior como el «pacto en contrario» al que se refiere el último párrafo del art. 86.3 ET (Sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 17 de marzo de 2015, rec. 233/2013) o por una cuestionable interpretación jurisprudencial para tratar precisamente de evitar ese vacío (vid. STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014)– cabría defender que existen, desde luego, «soluciones intermedias» entre la de la reforma de 2012 y la de mantener *sine die* la ultraactividad normativa de los convenios colectivos.

Así, por ejemplo, cabría pensar en la «fórmula belga» de incorporación al contrato de trabajo individual (Cruz, 2019a, p. 359) «rebajando», en estos casos, la naturaleza normativa de las condiciones del convenio colectivo a contractual, si bien no por la vía jurisprudencial (como hizo la mencionada STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014), sino por la vía legal (Monreal, 2018, pp. 143 y ss.).

Una solución de este tipo no evitaría, sin embargo, la situación de vacío respecto a las materias de general aplicación en la empresa o confiadas por la ley a la autonomía colectiva en exclusiva y, además, obligaría a resolver lo que pueda suceder con las condiciones contractualizadas de cara a sus eventuales modificaciones por parte del empresario «ex artículo 41 del ET» y exigiría precisar el alcance de la contractualización. Y es que, al ser la técnica de la contractualización «extraña» a la propia configuración del sistema de fuentes del derecho del trabajo (STS de 5 de junio de 2018, rec. 364/2017), quedaría sin determinar su ámbito aplicativo, por lo que resultaría necesario concretar, entre otros muchos aspectos, si, desde un punto de vista subjetivo, las condiciones contractualizadas alcanzan al personal pasivo de la empresa (en contra, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 46/2019, de 26 de marzo) o si, desde un punto de vista objetivo, existen límites materiales a la contractualización, tales como las cuestiones que atañen a los derechos colectivos de los trabajadores (vid., por todas, STS de 20 de diciembre de 2016, rec. 2017/2015).

En consecuencia, la solución óptima, a nuestro juicio, podría ser la de que, en el caso de que no se llegase a un acuerdo de revisión o de sustitución (hacia arriba o hacia abajo) de la anterior unidad de negociación del convenio colectivo anteriormente aplicable o de ruptura expresa y formal de las negociaciones en el plazo de tiempo correspondiente, las partes acudan a los procedimientos de solución extrajudicial establecidos en los acuerdos

<sup>1</sup> Vid. Molina (2014).

interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del ET o en los convenios colectivos ordinarios como parte de su contenido mínimo (art. 85.3 c) ET, que habría que modificar en tal sentido), dándose el necesario paso de establecer el carácter obligatorio del arbitraje, creando así la figura del «arbitraje voluntario/obligatorio», esto es, «voluntario» porque ha sido pactado por los representantes sindicales y empresariales en los acuerdos interprofesionales y «obligatorio» porque las concretas partes en conflicto deberán someterse necesariamente a él, sorteando así cualquier problema de inconstitucionalidad (Sala, 2013, p. 1.221).

De esta manera, se evitaría el mantenimiento *sine die* de la ultraactividad normativa del convenio colectivo anterior y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior (territorial o funcionalmente) o la aplicación, en su caso, de la legislación laboral general, fórmulas todas ellas que plantean indudables problemas de aplicación: el mantenimiento de la ultraactividad *sine die*, porque la institución no está pensada para ello; la aplicación de la legislación general, por los problemas reales y prácticos «de vuelta atrás» que ello implica en todas las condiciones de trabajo; y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, porque puede no existir y, en el caso de que exista, pudiera ocurrir que el recurso a la aplicación del convenio superior no solucionase los problemas dado su contenido previsiblemente limitado.

En caso de descartarse esta fórmula –que ha planteado, a nuestro juicio erróneamente (Sala, 2013, p. 1.221), alguna polémica acerca de su constitucionalidad (hay quien defiende su inconstitucionalidad por afectar al contenido esencial de la autonomía colectiva) y, sobre todo, acerca de su aplicación, por cuanto los agentes sociales (sobre todo, la parte empresarial) se muestran reacios a su implantación– cabría pensar, por último, en la que adoptaron los denominados «acuerdos de cobertura de vacíos» sustitutivos de las viejas reglamentaciones de trabajo u ordenanzas laborales, estableciendo un límite temporal (de 1 o de 2 años) a la ultraactividad normativa de los convenios colectivos y manteniendo únicamente la vigencia ultraactiva *sine die* de la clasificación profesional, del régimen disciplinario, del tiempo de trabajo y de las retribuciones. Piénsese en este sentido en los problemas que plantea la supresión de la ultraactividad en materia retributiva y la vuelta al salario mínimo interprofesional sin distinción de grupos profesionales; o en las dificultades empresariales para realizar nuevas contrataciones sin un sistema de clasificación profesional convencional; o la imposibilidad de aplicar un régimen disciplinario sin la necesaria regulación convencional.

### 3.2. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de una pluralidad de empresas afines

Otra de las medidas que a duras penas casa con la promoción de la negociación colectiva que constitucionalmente corresponde al legislador es la prioridad aplicativa atribuida a los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de empresas vinculadas por razones

organizativas o productivas, que también ha querido atemperar la jurisprudencia a través de vías diversas, como la exigencia del principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales (que impide negociar –por todas, SSTs de 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011, y 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, seguidas por muchas otras– convenios de empresa que afecten a varios centros de trabajo con representantes unitarios de uno de ellos); la interpretación estricta del reparto material efectuado (que, en sentencias como la de 1 de abril de 2016, rec. 147/2015, se entiende, se refiere a la cuantía salarial, pero no a la estructura, de manera que los conceptos del convenio de sector deben mantenerse); o la exclusión de la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito inferior a la empresa (SSTs de 22 de septiembre de 2016, rec. 248/2015, y 9 de mayo de 2017, rec. 115/2016).

A nuestro juicio, el principal problema reside en que, tras la reforma de 2012, tal prioridad se estableció con carácter imperativo y sin posibilidad de pacto en contrario en los acuerdos y convenios colectivos estatales o autonómicos a que se refiere el artículo 83.2 del ET, suprimiéndose el carácter dispositivo que establecía el anterior artículo 84.2 del ET<sup>2</sup>.

No debe perderse de vista que este precepto contradujo abiertamente por ello, como se ha indicado, lo pactado por los agentes sociales en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 25 de enero de 2012, habiendo sido por lo tanto contestado por los mismos. En consecuencia, cabría proponer la vuelta de esta prioridad aplicativa a los términos que establecía el Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio, en cuya virtud la prioridad aplicativa de este tipo de convenios colectivos tenía naturaleza dispositiva y no imperativa, dejando en manos de la negociación de ámbito superior su efectiva promoción.

No obstante, si no se quisiera convertir en dispositiva la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y afines, cabría aquí proponer –al margen de la pervivencia de los descuelgues para las situaciones de crisis empresarial– una limitación de la prevalencia a las empresas de más de 50 trabajadores y, en todo caso, un replanteamiento del reparto material existente, al menos, en materia salarial, puesto que son evidentes las consecuencias negativas que tiene en términos de *dumping* social y de pérdida del poder adquisitivo de la reducción salarial sufrida desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 para muchos trabajadores sometidos a convenios de empresa. Este reparto material, prescindiendo de las problemáticas distinciones entre la estructura salarial y su cuantía o entre las percepciones salariales y extrasalariales, debería permitir a los convenios de empresa desplegar todo su potencial para adaptar las cuestiones salariales a las características y necesidades del caso concreto, pero exigiéndoles al mismo tiempo –en línea con la mejor tradición europea– respetar el «salario global mínimo» fijado en el convenio colectivo de sector, evitando con ello la generalización de una competencia salarial a la baja. De esta forma, correspondería a los convenios de ámbito superior la competencia para fijar la cantidad mínima a percibir por todos los trabajadores del sector y, simultáneamente, concedería a los

<sup>2</sup> Vid., por todos, Casas (2016) y Mercader (2015).



convenios de empresa capacidad para decidir cómo pagar esa cantidad –la estructura y los criterios de devengo– y, eventualmente, su mejora (López y Todolí, 2015, pp. 752-753).

### 3.3. Las inaplicaciones del convenio colectivo

En cuanto a la regulación de los descuelgues o inaplicaciones de los convenios colectivos en las empresas, cabría compartir la propuesta contenida en el preacuerdo firmado entre el PSOE y Unidas Podemos en un doble sentido: en primer lugar, cabe compartir la necesidad de limitar el alcance de los descuelgues a las empresas en crisis mediante la restricción de la «excesiva» definición de las causas establecidas; y, en segundo lugar, frente a los restantes mecanismos que pueden barajarse para hacer llegar la negociación colectiva a las pymes (Sala y López, 2018, pp. 67-68), cabe compartir la necesidad de mantenimiento del mecanismo de descuelgue para las empresas que justifiquen la existencia de causas para ello de acuerdo con un procedimiento garantizador.

Parece conveniente recordar a este respecto, en apretada síntesis, que los intentos de instaurar una negociación colectiva a este nivel chocan, de un lado, con la generalizada falta de voluntad en estas empresas para negociar un convenio colectivo y, de otro, con la ausencia de interlocutores legitimados legalmente, por cuanto no existen representantes unitarios ni sindicales y las soluciones legalmente establecidas para los supuestos de negociación/consulta en traslados, modificaciones sustanciales colectivas, en suspensiones, despidos colectivos o en las propias inaplicaciones plantean a su vez serios problemas.

En efecto, la «fórmula asamblearia» de designación de representantes de los trabajadores a estos efectos no ofrece garantías legales de protección a los mismos y con ella, además, se corre el riesgo de «*dumping social*» entre empresas de la competencia (facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean «afines» a la misma que puede no tener otra de la competencia). Y la «fórmula sindical» plantea el problema de la actualmente constatable «desafección sindical» en este tipo de empresas, si bien no existe mayor problema para entender que el acuerdo resultado de la negociación es, en este caso, un producto de la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE.

En cuanto al arbitraje final legalmente previsto a realizar por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano autonómico equivalente), es cierto que podía adolecer de inconstitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional anterior a la STC 119/2014, de 16 de julio, que lo declaró conforme con la Constitución. Ahora bien, lo que no implica duda alguna, a la vista del funcionamiento «normal» de estos órganos, concebidos desgraciadamente, por el escaso desarrollo de una cultura negociadora en los interlocutores sociales, solamente como «órganos de representación de intereses» y no como «órganos de consenso de voluntades» por encima de los intereses que sin duda representan los partícipes en los mismos, es que en la práctica se tratará normalmente de «arbitrajes administrativos», decididos por la representación gubernamental ante la falta de consenso.

Por eso, la solución podría pasar, como en el caso de la ultraactividad, por el establecimiento en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos colectivos del artículo 83.2 del ET (Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales –ASAC– y otros acuerdos autonómicos) de un «arbitraje voluntario/obligatorio» (*vid. supra*). La polémica existente en torno al mismo podría responder a distintas razones: falta de cultura arbitral, recelos con los árbitros, pérdida de protagonismo de los propios agentes sociales o dificultades reales para convencer a las correspondientes bases de la bondad del procedimiento, todas ellas salvables con una voluntad política decidida.

## 4. La mejora del marco regulador de la negociación colectiva: otras cuestiones implicadas

La apertura de un proceso de reforma del marco regulador de la negociación colectiva debería implicar, además de la modificación de los puntos críticos mencionados, la de otras muchas cuestiones cuya revisión puede contribuir, en mayor o menor medida, a la corrección de algunas de las disfunciones actualmente presentes en nuestro sistema de negociación.

### 4.1. La regulación de las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva

Así, sin ánimo de exhaustividad alguno, cabría mencionar, en primer lugar, las disfunciones procedentes de la coexistencia en nuestro ordenamiento de varios tipos de pactos colectivos, todos ellos amparados por el artículo 37.1 de la CE, cuyo régimen jurídico no está lo suficientemente claro, planteando especiales problemas de concurrencia entre ellos (Sala, 2017, pp. 24 y ss.). Así:

- Los convenios colectivos (pactos colectivos de contenido amplio) y los acuerdos colectivos (pactos colectivos de contenido reducido).
- Dentro de los convenios colectivos, los convenios colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios, según estén o no regulados por el título III del ET.
- Dentro de los convenios colectivos estatutarios, los convenios colectivos ordinarios, los convenios colectivos marco y los convenios colectivos mixtos.
- Y, dentro de los acuerdos colectivos, los acuerdos colectivos interprofesionales (marco o sobre materias concretas) y los acuerdos colectivos supraempresariales o de empresa de muy distinta finalidad: acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (art. 22.1 ET: el sistema de clasificación profesional; art. 24.1 ET: el régimen de los ascensos; art. 29.1 ET:

el recibo de salarios; art. 31.1 ET: la fijación de la fecha de cobro de la segunda paga extraordinaria; art. 34.2 ET: la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; art. 34.3 ET: el límite de 9 horas ordinarias diarias de trabajo efectivo; art. 67.1 ET: la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla); acuerdos colectivos de empresa de inaplicación de convenios colectivos estatutarios; acuerdos colectivos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo; acuerdos colectivos de empresa modificativos de condiciones de trabajo de naturaleza contractual y sobre traslados; acuerdos colectivos de fusión o absorción de empresas; y acuerdos reguladores de planes de igualdad<sup>3</sup>.

A la vista de la anterior complejidad, de continuar, esta debería a nuestro juicio clarificarse mediante el establecimiento de dos medidas absolutamente básicas para garantizar una mínima seguridad jurídica<sup>4</sup>. A saber:

- En primer lugar, delimitando en la ley la eficacia jurídica (normativa o contractual) y personal (general o limitada) de todos y cada uno de los pactos colectivos (convenios y acuerdos) en función de las partes que los negociaron.
- Y, en segundo lugar, regulando la concurrencia entre las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos de esta naturaleza, bien de acuerdo con el principio de jerarquía normativa –entre los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y los convenios colectivos extraestatutarios, de mantenerse su eficacia contractual–, bien mediante la aplicación de otros criterios distintos: principio de prioridad en el tiempo, principio de especialidad, principio de favorabilidad para el trabajador o de complementariedad, debiendo dejar, sin duda, un margen de libertad a las propias partes negociadoras.

## 4.2. Las reglas de legitimación para negociar

Siempre sin olvidar que los requisitos de legitimación para negociar:

[...] traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresar un derecho de los más representativos a participar en las negociaciones, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios [...] [siendo, por ello,] un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras [...] (STC 73/1984, de 27 de junio),

<sup>3</sup> Vid., por todos, Gárate (2019, pp. 61-62).

<sup>4</sup> Vid. Valdés (2012, pp. 32 y ss.).

cabe proponer, sin ánimo exhaustivo alguno, el replanteamiento de algunas de las reglas establecidas para negociar en determinados niveles (Sala y López, 2018, pp. 53-55).

En el caso de la negociación colectiva de empresa, habría que dar un paso más y pasar en la ley de la prioridad de las secciones sindicales sobre los representantes unitarios al reconocimiento de una legitimación negocial exclusiva de las mismas, eliminando la legitimación de los comités de empresa y delegados de personal (Sala y Lahera, 2018, pp. 47-48). Razones justificativas habría para ello, pues la exclusividad sindical –reconocida en los países comunitarios de nuestro entorno– permitiría una mejor gestión sindical de la estructura y contenidos de la negociación colectiva. Y, salvo excepciones, la representación unitaria se encuentra fuertemente sindicalizada, por lo que se trataría de llevar al plano jurídico lo que ya sucede en la realidad. La exclusividad sindical supondría, desde luego, cambiar el modelo de relaciones colectivas existente en nuestro país, exigiendo un cambio en los roles de los distintos representantes de los trabajadores (la negociación colectiva para los representantes sindicales y la participación en la empresa para los representantes unitarios).

No obstante, de mantenerse la actual legitimación de los representantes unitarios para negociar convenios colectivos de empresa, sería en todo caso oportuno que la ley se refiriese expresamente a las empresas multicentro, pues la interpretación judicial del principio de correspondencia y de las consecuencias de su vulneración hace inviable en muchos casos la negociación de convenios de aplicación general en la empresa<sup>5</sup>. En efecto, ya se ha indicado que, a juicio del Tribunal Supremo (TS), vulneran el principio de correspondencia los convenios de empresa negociados únicamente por los representantes unitarios de uno o varios centros de trabajo, independientemente de que ello se deba a la inexistencia de representantes en los restantes centros de trabajo o a la inexistencia de otros centros de trabajo en el momento de la publicación del convenio (por todas, SSTS de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, o 22 de marzo de 2017, rec. 126/2016), declarándose además la nulidad íntegra del convenio, sin que resulten subsanables, ni siquiera reduciendo su ámbito al centro o centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma, al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó (por todas, SSTS de 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011, y 9 de junio de 2015, rec. 194/2014; Bodas, 2016).

Por otra parte, en relación con las reglas para negociar en los grupos de empresa, resulta denunciante la ausencia de reconocimiento de la representación sindical en los grupos de empresa y la criticable solución legal dada a la legitimación negocial a este nivel, aplicando las reglas del artículo 87.2 del ET para los convenios colectivos sectoriales, dada la existencia de intereses contrapuestos en un sector, cosa que no existe en el seno de un grupo de empresas. Debería por ello reconocerse legalmente a las secciones sindicales de grupo, tomando como precedente la Ley 10/1997, de 27 de abril, sobre comités de grupos multinacionales de nivel comunitario.

<sup>5</sup> Vid. Goerlich (2017).

También sería oportuno revisar la situación de anomia legal respecto de la legitimación para negociar convenios colectivos de franja o de grupo de trabajadores de ámbito supraempresarial y la solución jurisprudencial dada al tema, aplicando, ante el silencio legal, las reglas de legitimación negocial establecidas en el artículo 87.2 del ET para los convenios colectivos sectoriales, según las cuales están legitimados los sindicatos que tengan una determinada representatividad medida en audiencia electoral, esto es, en el número de representantes unitarios elegidos en su ámbito de aplicación. El problema se plantea en relación con determinados colectivos de trabajadores (deportistas profesionales, por ejemplo), donde no suele haber representantes unitarios por la ausencia de elecciones en los clubes, siendo negociados tradicionalmente los convenios colectivos por los sindicatos de deportistas profesionales que, teniendo mucha afiliación, no gozan sin embargo de la «representatividad» legalmente exigida (medida en número de representantes unitarios), por lo que los convenios negociados por ellos pueden ser jurídicamente calificables en caso de impugnación judicial de extraestatutarios. La solución pasaría por extender expresamente en la ley las reglas de legitimación de los convenios colectivos de franja empresariales (art. 87.1 ET) a los convenios colectivos de franja supraempresariales, pudiendo negociar aquellos sindicatos que hubieran sido designados mayoritariamente por sus representados en las correspondientes asambleas.

Tratándose de la negociación de convenios colectivos supraempresariales es igualmente censurable (Cruz, 2019b; Fernández, 2015; Roqueta, 2019) la ausencia de una norma reguladora que concrete los criterios utilizables para acreditar la representatividad de las asociaciones empresariales que negocian estos convenios, situación de anomia cubierta jurisprudencialmente por la presunción de legitimidad de aquellas asociaciones reconocidas como interlocutoras por la parte sindical, en la medida en que el TS parte de la existencia de una presunción *iuris tantum* de representatividad suficiente de quienes han participado en la negociación y conclusión de un convenio colectivo, frente a quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación (por todas, SSTs de 24 de junio de 2014, rec. 225/2013, o 19 de julio de 2018, recs. 156/2017 y 169/2017).

En fin, sería importante reflexionar también acerca de la existencia de una jurisprudencia contradictoria en cuanto a la aplicación de los convenios colectivos supraempresariales del sector privado al personal laboral de las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, la STS de 7 de octubre de 2004 (rec. 2182/2003), que admite la aplicabilidad de un convenio colectivo sectorial a una Administración pública en defecto de convenio colectivo propio, frente a las sentencias del TS que mantienen la imposibilidad de que una Administración pública se afilie a asociaciones empresariales (por todas, STS de 21 de diciembre de 1999, rec. 4295/1998). Debería en este sentido aclararse, legal o jurisprudencialmente al menos, si las Administraciones públicas en su condición de empleadoras pueden o no estar representadas por las asociaciones empresariales negociadoras de los convenios colectivos supraempresariales y si, en consecuencia, se pueden o no aplicar estos convenios a los empleados públicos.

### 4.3. La determinación del convenio colectivo supraempresarial aplicable

En cuanto a los ámbitos funcionales de aplicación de los convenios colectivos supraempresariales, son constatables dos problemas aplicativos fundamentales: el primero se refiere a la inexistencia de criterios legales, convencionales o jurisprudenciales claros para distinguir entre actividades «principales» y «accesorias» de las empresas a los efectos de la aplicación funcional de los convenios colectivos sectoriales; el segundo apunta, por su parte, a la ausencia de criterios legales para saber cuál es el convenio colectivo sectorial aplicable en ausencia de convenio propio a las empresas contratistas y subcontratistas y, en especial, a las denominadas empresas «multiservicios».

Por lo que se refiere a la ausencia de criterios para distinguir las actividades principales de las accesorias en las empresas a efectos de la aplicación funcional de los convenios colectivos, aunque acaso pudiera ser conveniente que un acuerdo interprofesional sobre negociación colectiva aportase soluciones claras a los problemas aplicativos de los convenios colectivos supraempresariales a las empresas que desarrollan dos o más actividades principales, no resultaría descabellada la actuación legal sobre el tema, dejando claro que la actividad principal de una empresa es la actividad real y no la que figura en el objeto social de la misma (por todas, STS de 20 de enero de 2009, rec. 3737/2007), los parámetros a utilizar para delimitar las actividades principales y las accesorias (número de trabajadores adscritos, volumen de negocio, mayores inversiones de la empresa, etc.) y que en los casos en que no sea posible determinar la existencia de una sola actividad principal en una empresa será posible la aplicación de varios convenios colectivos sectoriales, no rigiendo el «principio de unidad de empresa» a estos efectos, como ha reconocido la jurisprudencia.

Y, en cuanto a las empresas contratistas y subcontratistas y, en especial, en cuanto a las «empresas multiservicios», la ley, en los supuestos de ausencia de convenio propio en este tipo de empresas, debería establecer a nuestro juicio la necesaria inclusión de los trabajadores de las mismas en los ámbitos funcionales y territoriales de aquellos convenios colectivos aplicables a la empresa principal o contratante<sup>6</sup>.

### 4.4. La regulación de la estructura de la negociación colectiva

El ET, como consecuencia del papel que, constitucionalmente, se otorga a la autonomía colectiva, parte de la libertad de los negociadores en la fijación de las unidades de negociación. El artículo 83.1 del ET establece, en este sentido, que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

<sup>6</sup> Vid., por todos, Esteve (2019, pp. 63-100).

Sin embargo, los negociadores no tienen una absoluta libertad para establecer el ámbito del convenio. En efecto, como ha declarado el TS con reiteración, la libertad de negociación que consagra el artículo 83.1 del ET no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan con la propia representatividad de las organizaciones pactantes y con las exigencias que derivan de las previsiones del ET sobre concurrencia y articulación de convenios (por todas, STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 136/2014).

Pues bien, al margen de los problemas derivados de la prioridad aplicativa concedida al convenio de empresa (*vid. supra*), tales previsiones –contenidas en los arts. 83.2 y 84 ET– plantean otras muchas dudas interpretativas y críticas que cualquier proceso reformador debería considerar.

Las primeras guardan relación con la regla general en la materia, que continúa siendo la consagrada en el artículo 84.1 del ET, en virtud del cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente». En este terreno, en cuanto al sentido del término legal «convenio colectivo afectado durante su vigencia», la ley debería dejar claro, como así lo ha dejado la jurisprudencia interpretativa (por todas, STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 349/2014), que lo que se prohíbe no es tanto la negociación de otro convenio colectivo estatutario de ámbito distinto, sino que este último se aplique durante la vigencia de otro anterior salvo pacto en contrario establecido en los acuerdos o convenios colectivos de ámbito estatal o de comunidad autónoma y salvo, hoy por hoy, en determinadas materias en el caso de tratarse de un convenio colectivo de empresa, de grupo de empresas o de pluralidad de empresas afines (art. 84.2 ET).

Por otra parte, debería también estar claro en la ley que «afectar» significa «ser modificado, total o parcialmente, lo pactado en el convenio colectivo anterior», estableciendo una regulación contraria o divergente, no si el nuevo convenio establece una regulación complementaria o suplementaria del anterior, como igualmente ha puesto de relieve la jurisprudencia (por todas, STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 349/2014).

Finalmente, sería conveniente que se aclarase en la ley que el artículo 84 del ET se refiere a la concurrencia entre convenios colectivos estatutarios y no a los convenios colectivos extraestatutarios (por todas, STS de 12 de diciembre de 2006, rec. 21/2006).

En segundo lugar, por lo que respecta a la afectación en el ámbito de una comunidad autónoma de lo dispuesto en los convenios de ámbito estatal que regula el artículo 84 del ET, en sus apartados tercero y cuarto, resultaría clarificador que la ley previera, dada la inexistencia de jerarquización entre los instrumentos regulados por el artículo 83.2 del ET, el modo de solucionar los posibles conflictos entre convenios marco estatales y autonómicos, cerrando el paso a interpretaciones como la contenida en la SAN 148/2016, de 28 de septiembre, declarada firme por la STS de 13 de marzo de 2018 (rec. 54/2017), en virtud de la

cual los acuerdos autonómicos precisan de una autorización para afectar a lo dispuesto en el ámbito estatal. Según esta sentencia:

[...] los acuerdos autonómicos, pactados conforme al 83.2 ET, no pueden afectar durante su vigencia a los acuerdos estatales, porque el artículo 84.3 ET solo les permite negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal [...] previo pacto en contrario negociado en el acuerdo de ámbito estatal.

Además, la mencionada sentencia afirma que el artículo 84.3 del ET «cierra las posibilidades de inaplicación de la regla "prior in tempore" del artículo 84.1 ET al ámbito autonómico».

Aunque se mantenga el sentido actual del precepto, y las posibilidades de afectación de los convenios autonómicos puedan quedar condicionadas por lo dispuesto en el convenio marco estatal (Valdés, 2016, p. 1.490), en caso de concurrencia entre convenios marco, cabría apoyar la aplicación del «*prior in tempore*» y de su consecuencia en caso de incumplimiento –la ineficacia aplicativa y no la nulidad–, ya que, en realidad, ni estamos estrictamente ante la vulneración de lo dispuesto por una norma de derecho imperativo absoluto, sino de lo dispuesto en otro convenio marco, ni estamos ante convenios ordinarios que incumplen lo prescrito por los convenios marco (López, 2018, pp. 95-96). Este modo de solucionar la concurrencia entre convenios marco estatal y autonómico, a nuestro juicio respetuoso con la autonomía colectiva y con la igualdad entre este tipo de instrumentos convencionales, ha quedado reflejado ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de octubre de 2017 (rec. 2085/2017), que declaró firme la STS de 25 de abril de 2019 (rec. 40/2018).

En cuanto a las materias excluidas de este tipo de afectaciones autonómicas, cabría proponer, en coherencia con lo sostenido respecto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la referencia a la negociación del «salario global mínimo» en los términos mencionados.

El tercer tipo de cuestiones que cabría abordar guarda relación con la posibilidad de llevar a cabo cambios de unidad de negociación. Según se ha dicho, el artículo 84.1 del ET, para resolver los posibles conflictos de concurrencia entre convenios, ha optado por un criterio de prioridad temporal que deriva del principio *pacta sunt servanda*, de forma que, si existe un convenio vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado. Como señala la STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 225/2014), «solamente cuando esa vigencia acabe será posible que la unidad de negociación caiga bajo el ámbito de otro convenio distinto». En consecuencia, se hace imprescindible determinar –y la ley podría contribuir a ello– cuándo acaba la «vigencia» del convenio colectivo prevalente y resulta posible que «caiga» la unidad de negociación o, si se prefiere, cuál es el término final de la regla de prohibición de concurrencia.

Queda fuera de toda duda que tanto durante la vigencia inicialmente pactada por las partes como durante la vigencia prorrogada del artículo 86.2 del ET –que se asimila a la vi-



gencia plena del convenio por voluntad de las partes– rige la prohibición de concurrencia de convenios. Sin embargo, el tema se complica cuando se trata de determinar si la «vigencia» del artículo 84.1 del ET comprende la prórroga ultraactiva del convenio prevista en el artículo 86.3 del ET.

Como regla general, el TS venía manteniendo –y esta interpretación deberá tenerse en cuenta si se produce la vuelta a la ultraactividad normativa *sine die* del convenio– que la prohibición de afectación no se aplicaba a los convenios en situación de ultraactividad del artículo 86.3 del ET, ya que esta prórroga de efectos «no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal», pues otra conclusión «supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes» (por todas, STS de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002). No obstante, esta regla general se ha exceptuado con el fin de proteger la unidad de negociación inferior preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior, pero únicamente cuando la negociación de sustitución de aquella está activa (por todas, STS de 17 de mayo de 2004, rec. 101/2003).

El cambio en esta orientación jurisprudencial «clásica» –que anunció la STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014), si bien en un supuesto que no resolvía un caso de concurrencia de convenios– podría haberse consolidado tras la STS de 12 de diciembre de 2018 (rec. 166/2017). Aunque el tema no se plantea en el recurso, el TS confirma la SAN 56/2017, de 24 de abril, en la que se afirma que en la versión vigente del artículo 86 del ET, denunciado el convenio, «se mantiene en vigor en su totalidad, sin distinguir ahora cláusulas normativas u obligacionales, durante 1 año desde la denuncia, salvo pacto en contrario, lo que resuelve claramente los riesgos de petrificación». Por su parte, de la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 25/2018) se deduce claramente, aunque no es el argumento que sostiene la *ratio decidendi*, que cuando no rija el régimen legal, por haberse pactado la pervivencia de la vigencia del convenio tras su denuncia, también habrá que entender que estamos ante situaciones en las que, con independencia de su duración, el convenio ultraactivo se encuentra vigente a efectos de la prohibición de concurrencia mientras esté viva la negociación, aunque no se esté impermeabilizando una unidad inferior frente a su absorción por la superior. Sin embargo, pueden mencionarse otras sentencias –como la de 24 de septiembre de 2018 (rec. 173/2017), relativa a un caso de transmisión de empresa– en las que el tribunal continúa manteniendo la tradicional falta de vigencia del convenio ultraactivo a efectos de la prohibición de concurrencia y el consiguiente cambio de unidad de negociación (a pesar de ser la unidad inferior la que se encontraba en situación de ultraactividad).

Ante este posible cambio en la orientación «clásica» del tribunal en un tema de tanta trascendencia, es posible efectuar varias reflexiones de interés (López, 2018, pp. 78-79). En primer lugar, mientras rija el actual régimen legal es importante matizar la afirmación según la cual el convenio denunciado se mantiene en vigor en su totalidad: no hay que olvidar en ningún caso que pierden su vigencia las cláusulas obligacionales por excelencia, que son

las de renuncia a la huelga. En segundo lugar, la aceptación de la opción hermenéutica en virtud de la cual el convenio ultraactivo se encuentra siempre vigente a efectos de la prohibición de concurrencia (tanto durante el año del art. 86.3 como durante la vigencia prorrogada por voluntad de las partes) equivale a mantener la tesis de la impermeabilización si la negociación está activa, con independencia de que el convenio denunciado sea el de ámbito superior o el inferior. Por ello, surge inmediatamente una duda que precisa ser aclarada: ¿no está ignorando esta interpretación los argumentos –plenamente vigentes– que justificaban la tesis interpretativa «clásica»? No cabe olvidar que esta tesis –que partía de la base de que la finalidad de la prórroga del art. 86.3 es cubrir vacíos normativos y no impedir el paso a las restantes unidades de negociación– pretendía originalmente proteger la libertad de elección de unidad de negociación consagrada en el artículo 83.1 del ET y el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legitimados en los niveles inferiores de negociación frente a su absorción por los niveles de ámbito superior, siempre que se haya iniciado y esté viva, lógicamente, la negociación de otro convenio en esa misma unidad inferior (*vid.* STS de 17 de mayo de 2004, rec. 101/2013).

## 4.5. El contenido de los convenios colectivos

El contenido de la negociación colectiva viene marcado, de algún modo, por su carácter de negociación colectiva laboral, según precisa el artículo 37.1 de la CE. Aunque el término «laboral» debe entenderse en un sentido amplio, englobando todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que, lógicamente, sean disponibles por las partes negociadoras, el contenido de la negociación colectiva vendrá limitado por el respeto a aquellos otros derechos o valores protegidos por la Constitución con igual o superior intensidad que el derecho a la negociación colectiva, ya sea en su formulación constitucional, ya sea en la formulación dada por leyes ordinarias que sean concreción adecuada de los mismos.

Por esta razón, resulta criticable que el ET no deje suficientemente claro cuáles son las materias negociables y sus límites, existiendo una excesiva dispersión entre las normas legales reguladoras (arts. 3.3, 82.2 y 85.1 y 2 ET y 42, 238 y 239 Ley general de la Seguridad Social) y, sobre todo, una falta de concreción de las mismas y de sus límites. Una actuación en este sentido podría contribuir a la correcta solución de los supuestos dudosos que puedan surgir (como el resuelto por la STS de 14 de abril de 1999, rec. 3374/1998, sobre la ampliación de capital de la empresa) y que, cada vez con mayor frecuencia, se van a plantear desde el punto de vista del derecho de la competencia.

En segundo lugar, cabe denunciar la existencia de un vacío legal respecto a cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del contenido mínimo exigible a todo convenio colectivo. Resulta criticable, pues, que el artículo 85.3 del ET siga sin resolver la contradicción que aparece al inicio del mismo entre el respeto a la voluntad de las partes negociadoras y el aparente mandato imperativo sobre el contenido mínimo necesario de los convenios colectivos.

Finalmente, por lo que se refiere a los reenvíos de la ley al convenio colectivo, la ley de remisión, a nuestro juicio, debería ser plenamente consciente del tipo de remisión que efectúa –si dispositiviza la regulación de una materia, si delega totalmente en el convenio colectivo su regulación o si la delega parcialmente–, dado que los efectos de cada tipo son bien distintos. En efecto (Sala y López, 2018, p. 69):

En la dispositivización de la regulación de una determinada materia, admitiendo el pacto colectivo (e, incluso, en ocasiones, el pacto individual) en contrario, la norma legal solamente se aplicará en defecto de norma convencional sobre esa materia.

En el caso de delegación total de la regulación de una materia, de no existir una expresa regulación de la misma en el convenio colectivo, no existirá regulación y la ordenación de esa materia pertenecerá al ámbito del poder de dirección y organización de la empresa.

En el caso de delegación parcial respecto de la regulación de una materia, se plantea el problema de saber cuándo nace para el trabajador el derecho que la ley establece, en la medida en que resulta incompleta la regulación legal sin la asistencia del convenio colectivo.

Por lo demás, en unos y otros supuestos, las remisiones se hacen, en unos casos, a los convenios colectivos en general; en otros casos, tan solo a los convenios colectivos sectoriales supraempresariales; y, en otros más, a los acuerdos entre la empresa y los representantes del personal. En alguna ocasión se llega más lejos en la remisión legal, haciéndola a la propia contratación individual.

## 4.6. El procedimiento de negociación

Puesto que un modelo democrático de negociación colectiva se encontrará siempre a salvo de eventuales intervenciones de la Administración pública en el procedimiento de negociación de los convenios colectivos, la libertad es la regla general en la materia. Ahora bien, además de las intervenciones dirigidas a constatar la existencia del convenio –que se traducen en las exigencias de forma escrita, depósito, registro y publicación del convenio–, el legislador añade otras reglas, consecuencia de la necesidad de rodear a un convenio dotado de eficacia jurídica normativa y personal general de seguridades y precauciones procedimentales (Palomeque y Álvarez, 2016, p. 209), relativas a la iniciación del procedimiento negociador y la mayoría necesaria para adoptar acuerdos.

En cuanto a la iniciativa para negociar el convenio, el artículo 89.1 del ET dispone que corresponde, en exclusiva, y a diferencia de lo que sucede con la denuncia del convenio, a las partes legitimadas en virtud de los artículos 87 y 88 del ET. En consecuencia, si la denuncia del convenio a que se refiere el artículo 86 del ET no equivale necesariamente a la comunicación

exigida para abrir nuevas negociaciones que regula el artículo 89, aunque en bastantes ocasiones tales actos se lleven a cabo conjuntamente, deberían determinarse con claridad los sujetos legitimados para llevar a cabo una y otra (por todas, SSTs de 1 de junio de 1990 y 27 de septiembre de 1997, rec. 3311/1996). Así, cabría incorporar a la ley el criterio seguido por la STS de 2 de diciembre de 2016 (rec. 14/2016), que, matizando la anterior de 21 de mayo de 1997 (rec. 3312/1996), considera que quien promueve simultáneamente denuncia y promoción de la nueva negociación del convenio colectivo debe contar con legitimación plena, pero la mera denuncia del convenio puede activarse por cualquiera de los sujetos con legitimación inicial, siempre controlada por referencia al momento en que se lleva a cabo.

Por otro lado, sería conveniente precisar el significado de la denominada jurisprudencialmente «legitimidad negociadora» o cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, «de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones» (STS de 19 de julio de 2018, recs. 156/2017 y 169/2017, con cita de jurisprudencia anterior). Es decir, cabría incorporar a la regla legal sobre la adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora contenida en el artículo 89.3 del ET («Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones») la interpretación jurisprudencial en virtud de la cual el término «representaciones» equivale a partes negociadoras y no a miembros de la comisión negociadora, de forma que el voto favorable de cada una de las dos representaciones se refiere al voto proporcional o «mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa» (por todas, SSTs de 3 de junio de 2008, rec. 3490/2006, o 1 de marzo de 2010, rec. 27/2009).

Por último, y con el fin de evitar los problemas que implica su falta de concreción, sería recomendable especificar el contenido integrante del deber de negociar de buena fe mediante la elaboración de un «código de buena conducta negociadora», cuya aplicación podría ampliarse a los distintos productos derivados de la autonomía colectiva. Hasta el momento, esta exigencia legal se ha ido concretando en recomendaciones plasmadas en sucesivos acuerdos interconfederales de negociación colectiva, tales como inicio rápido de la negociación tras la denuncia del convenio anterior; intercambio de información entre las partes negociadoras; mantenimiento de la negociación abierta por ambas partes hasta el límite de lo razonable; formulación de propuestas y alternativas por escrito, en especial ante situaciones de dificultad en la negociación; o acudir a la mediación o arbitraje, de acuerdo con lo previsto en los sistemas de autocomposición de los conflictos de carácter estatal o de comunidad autónoma, en casos de discrepancia o ruptura de las negociaciones.

## 5. Conclusiones

Con carácter general, la consecución de un modelo adecuado de relaciones laborales —caracterizado, a nuestro juicio, por «más y mejores convenios colectivos» en el momento

normativo y por «más y mejores mediaciones/arbitrajes» en el momento aplicativo– exigiría efectuar, al menos, tres revisiones esenciales del actual marco regulador del sistema de negociación colectiva.

La primera supondría demandar al legislador, para la solución de los problemas relacionados con la estructura de la negociación colectiva, el respeto de dos principios básicos: uno, la atribución a la autonomía colectiva de una real y efectiva facultad para reformar la estructura de la negociación colectiva; y, dos, el reconocimiento de la diversidad de los modelos de estructura negocial, en función de las características de cada sector de actividad.

La segunda pasaría por devolver a la prórroga ultraactiva del convenio colectivo su finalidad de cobertura de vacíos normativos, pero sin que ello propiciase la petrificación de la negociación colectiva, ni hiciese necesario acudir a técnicas extrañas al sistema de fuentes del derecho del trabajo. Para ello, de no admitirse la instauración de la figura del arbitraje «voluntario/obligatorio», probablemente habría que pensar, sin llegar al mantenimiento *sine die* de la ultraactividad de todos los convenios, en la vigencia ultraactiva de aquellas materias que regulaban los acuerdos de cobertura de vacíos, manteniendo así los derechos básicos de los trabajadores (retribución y tiempo de trabajo) y aquellas cuestiones que, de no regularse por convenio, no podrían aplicarse de ninguna manera según nuestra legislación (clasificación profesional y régimen disciplinario).

La tercera revisión debería conducir, además de a una «sindicalización» de las comisiones *ad hoc* que pueden intervenir en la negociación de las inaplicaciones o descuelgues del convenio, a una corrección de los «excesos» acaecidos en la materia, fundamentalmente por lo que a la definición de las causas se refiere, de manera que pudiese hablarse de su pervivencia para situaciones de auténtica crisis empresarial.

Es evidente, sin embargo, que la negociación colectiva no se integra únicamente por aspectos estructurales o relativos a su marco regulador que pueden –y deben– ser reformados por la ley. La negociación colectiva posee también una dimensión coyuntural, referida a su estructura y a los contenidos de los pactos colectivos, en cuya reforma el legislador únicamente puede coadyuvar, pues solo es susceptible de ser transformada en la propia negociación colectiva por las partes contratantes. Cabría mencionar en este sentido, por ejemplo, la mejora en la importantísima delimitación de los ámbitos funcionales de los convenios sectoriales, que resulta totalmente necesaria para acabar con las dificultades que presenta en muchas ocasiones la determinación del convenio colectivo aplicable a determinadas empresas, en especial si desarrollan actividades nuevas difícilmente reconducibles a las enumeradas en el ámbito funcional del convenio sectorial. Dicha mejora es, obviamente, no tanto una cuestión legal cuanto convencional, pues depende de que las partes negociadoras efectúen una delimitación de los ámbitos funcionales de los convenios supraempresariales precisa y actualizada, que tenga en cuenta los cambios o nuevos subsectores de actividad que hubieran podido surgir en el sector, sin incurrir en redacciones excesivamente parcas o

genéricas –que puedan generar interferencias con los ámbitos funcionales de otros convenios colectivos– ni en una mera copia de los ámbitos funcionales de convenios anteriores.

Del mismo modo, en el terreno de los contenidos, queda en manos de las partes negociadoras exclusivamente evitar cláusulas convencionales «peligrosas» (Sala, 2017, pp. 109 y ss.) como son las repeticiones innecesarias de preceptos legales o reglamentarios vigentes –que, de no transcribirse correctamente, pueden generar problemas interpretativos posteriores– o las remisiones a normas derogadas –que, si se quieren «convencionalizar», deberían incorporarse literalmente al contenido del convenio colectivo–. Y, desde luego, solo de los negociadores depende reconducir el uso de las «cláusulas de vinculación a la totalidad» a los términos fijados por la jurisprudencia (STS de 22 de septiembre de 1998, rec. 263/1997, exigencia a la contraparte de renegociación del convenio, salvo las cláusulas declaradas judicialmente nulas); evitar la incorporación de «cláusulas de respeto de los derechos adquiridos» (principalmente si se entienden como una exigencia de respeto a las condiciones más favorables para los trabajadores disfrutadas con base en el convenio anterior, pues ello introduce un trato desigual sin otra justificación que la fecha de contratación); precisar el sentido de las «cláusulas de absorción y compensación de condiciones» (que muchas veces se confunden con las de garantía *ad personam* y se refieren, además, a disposiciones legales y convencionales anteriores, organizando un *totum revolutum* de muy difícil interpretación y aplicación); o, en fin, hacer desaparecer, por superfluas, las «cláusulas de derecho supletorio».

Así pues, los principales problemas que hoy tiene la negociación colectiva española seguramente dependen más de los interlocutores sociales que de la ley. De ahí que el diálogo social y el consenso entre los agentes sociales sean, con toda probabilidad, más importantes en materia de negociación colectiva que en otras materias laborales. Conviene no olvidar, por ello, que los intentos de negociación bipartita iniciados en los últimos tiempos fracasaron por culpa de todos (Gobiernos e interlocutores sociales) y provocaron que los Gobiernos, primero el socialista y más tarde el popular, ante la falta de acuerdo, tuvieran que intervenir aprobando los dos reales decretos-leyes sucesivos de reforma laboral.

## Referencias bibliográficas

Bodas Martín, R. (2016). Aproximación doctrinal a la problemática de la legitimación de la representación de los trabajadores. En *Legitimación negocial. XXVIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*

(pp. 85-110). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. (2016). La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. En *Los convenios de empresa*

- de nueva creación tras la reforma laboral de 2012 (pp. 13-75). Madrid: Confederación Sindical de CC. OO.
- Cruz Villalón, J. (Dir.). (2019a). *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- Cruz Villalón, J. (2019b). La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 147-166.
- Esteve Segarra, A. (2019). *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*. Albacete: Bomarzo.
- Fernández Domínguez, J. J. (2015). Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva. En *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 15-133). Madrid: Cinca.
- Gárate Castro, J. (2019). *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva*. Madrid: Cinca.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> (2017). Convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria: ¿tiene límites la aplicación del principio de correspondencia? *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 35, 1-9.
- Leonardi, S. y Pedersini, R. (2018). *Multi-employer bargaining under pressure. Descentralisation trends in five European countries*. Bruselas: ETUI.
- López Terrada, E. (2018). Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 48, 70-101.
- López Terrada, E. y Todolí Signes, A. (2015). El convenio colectivo de empresa en materia salarial: un estudio sobre la prioridad aplicativa y sus problemas jurídicos. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 743-753.
- Mercader Uguina, J. R. (2015). ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral. En I. García-Perrote Escartín y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (pp. 79-113). Madrid: Lex Nova Thomson Reuters.
- Molina Navarrete, C. (2014). *Escenarios de «post-ultraactividad del convenio»: soluciones judiciales a la incertidumbre*. Albacete: Bomarzo.
- Monreal Bringsvaerd, E. (2018). *Vigencia ordinaria de los convenios colectivos, ultraactividad y contractualización judicial de sus condiciones de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OIT. (2015). Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline? Recuperado de <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_409422.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_409422.pdf)>.
- OIT. (2017). *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Recuperado de <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_591504.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf)>.
- Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (2016). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Roqueta Buj, R. (2019). Representatividad empresarial y negociación colectiva sectorial. *Aranzadi Social* (en prensa).
- Sala Franco, T. (2013). La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos. *Actualidad Laboral*, 10, 1.214-1.226.



- Sala Franco, T. (2017). *Guía de la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J. (2018). La representación de los trabajadores en la empresa. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 37-50). Madrid: Francis y Taylor.
- Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2018). La negociación colectiva. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 51-74). Madrid: Francis y Taylor.
- Valdés Dal-Ré, F. (2012). *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares.
- Valdés Dal-Ré, F. (2016). Las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En J. M.ª Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1.481-1.494). Valencia: Tirant lo Blanch.



## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: trabajo, seguridad social y recursos humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <[www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://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 deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) 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 (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, 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](http://www.normacef.es)>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («» y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, 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 (6.<sup>a</sup> ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran 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 por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, 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 los autores 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 principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le 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 al autor.



# Cursos de formación a medida para empresas (in Company)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

## 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 principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa



¡MATRÍCULA  
ABIERTA!

Inicio marzo y abril

CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

## ÁREAS DE LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones) | Nueva Regulación de Trabajadores Desplazados y Creación de la Autoridad Laboral Europea (ELA) | Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Práctica en Negociación Colectiva | Práctico de Derecho Laboral | Práctico de People Analytics (Big Data aplicado a RR. HH.) | Selección y Desarrollo del Talento | Sistema de Liquidación Directa (CRET@) | Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo | Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)